

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

ANO 1 - 2019

COORDENAÇÃO:

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira Silva

ANUÁRIO DO
NOVA
CONSUMER
LAB

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

ANO 1 - 2019

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

ANO 1 - 2019

COORDENAÇÃO:

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira Silva

**ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB
*YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB***

Ano 1 – 2019

COORDENAÇÃO

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO

Maria Miguel Oliveira Silva

Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito.
CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

SUPORTE: ELETRÓNICO

Janeiro, 2020

ISSN 2184-7185

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da
FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito
do projeto UID/DIR/00714/2020.

Nota Introdutória

O NOVA Consumer Lab e o Direito do Consumo em 2019

O NOVA Consumer Lab foi criado em 2019, constituindo um polo que permite abarcar as atividades desenvolvidas pela NOVA School of Law na área do Direito do Consumo, nomeadamente ao nível da informação, formação, investigação, estudos e pareceres, resolução de litígios, revista e outras atividades editoriais, estágios, conteúdos digitais, apoio a consumidores, empresas e outras entidades. Aproveitando a experiência de quase duas décadas da NOVA School of Law no acompanhamento e resolução de litígios de consumo, na UMAC – Unidade de Mediação e Acompanhamento de Conflitos de Consumo (a que o NOVA Consumer Lab sucede), o objetivo passa por manter uma aposta clara na relação entre as componentes prática e teórica, abrindo a NOVA School of Law à comunidade através da execução das suas atividades.

No que respeita à formação avançada, foram realizados três cursos ao longo do ano de 2019, um sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (Diretiva 2019/770) e venda de bens de consumo (Diretiva 2019/771), um sobre direito da publicidade e atividade publicitária e o último sobre o livro de reclamações e a resolução alternativa de litígios de consumo, em especial o novo regime da arbitragem necessária.

Organizamos também várias conferências e palestras, com a presença, entre outros, de BRUNO MIRAGEM (num SPEED que decorreu em janeiro), CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, ELENI KAPROU, JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA, MADALENA NARCISO, MATEJA DUROVIC e SOFIA RANCHORDÁS. (estes no âmbito dos “European Consumer Law Seminars”, que tiveram lugar entre março e maio).

No dia 15 de março, organizamos a conferência “Direito do Consumo”, em parceria com o Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos

Advogados. No dia 13 de dezembro, colaboramos na organização da conferência “O Consumidor no Séc. XXI”, realizada em Palmela.

No que respeita a estudos e pareceres, destacamos a nossa participação num estudo sobre a legalidade das condições gerais dos contratos-tipo apresentados pelos comercializadores de energia elétrica e na elaboração de um projeto de articulado de Regulamento de Relações Comerciais comum aos setores da eletricidade e do gás natural, em ambos os casos a pedido da ERSE.

Prestamos, ainda, desde setembro de 2008, serviços de informação e encaminhamento do consumidor através de atendimento telefónico, no âmbito de uma relação contratual entre a NOVA School of Law e a Direção-Geral do Consumidor. Este atendimento é assegurado durante os dias úteis, entre as 9h30 e as 17h30. Em 2019, foram atendidas 6691 chamadas, por uma equipa que contou com seguintes juristas: Ana Duarte Guerreiro, Bárbara Neves, Cláudia Almeida, Eduardo Freitas, Francisca Lopes e Maria Miguel Oliveira Silva.

Conclui-se agora o ano de 2019 com a publicação deste primeiro número do Anuário do NOVA Consumer Lab.

O ano de 2019 foi um ano com muitas novidades em matéria de Direito do Consumo, em especial no que respeita à legislação portuguesa e europeia.

A nível europeu, destaca-se a aprovação 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 digitais, e da 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. As matérias tratadas são, no essencial, as mesmas: conformidade dos bens ou conteúdos ou serviços digitais com o contrato; meios de ressarcimento (direitos) em caso de falta de conformidade; modalidades para o exercício desses meios de ressarcimento. As diretivas têm de ser transpostas para as ordens jurídicas nacionais até ao dia 1 de julho de 2021, devendo definir como data de início da vigência das normas de transposição o dia 1 de janeiro de 2022. Prevê-se, assim, um período mínimo de *vacatio legis* de seis meses.

Foi igualmente aprovada 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. Este diploma vem alterar alguns dos mais relevantes diplomas de Direito do Consumo, sendo que, tendo em conta as matérias abrangidas, a transposição para a ordem jurídica interna, que terá de ocorrer até 28 de novembro de 2021, vai ter como consequência, em Portugal, a alteração, no mínimo, da Lei de Defesa do Consumidor e dos regimes dos contratos celebrados à distância, das cláusulas contratuais gerais, da indicação de preços, das práticas comerciais com redução de preços e das práticas comerciais desleais.

Estamos, portanto, num momento de grandes mudanças ao nível do direito europeu do consumo.

A nível nacional, as novidades também são significativas.

No dia 15 de março de 2019, foram apresentados os resultados do Estudo sobre Política de Defesa do Consumidor em Portugal¹. No essencial, conclui-se que os consumidores gozam de uma proteção legal adequada, sendo problemática, no entanto, a aplicação prática das normas existentes, tendo em conta, em especial, o acesso à justiça.

No que respeita à legislação, destacamos as alterações à Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto), ao Código da Publicidade (Lei n.º 30/2019, de 23 de abril) e aos regimes dos serviços públicos essenciais (Lei n.º 51/2019, de 29 de julho), das práticas comerciais com redução de preço (Decreto-Lei n.º 109/2019, de 14 de agosto) e da resolução alternativa de litígios de consumo (Lei n.º 14/2019, de 12 de fevereiro).

A principal novidade consiste na atribuição ao consumidor de um direito potestativo à arbitragem num centro de arbitragem de consumo em todos os litígios de consumo de valor inferior ou igual a € 5000, prevendo-se igualmente que, para a resolução destes litígios, o consumidor não tenha de pagar qualquer taxa prévia.

¹ <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/estudo-sobre-politica-de-defesa-do-consumidor-em-portugal-.aspx>.

Na doutrina, além da 6.^a edição do meu *Manual de Direito do Consumo* e da reimpressão do *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, que escrevi com JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, no ano de 2019 foram igualmente publicadas as obras *Direito do Consumo*, de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Lições de Direito do Consumo*, de DAVID FALCÃO, *O Contrato de Fornecimento de Energia Eléctrica*, de PEDRO FALCÃO, e *Casos Práticos Resolvidos de Direito do Consumo*, sob a minha coordenação.

Neste primeiro número do Anuário do NOVA Consumer Lab, apresentamos um conjunto de contribuições de grande qualidade, abrangendo temas muito atuais e interessantes, escritas por professores e investigadores de diferentes países.

BRUNO MIRAGEM escreve sobre o novo paradigma tecnológico e os direitos dos consumidores. JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA traz-nos uma reflexão em torno de uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol sobre a elaboração de perfis políticos. FABRIZIO ESPOSITO apresenta um texto muito atual e relevante, que tem como objetivo dar indicações sobre como se orientar na crescente literatura sobre direito e ciências comportamentais, especialmente no campo da pesquisa de consumo, apresentando sugestões para questões de investigação no domínio do Direito do Consumo e das ciências comportamentais. MADALENA NARCISO, da Universidade de Maastricht, reflete sobre a questão de saber se os dados pessoais podem ser qualificados como contraprestação em contratos de consumo.

São ainda incluídas neste primeiro número três teses de mestrado realizadas sob a minha orientação e defendidas com grande sucesso na NOVA School of Law nos últimos dois anos.

A tese de MIGUEL VIEIRA RAMOS, defendida a 14 de junho de 2018, com arguição de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, trata a relação entre a Psicologia e o Direito do Consumo, desenvolvendo em torno dos efeitos das práticas comerciais mais modernas. O texto foi atualizado pelo autor, em especial face à Diretiva (UE) 2019/2161.

As teses de EDUARDO FREITAS e JOSÉ FILIPE FERREIRA foram defendidas no dia 22 de julho de 2019, com arguição de SANDRA PASSINHAS. EDUARDO FREITAS aborda a questão dos sistemas de avaliações online, enquanto JOSÉ FILIPE FERREIRA se ocupa do conceito de consumidor e, em especial, da possível qualificação do condomínio como consumidor.

Não podia deixar de agradecer à MARIA MIGUEL OLIVEIRA SILVA, assessora do NOVA Consumer Lab e editora deste Anuário, pelo excelente trabalho e pela constante disponibilidade.

Resta-me desejar a todas e a todos excelentes leituras!

JORGE MORAIS CARVALHO

Professor da NOVA School of Law e Diretor do NOVA Consumer Lab

Índice

| | |
|---|---|
| NOTA INTRODUTÓRIA O NOVA CONSUMER LAB E O DIREITO DO CONSUMO EM 2019 | 5 |
|---|---|

I – ARTIGOS

| | |
|---|----|
| NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO, MERCADO DE CONSUMO DIGITAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR <i>Bruno Miragem</i> | 15 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| LA ELABORACIÓN DE PERFILES POLÍTICOS EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE MAYO DE 2019 POR LA QUE SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL ART. 58 BIS.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL <i>José Antonio Castillo Parrilla</i> | 67 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| FUNDAMENTOS CONCEPTUAIS NA DOUTRINA DO DIREITO DO CONSUMO E DAS CIÊNCIAS COMPORTAMENTAIS <i>Fabrizio Esposito</i> | 81 |
|---|----|

| | |
|--|-----|
| DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO EM CONTRATOS DE CONSUMO – BREVE REFLEXÃO <i>Madalena Narciso</i> | 129 |
|--|-----|

II – TESES

| | |
|---|-----|
| OS SISTEMAS DE AVALIAÇÕES ONLINE: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS MERCADOS DE COMÉRCIO ELETRÓNICO <i>Eduardo Manuel de Melo Freitas</i> | 151 |
| O CONDOMÍNIO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO: UM TESTE À ELASTICIDADE DO CONCEITO DE CONSUMIDOR <i>José Filipe Ferreira</i> | 251 |
| PSICOLOGIA E DIREITO DO CONSUMO: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FACE AOS EFEITOS DAS MODERNAS PRÁTICAS COMERCIAIS <i>Miguel Vieira Ramos</i> | 335 |

I

Artigos

Novo Paradigma Tecnológico, Mercado de Consumo Digital e o Direito do Consumidor*

BRUNO MIRAGEM

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em seus cursos de graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Advogado e parecerista.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os novos modelos de oferta e contratação. 2.1 O comércio eletrônico. 2.2. O fornecimento por plataforma digital. 2.3 Contratos inteligentes (“Smart contracts”). 3. Os novos produtos e serviços. 3.1. Bens digitais. 3.2. Internet das coisas. 3.3. Inteligência artificial. 4. Repercussão do novo paradigma tecnológico sobre os direitos do consumidor. 4.1. Aproximação das categorias de produto e serviço. 4.2. Novos riscos e os regimes de responsabilidade do fornecedor. 4.3. Novos métodos de solução de conflitos (Resolução de disputas online). 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar as mudanças do mercado de consumo em razão do desenvolvimento de novas tecnologias e sua repercussão sobre a efetividade do direito do consumidor.

Palavras-chave: *Novas tecnologias da informação; desafios do direito do consumidor; transformações do mercado de consumo.*

Abstract: This article aims to examine the changes of the consumer market due to the development of new technologies and their impact on the effectiveness of consumer law.

Keywords: *New information Technologies; consumer law challenges; changes in the consumer market.*

* Publicado originalmente na Revista de direito do consumidor, v. 125. São Paulo: RT, set.-out./2019, p. 17-63.

1. Introdução

Em um clássico ensaio sobre a inovação originada pelo desenvolvimento tecnológico em meados do século XX, ELTING E. MORISON referiu que grande parte de sua pesquisa e reflexão concentrou-se, essencialmente, em quatro aspectos: a condição original das coisas que sofreriam mudanças; os agentes de mudança; a natureza da resistência à mudança e os meios para facilitar a acomodação com a mudança¹. Não é diferente hoje com o aprofundamento das transformações do mercado de consumo, resultado da utilização intensiva da tecnologia da informação para criação de novas formas de oferta e contratação, como também de novos produtos e serviços. A sociedade de consumo, em alguma medida, incentiva as transformações tecnológicas, uma vez que favorece a concorrência e eficiência dos agentes econômicos para oferecer mais e melhores produtos e serviços, estimulando a inovação que promova a qualidade².

Por outro lado, será impactada por estas mesmas transformações tecnológicas, que alteram substancialmente a forma de se relacionar no mercado, seja na aproximação pré-negocial, na celebração dos contratos, em sua execução, ou mesmo nos efeitos que perdurem do contrato ou resultem da responsabilidade do fornecedor pelo inadimplemento de seus deveres.

O desenvolvimento da informática e das tecnologias da informação que se seguiram, permitiram a potencialização da economia de escala – característica da sociedade de consumo contemporânea – porém colocaram em destaque novos elementos, como a definição de novas utilidades, aperfeiçoamento de produtos e serviços visando a redução de falhas ou otimização de sua eficiência, assim como, em outro estágio, de novos produtos e serviços. Neste particular, percebe-se tanto a aplicação das tecnologias da informação para aperfeiçoamento de produtos e serviços ofertados comumente no mercado de consumo já antes de

¹ MORISON, Elting E. *Men, machines and modern times*. 50th anniversary edition. Cambridge: The MIT Press, 2016, p. 9.

² Sobre as características da sociedade de consumo e a origem do direito do consumidor, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 47 e ss.

seu desenvolvimento, como outros que supõem a existência destas tecnologias, e só em razão delas passam a ter a possibilidade de serem desenvolvidos.

Dentre os vários exemplos de avanço tecnológico nenhum é mais relevante do que o desenvolvimento da internet, o qual deu causa, mesmo, ao surgimento de uma dimensão nova do mercado de consumo (mercado de consumo virtual) e as relações que se estabelecem por intermédio dela, como o comércio eletrônico – integrando fenômenos diversos como a oferta pela internet e os meios de pagamento eletrônico –, novas estruturas negociais de oferta de produtos e serviços – caso, e.g. do fornecimento por plataforma digital – e a estratégia de reconhecimento mais preciso dos interesses dos consumidores – em especial pelo tratamento de dados pessoais.

A utilização da internet para fins negociais data de meados da década de 1990, quando se afasta de sua ênfase acadêmica, e passa a se tornar um meio de oferta de produtos e serviços, sob diferentes modelos de custeio e remuneração. Tanto assim é que, desde então, muitos serviços são oferecidos de modo aparentemente gratuito (caso dos sites de busca, rede social, dentre outros), porém sempre com base em refinados modelos de remuneração indireta, a partir do interesse que despertam nos consumidores, quantidade de acessos em sites, dados que permitem coletar, ou outros elementos que se vinculem, de diferentes formas, a um genuíno interesse negocial.

Em um curto espaço de tempo estas transformações tecnológicas operaram profundas transformações no modo como consumidores adquirem ou utilizam determinados produtos ou serviços. São exemplos notáveis os serviços bancários, em relação aos quais um crescente contingente de consumidores serve-se da internet para realização de operações bancárias antes realizadas em agências; a oferta e venda de um conjunto cada vez maior de produtos, seja diretamente pelo fornecedor, seja por grandes varejistas virtuais que apresentam como vantagem o sistema de pagamento simplificado (eletrônico ou por cartões de débito ou crédito), ou a eficiência e celeridade na entrega (dispensando o consumidor de ter de ir ao estabelecimento físico buscar o bem ou arcar com seu transporte). Da mesma forma, a facilidade de encontrar o fornecedor que ofereça precisamente o produto ou serviço de que necessita o consumidor, com informações suficientes sobre suas características, preços, comparação a

outros fornecedores semelhantes, sem a necessidade de interação pessoal, com economia de tempo e uma aparência ou sensação de melhor controle sobre a entrega/fornecimento, são vantagens comumente associadas ao comércio pela internet.

Em um primeiro momento, os serviços e utilidades disponíveis na internet, bem como seu modo de fruição realizavam-se, geralmente, em terminais de computadores e em um sentido unidirecional, no qual o conteúdo gerado pelos provedores eram recebidos pelos usuários. Será em um segundo estágio, então, que o uso da internet se converte em bidirecional, de modo que os usuários passam também a interagir, participando da formação do conteúdo exposto na rede. Esta transformação trouxe consigo a possibilidade de participação mais ativa dos usuários na internet, o que foi facilitado também pelo desenvolvimento de aparelhos telefônicos multifuncionais (smartphones), permitindo o crescente acesso à internet por dispositivos móveis, a qualquer hora, aumentando exponencialmente as finalidades e o tempo médio de sua utilização. Da mesma forma, a crescente capacidade de processamento de dados resultantes da navegação pela internet, ou aqueles associados ao usuário, passa a permitir um refinamento e maior precisão da oferta de informações pela rede, otimizando tempo e buscando antecipar seu interesse, aumentando a probabilidade de direcioná-las, com êxito, às opções mais adequadas a seus objetivos.

Outro elemento característico do consumo realização pela internet será a facilidade, simplicidade e agilidade na celebração dos contratos de consumo. Por vezes mediante simples aceitação (one click contracts), confiança em relação à exatidão do objeto contratado e seu cumprimento, e maior segurança no meio de pagamento (pagamento por cartões ou transferência de fundos, via bancária, ou arranjos de pagamento).

Será neste mercado de consumo “virtual” ou “digital” que passam a se organizar, então, novos modos de oferta de produtos e serviços, por intermédio de estruturas de maior complexidade, com a participação de diferentes agentes, especialmente dentre os fornecedores dos serviços. Assim, por exemplo, o que passa a ocorrer com a denominada economia do compartilhamento, no qual o fornecimento dos serviços através de uma plataforma digital permitirá aproximar consumidores interessados em sua fruição e fornecedores que ofertem a prestação – assim

considerados aqueles que diretamente prestam o serviço, como também os que o organizam, formatam a contratação, o pagamento e controlam sua execução.

Outra transformação recente permitida pela aplicação de tecnologias da informação, e da internet em especial, diz respeito à transformação no modo de execução dos contratos, de modo que não apenas sua celebração se dá de modo automatizado (ou mediante aceitação virtual do consumidor), senão também a execução, mediante ordens pré-determinadas que as partes contratantes definem para que se realizem de modo automático, normalmente por intermédio de software que as viabiliza. Trata-se dos denominados “contratos inteligentes” (ou “smart contracts”), que projetam a padronização dos comportamentos dos contratantes, reduzindo a oportunidade de interação pessoal entre as partes, também durante a execução do objeto contratual, sempre tendo em vista o interesse útil presumido das partes na contratação.

A estas novas formas de oferta e contratação entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo, acrescenta-se, como resultado do novo paradigma tecnológico da digitalização, também a transformação de produtos e serviços, dando causa a novos objetos da relação de consumo. Tem especial interesse, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, os denominados bens digitais, também denominados *digital assets* ou *digital property*. Assim, por exemplo, as mensagens de correio eletrônico arquivadas, informações, arquivos (fotos, documentos) disponibilizados em rede social ou em site de compras ou e plataformas de compartilhamento de fotos ou vídeos, os softwares que contrata licença de uso online (mediante senha ou código) pelo tempo assegurado de fruição, ou arquivos compartilhados em serviços de compartilhamento ou armazenamento de dados (p. ex. o armazenamento em nuvem – *cloud computing*). Há, nestes casos, interação entre a prestação de um serviço que poderá ser de oferta ou de custódia de bens digitais, espécies de bens incorpóreos³ cujo interesse legítimo de uso fruição e disposição pertença ao consumidor.

³ Uma vez bens sem existência material, mas que podem ser objeto de direito, como bem ensina a doutrina. Ver, por todos: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 191-192.

Da mesma forma, a aplicação da internet sobre produtos e serviços permite que passem a servir a novas utilidades, especialmente ao permitir a conectividade de produtos, de modo que possam coletar e transmitir dados com a finalidade de otimizar sua utilização, assegurando precisão, eficiência nos recursos e melhor atendimento do interesse do consumidor. Trata-se do que vem sendo comumente denominado de internet das coisas (*internet of things* ou *IoT*), e repercute nas relações de consumo, tanto na redefinição do dever de qualidade (finalidade legitimamente esperada do produto ou serviço), quanto em novos riscos que eventual defeito da prestação pode dar causa.

Na mesma linha, a multiplicação da capacidade de processamento de dados dá causa ao desenvolvimento de softwares para interpretação de dados externos ou ambientais, de modo a determinar a atividade consequente de objetos inanimados (produtos, e.g.), o que está na origem da denominada inteligência artificial (*Artificial intelligence* ou *AI*), e permite, inclusive, a possibilidade de auto-aperfeiçoamento do próprio bem, a partir do uso da linguagem (*machine learning*)⁴. Neste caso, a adoção da inteligência artificial em produtos e serviços permite um grau de automatização na relação entre o fornecedor e o consumidor, reduzindo a interação entre ambos e intensificando a padronização do atendimento ou do fornecimento de produtos ou serviços. A repercussão na relação de consumo pode ser vislumbrada tanto pela maior agilidade ou precisão no atendimento do interesse do consumidor, quanto pela potencialização dos riscos decorrentes de um vício ou defeito na interpretação a ser feita pelo sistema informatizado em relação a dados externos e sua resposta automatizada.

Daí porque a proteção do consumidor, frente a este novo paradigma tecnológico, não reside exclusivamente nas normas do direito do consumidor, mas na compreensão destas em comum com outras legislações, como é o caso das atinentes à proteção de dados pessoais, à defesa da

⁴ Machine learning é um dos modos de desenvolvimento da inteligência artificial. Por intermédio da padronização de um conjunto de dados, ou por repetidas tentativas usando aprendizado por reforço, pode-se conduzir um software a maximizar um critério de desempenho, a partir da interpretação de um determinado contexto, adotando a partir dali aquele significado para padronizar suas reações. Veja-se: ALPAIDYN, Ethem. *Machine learning*. Cambridge: MIT, 2016, p. 161-162.

concorrência, ao processo civil, dentre outras⁵. Por outro lado, observa-se também o surgimento de novas formas de distribuição de produtos e serviços, como a formação de cadeias complexas e a própria alteração de noções clássicas de propriedade sobre bens, de modo a enfatizar sua utilidade em contraposição a de simples domínio. Tudo o que reforça os deveres, do fornecedor, de informação e esclarecimento do consumidor nas relações de consumo que envolvam tais inovações.

2. Os novos modelos de oferta e contratação

2.1. O comércio eletrônico

No atual estágio do desenvolvimento tecnológico, destacam-se novas formas de oferta e contratação com ampla repercussão no mercado de consumo. A primeira delas diz respeito ao comércio eletrônico, cujo exame mais detalhado se faz também, nesta obra, quando do estudo da proteção contratual do consumidor pelo CDC.

O comércio eletrônico de consumo observa grande crescimento no direito brasileiro, dadas as facilidades que permite, como a possibilidade de adquirir produtos e serviços sem ter de deslocar-se até o estabelecimento físico do fornecedor, ou a comparação de preços entre diferentes fornecedores. Por outro lado, dentre as desvantagens do sistema estão limitações de contato direto e pessoal entre o consumidor e o produto no momento da aquisição – o que atrai a utilidade da incidência do art. 49, assegurando o direito de arrependimento do consumidor – assim como a vulnerabilidade inerente à forma da contratação, tanto para efeito de acesso à informação sobre o contrato, controle dos meios de pagamento e a própria localização geográfica do fornecedor, por vezes submetido à jurisdição estrangeira (no caso do comércio eletrônico internacional).

⁵ Assim bem registra o relatório do Conselho de Especialistas em Direito do Consumidor (Sachverständigenrat für Verbraucherfragen – SVRV) do Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor alemão publicado em: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 9.

Deste modo, o principal aspecto inerente ao comércio eletrônico de consumo diz respeito ao dever de informar do fornecedor. O Decreto Federal nº 7.962/2013 define o conteúdo e extensão do dever de informar do fornecedor no comércio eletrônico, estabelecendo que deve dispor em local de destaque e fácil visualização no site, os seguintes elementos: “I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta” (art. 2º).

Da mesma forma, exige-se que o fornecedor apresente o sumário da contratação com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, destacadas as cláusulas que limitem seus direitos. Deve ainda dispor de meios eficazes para o consumidor identificar e corrigir erros ocorridos nas etapas anteriores à conclusão do contrato, confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta, disponibilizar o contrato de modo a permitir sua conservação e reprodução pelo consumidor, além de utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e tratamento de dados (art. 4º).

O fato de a contratação de consumo se dar por intermédio da internet, caracterizando o denominado comércio eletrônico, não afasta a incidência das normas do CDC, tampouco prejudicam sua aplicação. A alteração do meio não implica desnaturar a definição jurídica da relação entre consumidor e fornecedor – contrato de consumo – que se submete às mesmas normas. Pode ocorrer que certas situações características da celebração do contrato de consumo pela internet possam ser exclusivas, em razão do meio de contratação, como é o caso das obrigações inerentes à identificação do fornecedor, do meio de pagamento, ou inerentes à entrega do produto sem que o consumidor tenha tido contato com o mesmo. Estas situações, quando relevantes em relação ao interesse útil do consumidor no contrato, podem ser objeto de normas específicas (como

as previstas no Decreto Federal nº 7.962/2013), que apenas especializam e adaptam as normas do CDC, permitindo sua aplicação.

2.2. O fornecimento por plataforma digital

Uma das diferenças mais relevantes da oferta de produtos e serviços tradicionais, em estabelecimentos físicos, e o mesmo fenômeno na internet, diz respeito ao modo de identificação e contato entre consumidores e fornecedores. Enquanto no mercado de consumo tradicional o consumidor se desloca, normalmente, até onde se localiza o estabelecimento empresarial do fornecedor, sendo atraído para ele pela oferta e publicidade, no mundo digital, o volume de informações disponíveis na internet, e de fornecedores disponíveis, exige uma certa organização da oferta. Em especial, para tornar mais acessível aos potenciais consumidores determinados produtos ou serviços por eles ofertados, inclusive com a redução de custos e eliminação do desperdício de recursos⁶. Trata-se do que se pode denominar como fornecimento por plataforma digital, pelo qual a relação do fornecedor do produto ou serviço com o consumidor é intermediada por alguém que organiza a relação e aproxima os interessados, facilitando a celebração dos contratos. A OCDE, ao identificar o que denomina como intermediários da internet, os define como aqueles que “reúnem ou facilitam transações entre terceiros na Internet”. E prossegue afirmando que “eles dão acesso, hospedam, transmitem e indexam conteúdo, produtos e serviços originados por terceiros, ou fornecer serviços baseados na Internet a terceiros”⁷. Este conceito, contudo, é mais amplo do que o de plataforma digital que se dirige, especificamente, à intermediação de fornecedores diretos e consumidores, uma vez que abrange toda a sorte de provedores de serviços, serviços de busca e pesquisa, responsáveis pelos sistemas de pagamento, entre outros⁸.

⁶ LOBEL, Orly. *The law of platform*. Minnesota Law Review, v. 101, 2016, p. 166.

⁷ OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento). *The economic and social role of internet intermediaries*. OECD, April/2010, p. 9.

⁸ OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento). *The economic and social role of internet intermediaries*, cit.

Como ensinam EVANS e SCHMALENSSEE, as plataformas digitais tem por características ter dois ou mais grupos de clientes, que precisam um dos outros, mas que não conseguem se conectar por conta própria, razão pela qual confiam em um terceiro como facilitador da interação entre eles⁹. Neste caso, a própria natureza das relações jurídicas que estabelecem pode ser distinta. Visualizando exemplos de plataformas digitais que intermediam relações entre fornecedores diretos e consumidores, é indubitoso que entre eles caracteriza-se relação de consumo. Porém, entre os fornecedores diretos e o organizador da plataforma digital, embora possam estar presentes características que permitam identificar certa assimetria, ou mesmo dependência dos primeiros, não há de se considerar a existência, como regra, de outra relação de consumo. Poderá até se cogitar exceções, como é o caso em que não se tenha uma relação propriamente de consumo entre vendedores e adquirentes em plataformas que intermediem relações eventuais entre não-profissionais. Porém, como regra, se alguém se serve de uma plataforma digital para intermediar ofertas de produtos e serviços inerentes a sua atividade profissional, não se há de cogitar haver, nesta hipótese, relação de consumo. Neste caso, a relação será empresarial, se presentes os requisitos para caracterização da atividade (art. 966 do Código Civil), sem prejuízo que se considere a possibilidade de endereçar àquele que se relaciona com o organizador da plataforma digital, a tutela própria ao aderente em relação ao contrato de adesão (arts. 423 e 424 do Código Civil). Ou em situações muito específicas, a equiparação a consumidor, demonstrada a vulnerabilidade in concreto, segundo a interpretação prevalente do art. 29 do CDC.

Em geral, a legislação não se ocupa particularmente destas plataformas digitais, que se organizam a partir do fornecimento, por elas próprias, de serviços às vezes gratuitos (p. ex. *sites* de busca, redes sociais), às vezes remunerados por percentual da vantagem do fornecedor direto (p.ex. plataformas que intermediam hospedagem ou serviços de transporte individual).

Em comum, o fornecimento de produtos e serviços por intermédio de plataforma digital conta com uma estrutura característica da relação

⁹ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. “*Matchmakers: The new economics of multisided platforms*”. Cambridge: Harvard Business Review Press, 2016.

jurídica que estabelece entre três pessoas distintas: a) o organizador da plataforma, que intermedia a relação; b) o fornecedor direto do serviço; c) o consumidor. O organizador da plataforma é aquele a quem incumbe definir o modelo do negócio e do modo como produtos ou serviços serão ofertados e fornecidos por intermédio da internet. Exerce, por isso, poder em relação aos demais envolvidos, sobretudo porque é ele quem controla o acesso àquele específico canal que organiza¹⁰, seja de fornecedores diretos como de consumidores; por vezes controla o pagamento e, deste modo, também parte da execução do contrato celebrado entre as partes. Por esta razão será denominado como espécie de guardião do acesso (*gatekeeper*), expressão que destaca seu poder de controle da possibilidade de contratação por fornecedores diretos e consumidores no ambiente virtual. Este poder do organizador da plataforma também se expressa na formação dos preços, conforme controle os níveis de acesso à oferta e demanda de fornecedores e consumidores, com efeitos concorrenciais¹¹. A atuação das empresas que organizam estas plataformas digitais também visam, cada vez mais, a coleta e tratamento de dados dos consumidores, visando a seu tratamento, tanto para segmentação de mercado e maior eficiência no direcionamento de ofertas de produtos e serviços, quanto seu compartilhamento com outros fornecedores, na internet e fora dela.

A diversidade de modelos de plataformas tecnológicas impõe, também, o desafio da qualificação de seus participantes em todas as relações que estabeleçam como consumidores ou fornecedores. A relação de consumo típica por plataforma digital se dá naquelas que intermediam o fornecimento de produtos e serviços entre fornecedores e consumidores (*B2C, business to consumer*). Não deve incidir o CDC, como regra, às relações por plataforma digital que envolvam relações entre empresários (*B2B, business to business*). Porém, esta delimitação nem sempre será clara, afinal, não é incomum a utilização de plataformas digitais para intermediação

¹⁰ ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 47.

¹¹ ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*, p. 52; PODSZUN, Rupperecht; KREIFELS, Stephan. “*Digital Platforms and Competition Law*”. *Journal of European Consumer and Market Law*, v. 5, Issue 1, 2016, p. 33–39.

de negócios de compra e venda ou troca entre pessoas (P2P, *peer to peer*), que não serão necessariamente profissionais, ou exerçam a atividade com habitualidade, senão aproveitam-se da facilidade do meio para realizar negócios episodicamente. Como destaca a doutrina, nestes casos, será difícil precisar qual o número de transações deve alguém celebrar para que deixe de ser considerado um consumidor, tornando-se um fornecedor. Seria um critério útil para determinar a incidência ou não da legislação de proteção do consumidor¹²? Independentemente da resposta, contudo, há de determinar se existe um dever do organizador da plataforma digital de informar, conforme a boa-fé, que a relação que intermedia, celebrada entre pessoas que não são fornecedoras, poderá ter por consequência a não incidência do CDC (e.g. alguém que venda por intermédio de certa plataforma tecnológica um bem usado seu, em caráter eventual e sem o intuito de lucro).

Da mesma forma, discute-se se a forma de atuação do organizador da plataforma é decisiva ou não para sua qualificação como fornecedor, de modo que passe a integrar, com o fornecedor direto que contrata com o consumidor, a cadeia de fornecimento. Havendo esta qualificação como consumidor, uma das consequências mais expressivas será a extensão da responsabilidade pelo inadimplemento contratual ou por outros danos que decorram da relação cuja intermediação realiza.

Uma primeira linha de entendimento poderá considerar a gradativa extensão da responsabilidade do organizador da plataforma, conforme sua intervenção ou participação na contratação entre o consumidor e o fornecedor direto¹³. Assim, por exemplo, se controla e avalia a execução da prestação (entrega do produto ou realização do serviço), o pagamento pelo consumidor, ou ainda quando tenha participação na própria remuneração (uma vantagem direta, decorrente da remuneração, mediante desconto ou retenção do valor recebido, de parte do preço pago pelo consumidor). CLAUDIA LIMA MARQUES, examinando o fenômeno de consumo compartilhado, filia-se a este entendimento, ao definir a existência de uma *cadeia “escondida” de fornecedores*, que devem responder

¹² ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*, p. 57.

¹³ DOMURATH, Irina. “*Verbraucherrecht in der Plattformökonomie*”. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 128.

solidariamente quando participam da organização da plataforma digital¹⁴. Esta compreensão é reforçada pelo argumento da proteção da confiança em relação à imagem ou publicidade que realiza o organizador da plataforma digital, segundo a conclusão de que a decisão do consumidor de contratar por intermédio daquela específica plataforma se deve à confiança nela própria e não, necessariamente, nos fornecedores diretos que dela se utilizam para oferecer seus produtos aos consumidores. Neste caso, ainda que não se chegue a identificar a responsabilidade baseada na teoria da aparência (afinal, não há necessariamente identificação entre o organizador da plataforma e o fornecedor direto), será a confiança na segurança ou eficiência da plataforma um fator que informa a decisão de contratar do consumidor, razão pela qual atrai a responsabilidade do seu organizador¹⁵.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. “A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo”. Revista de direito do consumidor, v. 111. São Paulo: RT, maio-junho/2017, p. 247-268. Será ainda Claudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 444) que apontará uma tendência da jurisprudência para o reconhecimento da responsabilidade do organizador da cadeia, indicando decisão do Recurso Especial 1426578/SP, no qual o STJ sinalizou a “responsabilização solidária de todos os que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, por eventuais defeitos ou vícios apresentados” (REsp 1426578/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 23/06/2015, DJe 22/09/2015).

¹⁵ Neste sentido mencione-se um caso julgado pelo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof – BGH), no qual a plataforma digital Tchibo dispunha-se a intermediar a contratação de seguros e serviços financeiros com “seguradores parceiros” designados como “especialistas selecionados pela Tchibo”. Deste modo a intermediação era realizada pela plataforma, inclusive com o preenchimento de formulário e envio de e-mail de confirmação, inclusive com a marca da Tchibo. Uma vez demandado judicialmente por um concorrente, em especial pelo descumprimento dos deveres exigidos na intermediação de seguros, a Tchibo defendeu-se sustentando-se não atuar como corretor de seguros, de modo que estes deveres não lhe seriam aplicáveis. O BGH, contudo, concluiu que a imposição destes deveres inerentes à intermediação dos seguros, segundo a legislação própria, dependeriam da aparência objetiva da atividade realizada, razão pela qual reconheceu a responsabilidade da Tchibo pela falha no dever de fornecer informações aos consumidores. (BGH, acórdão de 28.11.2013 – I ZR 7/13, processo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, de 12. 12. 2012 – 5 U 79/10). Conforme ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*, p. 76.

Outra linha de entendimento será a que sustenta a necessidade de examinar-se caso a caso o modo de participação do organizador da plataforma digital e sua capacidade de intervenção no conteúdo da relação entre o fornecedor direto e o consumidor que resulta da sua intermediação. Em outros termos, diferenciando as situações em que o poder do organizador da plataforma digital se estende também à execução do contrato de consumo que intermediou, sobre o qual exerce diferentes níveis de controle, e aquelas nas quais sua atuação limita-se à intermediação, sem que possa interferir na prestação. No tocante à formação do contrato, auxilia neste entendimento a incidência do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que afasta a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por conteúdo ilegal gerado por terceiros, e que a rigor poderia ser estendido à oferta realizada pelo fornecedor direto por intermédio da plataforma. Neste caso, mesmo nas hipóteses em que o organizador da plataforma digital intervenha para divulgar oferta ou informação sobre produto ou serviço a ser fornecido pelo fornecedor direto, no próprio regime do CDC isso poderá estender a responsabilidade para obrigar este ao cumprimento, se for possível caracterizar relação de preposição ou representação nos termos do art. 34 do CDC. Será, todavia, o inverso verdadeiro? Ou seja, de que o fornecedor direto possa ser considerado preposto ou representante autônomo do organizador da plataforma digital para efeito de estender a ele a responsabilidade pela oferta? A rigor, as situações típicas havidas no mercado não permitem esta conclusão, com exceção de casos que não dirão respeito propriamente à oferta (art. 34 do CDC), mas à própria execução do contrato, do que o caso mais conhecido é o da prestação de serviços de transporte ou de hospedagem por aplicativos. Porém, nestas situações, o transportador ou o anfitrião participam da execução do serviço, não da sua oferta, razão pela qual o regime de responsabilidade será orientado pela extensão da interferência do organizador da plataforma digital na prestação do serviço, ou ainda – segundo o primeiro entendimento mencionado – na remuneração da atividade.

Em qualquer caso, todavia, será incontroversa a responsabilidade do organizador da plataforma digital pelo descumprimento de deveres próprios da atividade de intermediação que desempenhe, como é o caso do dever de informação e esclarecimento sobre o conteúdo e características do contrato (inclusive os termos de uso) e deveres das partes, inclusive a

própria extensão de sua participação, os riscos ordinários da contratação, e a orientação do comportamento do consumidor para obtenção da finalidade útil do contrato que venha a celebrar. O mesmo se diga em relação à segurança dos atos que venha a desempenhar, como é o caso dos riscos inerentes ao tratamento dos dados pessoais do consumidor que venha a ter acesso em razão do negócio que intermedia, dentre os quais suas informações financeiras, no caso de participar da transação relativa ao pagamento do preço.

Destaca-se também, para efeito da proteção da confiança legítima do consumidor na oferta por intermédio da plataforma digital, os sistemas de classificação por ela divulgados, dando conta de maior ou menor correção ou eficiência dos fornecedores diretos no adimplemento dos contratos de consumo que celebram com os consumidores. Estes sistemas de classificação colaboram para a formação de reputação¹⁶, tanto da própria plataforma digital, quanto dos fornecedores diretos que ofertam produtos e serviços por seu intermédio, razão pela qual as informações que divulgam também se submetem aos deveres de veracidade e clareza impostos pela legislação de proteção do consumidor. Assim, por exemplo, no Reino Unido, em 2012, a *British Advertising Standards Authority* decidiu que uma conhecida plataforma digital de oferta de serviços turísticos (passagens aéreas e hospedagem) não poderia anunciar que as avaliações dos seus serviços eram feitas por “viajantes reais” se o organizador da plataforma não as controlasse de modo a atestar a veracidade da informação. Da mesma forma identificam-se, em diferentes países, arranjos para fraude destes sistemas de avaliação de serviços *online*¹⁷. Razão pela qual sua divulgação, quando incorporada como elemento de publicidade, atrai a responsabilidade da plataforma digital, no direito brasileiro, com a subsunção às hipóteses de publicidade enganosa (art. 37 do CDC); sem

¹⁶ OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento). Protecting consumers in peer platform markets: 2016 Ministerial meeting on the digital economy background report. *OECD Digital Economy Papers*, n. 253, 2016, p. 10.

¹⁷ ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*, p. 65. A transparência nos critérios de comparação de condições de contratação de serviços turísticos oferecidos por plataformas digitais também é objeto de atenção da atividade regulatória nos Estados Unidos, conforme menciona: VAN LOO, Rory. “*Rise of the Digital Regulator*”, *Duke Law Journal*, v. 66, 2017, em especial p. 1313-1315.

prejuízo do ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, nos termos do art. 38 do CDC. Há, contudo, situações mais difíceis, como aquelas em que avaliações positivas de um certo fornecedor são situadas com destaque e prioridade para conhecimento do consumidor (e.g. prioridade de divulgação em sistema de buscas), mediante remuneração do provedor de aplicações que preste o serviço de busca, de avaliação, ou mesmo o próprio organizador da plataforma digital. Esta prática foi considerada ilícita, e classificada como publicidade enganosa no direito estrangeiro¹⁸.

Outro aspecto a ser considerado, à luz do direito do consumidor, serão as situações de bloqueio ou exclusão do consumidor do ambiente de negócios viabilizado pela plataforma digital que tenha acesso controlado (e.g. mediante cadastro prévio, uso de senha, etc.), hipótese em que a decisão do organizador, automatizada ou não, submete-se aos limites definidos pela proibição de práticas abusivas, em especial as previstas no art. 39, incisos II (“recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”) e IX (“recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”), do CDC.

2.3. *Contratos inteligentes (Smart contracts)*

Outra inovação oferecida pelo novo paradigma tecnológico no mercado de consumo digital consiste nos denominados contratos inteligentes, também comumente designados na expressão em língua inglesa “*smart*

¹⁸ Assim o caso do ranking de serviços de hospedagem em hotéis decidido pelo tribunal de Berlim e o caso do sistema de avaliação de serviços médicos que oferecia os profissionais avaliados a possibilidade de serem associados “*premium*” com a finalidade de destacar suas avaliações positivas no ranking organizado pelo provedor, decidido pelo tribunal de Munique, ambos na Alemanha. Neste segundo caso, contudo, após a decisão do tribunal houve apenas a alteração da aparência das informações de modo a ser indicado, quando apresentado o resultado da pesquisa ao consumidor, tratar-se de anúncio patrocinado, o que é objeto da crítica de ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*, p. 69-70.

contracts”. Diferenciam-se os contratos inteligentes (“*smart contracts*”) pelo fato de sua execução, total ou parcialmente, se dar por meio digital, de modo que se submeta a uma programação específica que determine a realização automatizada de ações no interesse dos contratantes. Ou seja, são contratos cuja execução será total ou parcialmente automática¹⁹, afastando a interferência do comportamento dos contratantes para seu cumprimento. Embora alguns autores levantem a dúvida se não se tratam de fenômeno passageiro²⁰, parece mais correto compreendê-los como uma nova etapa da padronização contratual (sucendo a expansão da técnica das condições gerais contratuais e dos contratos de adesão) que tem lugar na sociedade de massas, incrementada pelas possibilidades das novas tecnologias da informação. Tiveram lugar, originalmente, em contratos celebrados no âmbito do sistema financeiro (mercado de capitais, seguros) e também, em certos países, em contratos de empreitada para a construção, visando prevenir situações usuais de inadimplemento (atrasos de entrega ou pagamento, desconformidade de projetos, etc.). Porém, vem crescentemente se desenvolvendo também no âmbito das relações de consumo, sobretudo, em contratos celebrados pela internet, e cuja execução se dê total ou parcialmente por meio digital.

As vantagens enunciadas nestes contratos inteligentes, além da facilidade e agilidade na contratação e execução, são a redução de conflitos entre as partes, decorrentes da interpretação de cláusulas ambíguas e dos riscos de inadimplemento²¹ pela natureza auto-executável de suas dispo-

¹⁹ RASKIN, Max. *The law and legality of smart contracts*. *Georgetown Law Technology Review*, v. 1, 2017, p. 305-341. CARRON, Blaise; BOTTERON, Valentin. *How smart can a contract be?* In: KRAUS, Daniel; OBRIST, Thierry; HARI, Olivier (Eds.). *Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organizations and the law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 109.

²⁰ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts ex machina*. *Duke Law Journal*, v. 67, 2017, p. 381.

²¹ A auto-executividade do contrato pode dar causa a debates sobre os próprios limites do poder do fornecedor que, afinal, estipule as condições contratuais. No limite, a doutrina chega a cogitar de situações de restrição de uso do bem adquirido, mediante pagamento diferido no tempo, mediante utilização de software que associe o inadimplemento das parcelas do preço e a restrição do uso pelo período em que durar o inadimplemento. Assim, por exemplo, um automóvel pago cujo preço é pago em parcelas, cujo adquirente ficasse impedido de utilizá-lo quando estivesse em mora (o exemplo é de SPINDLER, Gerald. *Regulierung durch Technik*. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang et alli, *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der*

sições. Por outro lado, por tratar-se de uma determinada programação, a inflexibilidade de sua execução, embora por um lado seja saudada por reduzir os riscos de inadimplemento, por outro implica em dificuldades na alteração dos termos do contrato pelas partes. Um exemplo citado no âmbito das relações comerciais é o de um contrato de fornecimento em que o vendedor envie, habitualmente, bens ao comprador, e que após uma determinada remessa de produtos de qualidade diversa, busca compensá-lo com a prorrogação do prazo de pagamento. Será provável que, pelo caráter específico da situação, não tenha havido previsão sobre esta circunstância, podendo, inclusive, ser muito oneroso reprogramar o contrato para contemplá-la. Tais situações podem ser reproduzidas em uma variedade de hipóteses nas quais alterações tópicas na relação entre os contratantes se tornem excessivamente onerosas para uma reprogramação do contrato²².

Nas relações de consumo, a celebração dos contratos inteligentes (“*smart contracts*”) já tem lugar tanto em situações nas quais toda sua celebração e execução pode se dar digitalmente (e.g. a contratação de um seguro, cujo pagamento do prêmio, e eventual regulação e pagamento da indenização possa se dar exclusivamente pela internet), quanto parcialmente (assim a reserva de um hotel ou locação de imóvel pela qual o hóspede ou o locatário receba um código ou senha alfanumérica para acesso ao local pelo período contratado, sem a necessidade de check-in presencial). A tendência de aumento da utilização dos contratos inteligentes em relações de consumo deve, necessariamente, contemplar três aspectos: a) atendimento ao dever de informação e esclarecimento do fornecedor, prévio à contratação, sobre seus aspectos característicos e o modo de exercício dos direitos pelo consumidor, inclusive com a possibilidade de acesso prévio ao instrumento contratual (art. 46, do CDC, e art. 4º, IV, do Decreto 7.962/2013); b) assegurar-se a possibilidade de contato do consumidor com o fornecedor por meio alternativo ao da contratação (e-mail, telefone ou endereço físico, p. ex.); c) na programação de suas ordens auto-executáveis, assegurar-se que contemplam os

digitalen Welt, p. 347). Ilustra bem a situação no qual as novas possibilidades dos contratos inteligentes possam confrontar os limites do exercício do direito de crédito pelo fornecedor.

²² SKARLOFF, Jeremy M. *Smart contracts and the cost of inflexibility*. University of Pennsylvania Law Review, v. 166, 2017, p. 263-303.

condicionamentos definidos pela legislação. Em especial, a possibilidade de efetivo exercício pelo consumidor do direito de reclamação ou resolução no caso de vícios da prestação (arts. 18 a 20 do CDC), assim como o direito de arrependimento (art. 49 do CDC).

O caráter auto-executável dos contratos de consumo que se caracterizam como contratos inteligentes (“*smart contracts*”), deverá considerar ainda, eventual participação de outros agentes distintos do consumidor e do fornecedor, como destinatários ou executores de ações determinadas pela programação definida à contratação. Será o caso, especialmente, daqueles que viabilizarem a transação financeira de pagamento pelo consumidor – caso das instituições de pagamento, cuja atuação será destacada nas situações de resolução ou abatimento do preço – frente à necessidade de devolução ou alteração dos valores cobrados. Nestes casos, embora o caráter auto-executável do contrato sirva à realização do pagamento, nem sempre as ações relativas à devolução de valores ou modificação de cobrança, por seu caráter específico, o serão. Mesmo quando não se trate de execução automatizada, o fornecedor deverá assegurar que sejam adotadas as providências, em prazo razoável, para atender o interesse legítimo do consumidor à devolução dos valores pagos, ou para eliminar a exigência de cobrança, conforme o caso.

Da mesma forma, o caráter auto-executável do contrato não elimina o controle de legalidade sobre seu conteúdo²³, trate-se de cláusulas contratuais constantes em condições gerais ou termos de uso, sejam decorrentes da prática contratual determinada pela programação de execução realizada pelo fornecedor. Nestes casos, identificada eventual ilegalidade ou abusividade no conteúdo do contrato, ou no modo de exercício dos direitos e deveres que define, cumprirá ao fornecedor alterar a programação pré-determinada à execução do contrato, promovendo sua adequação às exigências legais. Em tais situações, não devem ser admitidas, a qualquer pretexto, alegações de dificuldades ou de impossibilidade técnica de alteração da programação realizada para execução do contrato, frente à óbvia constatação de que as ações auto-executáveis que integram a programação dos contratos inteligentes, apenas devem ser admitidas em conformidade com o regime legal a que se submetem.

²³ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts ex machina*. Duke Law Journal, v. 67, 2017, p. 372-374.

Considerando que no âmbito das relações de consumo a adoção dos contratos inteligentes se darão, sem que se visualize qualquer exceção, sob a forma de contratos de adesão elaborados (e programados) pelo fornecedor, é relevante atentar a situações nas quais as ações auto-executáveis programadas possam se caracterizar como espécies de cláusulas-mandato, ou ainda possam subsumir-se às hipóteses proibidas pelo art. 51 do CDC. É o caso, por exemplo, da variação do preço, ou a possibilidade de cancelamento ou alteração unilateral pelo fornecedor (incisos X, XI e XII).

Da mesma forma, eventual falha do sistema que sirva de meio aos contratos inteligentes são compreendidos no âmbito do que é risco inerente à atividade do fornecedor, razão pela qual deverá responder pelos prejuízos que, em razão destas falhas, forem causados aos consumidores.

3. Os novos produtos e serviços

As transformações do mercado de consumo digital não se restringem, contudo, à novas formas de fornecimento de produtos e serviços e ao relacionamento entre consumidor e fornecedor, especialmente na internet. Importa também no desenvolvimento de novos produtos e serviços como resultado direto das novas tecnologias. É o que ocorre, tanto em relação a produtos e serviços totalmente novos, cuja existência supõe o desenvolvimento da tecnologia da informação, e outros que já existiam com determinadas características, mas que são aperfeiçoados, com o acréscimo de novas utilidades ou vantagens, a partir do desenvolvimento tecnológico.

Frente à diversidade de novos produtos e serviços sobre os quais repercutem as novas tecnologias da informação, três aspectos merecem destaque. O primeiro deles, os denominados bens digitais, em relação aos quais, tanto a oferta e fornecimento, quanto sua fruição, supõem a existência da internet. Em seguida, o que vem sendo denominado como internet das coisas, que compreende a integração entre objetos e serviços que se realizem por intermédio deles, agregando-lhes utilidade a partir de infraestrutura que permite sua conexão à internet. E por fim, a inteligência artificial, crescentemente utilizada tanto no desenvolvimento

de produtos e serviços, como também no relacionamento entre os fornecedores e seus consumidores.

3.1. *Bens digitais*

O desenvolvimento da internet, e a forma de organização e circulação das informações por seu intermédio, colocou em destaque o interesse dos usuários no acesso, preservação e utilização destas informações, seja com finalidade econômica ou meramente existencial. A importância destas informações organizadas, inclusive sob a forma de produtos e serviços, deu causa à necessidade de sua correta classificação como objeto das relações de consumo. A conhecida distinção entre bens e coisas confere aos primeiros designar tudo o que, podendo proporcionar certa utilidade, são passíveis de apropriação privada; já as coisas em sentido mais amplo, serão consideradas tudo o quanto existe na natureza, com exceção da pessoa²⁴. Serão a utilidade, a possibilidade de apropriação e de serem objeto de relações jurídicas negociais, mediante alienação e aquisição, que fará com que tais informações, organizadas de certo modo, possam ser consideradas bens digitais. São espécies de bens incorpóreos, sobre os quais recai titularidade e a possibilidade de sua oferta e alienação sob a forma de produtos, os quais, segundo o art. 3º, §1º, do CDC, podem ser bens imateriais.

A doutrina vem identificando os principais bens digitais, conteúdo arquivado na internet e vinculado a um determinado titular, como fotos, mensagens em correio eletrônico e demais aplicações de internet, músicas, filmes e livros digitais, dentre outros²⁵. Também a moeda eletrônica, sob custódia de instituições de pagamento, será bem digital. Atualmente, inclusive, em certos setores econômicos²⁶, a própria forma de fornecimento de certos produtos dá conta da inexistência de suporte

²⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*, v. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 332.

²⁵ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 59.

²⁶ Examinando em sentido mais amplo os impactos das tecnologias da informação sobre o fornecimento de produtos e serviços e sua relação com os consumidores, veja-se: CORTADA, James W. *Information and the modern corporation*. Cambridge: MIT, 2011, p. 72 e ss.

físico fora da rede, como é o caso de softwares diversos, cuja aquisição é realizada mediante licença, diretamente pela internet, inclusive com a possibilidade de limitação do seu uso por um determinado tempo (vigência da licença).

Uma vez que sejam ofertados no mercado de consumo, serão considerados produtos, nos termos do art. 3º, §1º, do CDC, objetos do contrato de consumo e, neste sentido, submete-se o fornecedor ao atendimento dos deveres de adequação e segurança que integram o dever geral de qualidade de produtos e serviços. Esta classificação terá várias implicações práticas. De um lado, sendo bens passíveis de apropriação e tendo sido objeto de alienação por ocasião da oferta e fornecimento do produto ao consumidor, deve ser assegurado, como efeito da transferência do domínio, e salvo restrições previamente informadas ao consumidor, ampla possibilidade de uso, fruição e disposição do bem. Assim como, nos casos em que seja tecnicamente possível, o próprio direito do consumidor reivindicar o bem, exercendo o que é também virtualidade do domínio (art. 1.228, caput, do Código Civil).

Não é desconhecido, contudo, que certos bens digitais, quando produtos colocados no mercado de consumo, tem sua forma de fornecimento ou fruição subordinados a determinadas condições técnicas, que podem limitar e exercício pleno das faculdades do domínio (uso, fruição e disposição, reivindicação), em comparação a produtos fornecidos pela forma tradicional. Assim ocorre em relação ao bem digital que só pode ser acessado mediante uso de um determinado programa, ou um hardware específico (p. ex. livros digitais acessíveis por uma plataforma específica), ou ainda cujo uso é franqueado por certo tempo (contratos de licença temporária), ou enquanto permanecer vigente um contrato de duração (filmes e vídeos baixados em serviços de streaming). Há situações mesmo que, disciplinadas por contrato, tornam duvidosa a possibilidade de manutenção do acesso, no caso de morte do consumidor, pelos sucessores.

Nestes casos, a existência de condições para utilização ou fruição dos produtos, desde que revelem característica que é própria do meio utilizado para seu fornecimento, não deve ser considerada por si só, atuação abusiva do fornecedor. Ao contrário, é possível afastar eventual entendimento quanto à sua abusividade, considerando as características do produto ou a própria natureza do contrato (art. 51, §1º, II, do CDC, *a contrario sensu*). Contudo, há nestas circunstâncias o reforço do dever

de informação e esclarecimento pré-contratual pelo fornecedor, na oferta ou publicidade, de modo a indicar, precisamente, o modo e as restrições de utilização e fruição destes produtos digitais. Ou ainda, dependendo da quantidade de informações necessárias, inclusive, para que o consumidor possa perceber toda a utilidade do bem adquirido, o detalhamento das informações quanto ao modo de utilização no contrato ou termo de uso cujo acesso prévio à contratação deve assegurar. Será o eventual descumprimento deste dever de informar prévio à celebração do contrato, o fundamento para a caracterização, seja do vício de informação que origina a responsabilidade do fornecedor com fundamento no art. 18 do CDC, ou mesmo a própria abusividade da cláusula contratual que defina a restrição de uso e fruição do produto digital, em razão da violação da qualidade do consentimento do consumidor. É conclusão a que se chega frente à violação do dever de informar sobre as características do produto (art. 31 do CDC) assim como o de dar conhecimento prévio do instrumento contratual (art. 46 do CDC).

Outro aspecto relevante em relação ao fornecimento dos bens digitais diz respeito ao exercício, pelo consumidor, do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. Define, a norma, que “o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.” Não há dúvida de sua incidência aos contratos de consumo celebrados pela internet, ademais porque presente nestas situações uma das principais justificativas para que seja assegurado o arrependimento para a contratação fora do estabelecimento comercial, a saber, a falta de contato prévio entre o consumidor e produto ou serviço ofertado, acentuando sua vulnerabilidade na relação jurídica com o fornecedor. Da mesma forma, a tentativa de definição de um conceito autônomo de “estabelecimento comercial virtual” como local próprio para exercício da atividade negocial na internet²⁷, afastando a ideia de que a contratação, nestes casos, se daria “fora do estabelecimento”, não logrou êxito, reforçando-se o reconhecimento

²⁷ Defendeu este entendimento, em sua tese de doutoramento, dentre outros, SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios da proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 97-98.

da possibilidade de exercício do arrependimento no caso de fornecimento de produtos e serviços pela rede.

Em relação aos bens digitais, contudo, a dúvida que se planta diz respeito às características específicas do produto, cujo fornecimento e fruição se dá diretamente pela internet, inclusive podendo, em muitas situações, o consumidor perceber toda a utilidade do bem em um primeiro contato, ou mesmo no prazo legal para exercício do direito de arrependimento. É o exemplo recorrente do livro, música ou filme comercializado e fruído totalmente pela internet, no qual a possibilidade de arrependimento pode dar conta de situações que incentivem o oportunismo e a má-fé de consumidores que adquiram tais produtos, deles usufruam e exerçam o arrependimento para obter a devolução do valor do preço pago, nos termos do parágrafo único do art. 49, do CDC. Observe-se, contudo, que este argumento, por si só, não parece suficiente para afastar o direito de arrependimento em relação a bens digitais, afinal, não elimina qualquer das características da contratação que o justificam: a saber, a falta de conhecimento prévio do consumidor sobre o produto e, eventualmente, a falta de informações sobre a própria contratação. Isso não significa que não se possa conceber, *de lege ferenda*, e com apoio na própria tecnologia, meios específicos que impeçam o exercício do arrependimento após a completa fruição do produto, ou ainda a limitação, fundada na boa-fé, do exercício abusivo do direito em situações concretamente verificáveis. Não há, atualmente, contudo, no sistema legal de proteção do consumidor, exceções ao reconhecimento do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, mesmo no caso de bens digitais.

3.2. *Internet das coisas*

A internet das coisas, tradução da expressão em inglês “*internet of things*”, também designada pela sigla IoT, compreende a técnica que permite conexão física ou virtual entre bens e serviços, por intermédio de redes de comunicação, fomentando o desenvolvimento de novas aplicação para automação de atividades por intermédio da internet. Segundo definição jurídico-normativa recentemente expressa no Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019, que instituiu o Plano Nacional de Internet das

Coisas, compreende a “infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade” (art. 2º, I).

De grande repercussão sobre toda atividade econômica, o desenvolvimento da internet das coisas tem especial impacto no âmbito das relações de consumo, transformando produtos e serviços já existentes no mercado, e permitindo o surgimento de outros decorrentes destas inovações tecnológicas. A adoção dos componentes de processamento de dados incorporados a produtos²⁸, permitindo que possam transmitir e receber dados a partir de redes existentes – a conectividade por rede é o que caracteriza o fenômeno²⁹ – já dá origem ao incremento da utilidade de produtos “*smart*” (aparelhos telefônicos multifuncionais, televisões, geladeiras), na automação das casas, brinquedos (bonecos que falam com crianças), rastreadores e verificadores da condição física e de saúde de pessoas, automóveis de condução remota, dentre outros produtos. Prevê-se a extensão do uso da tecnologia a uma infinidade de outros produtos, como vestuário, eletrodomésticos diversos, etc.

Há, nestes casos, a compreensão, em conjunto, de produtos cuja utilidade, ou se torna dependente, ou vem a ser incrementada pela aplicação da tecnologia da denominada internet das coisas. A utilidade do produto supõe a do serviço – examinando-se o fenômeno segundo as categorias tradicionais do direito do consumidor – e nestes termos, a própria caracterização da qualidade esperada e do regime de responsabilidade do fornecedor decorrente da violação do seu dever de qualidade pode ser alterado. Esta interdependência entre produto e serviço vem, inclusive,

²⁸ Em especial, atualmente, a identificação dos produtos com uma determinada identificação (UID, unique identification number) e um endereço IP (internet protocol), conectado por tecnologia RIFD (Radio-frequency identification) sob a forma de chips acoplados aos produtos e seu reconhecimento por softwares programados a executar as ações definidas a partir da sua identificação. Para a explicação didática da estrutura da rede, veja-se: GREENGARD, Samuel. *The internet of things*. Cambridge: MIT, 2015, p. 15.

²⁹ GRÜNWARD, Andreas; NÜßING. *Machine to machine (M2M): Kommunikation* Regulatorische fragen bei der Kommunikation im Internet der Dinge. Multimedia und Recht. Munich: C.H.Beck, june/2015, p. 378-383.

permitindo que se refira a uma erosão da propriedade³⁰, o que merece reflexão, especialmente considerando a separação entre a domínio e a integralidade de suas faculdades, em especial de uso e fruição³¹.

Um caso notório, a este respeito, concerne aos adquirentes de tratores da fabricante John Deere que vinha com software embarcado para sua fruição, e a pretensão da empresa, sob o fundamento de proteção de seus direitos autorais sobre o software, de limitar sua atualização às condições por ela definidas (inclusive com exigência eventual de remuneração para este fim)³². Este caso chamou a atenção para um dos principais aspectos da associação entre produtos e o software que lhe confere utilidade, própria da internet das coisas, que é a projeção, no tempo, da dependência do consumidor em relação a determinada prestação de serviço do fornecedor, que assegure a utilidade esperada. Esta característica pode ser vislumbrada sob duas perspectivas. De um lado, a possibilidade de atualização do software, incrementando sua utilidade durante a vida útil do produto, deve ser considerado uma vantagem para o consumidor. De outro, contudo, a necessidade de atualizações que só podem ser fornecidas por aquele que originalmente ofertou o produto, acentua a dependência do consumidor em relação ao fornecedor. Inclusive dá ao fornecedor um expressivo poder, uma vez que ao controlar os modos de atualização do software, pode acelerar sua obsolescência, estimulando a aquisição de um novo produto em substituição àquele que cuja atualização seja, eventualmente, restringida ou limitada, o que já ocorre comumente na comercialização de hardwares, por exemplo.

Em geral, o conteúdo da prestação em contratos de consumo que envolvam a compra e venda de produtos nos quais se aplica a internet das coisas inclui: a) a própria coisa (incluindo o “hardware”); b) o conteúdo digital permanentemente incorporado a ele e que não pode

³⁰ Veja-se a expressão originalmente, no estudo da Consumers International sobre os impactos da internet das coisas no direito do consumidor: COLL, Liz; SIMPSON, Robin. *Connection and protection in digital age. The internet of things and challenges for consumer protection*. London: Consumers International, abril/2016, p. 34.

³¹ WENDERHORST, Christiane. *Besitz und Eigentum im Internet der Dinge*. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 367-368.

³² COLL, Liz; SIMPSON, Robin. *Connection and protection in digital age. The internet of things and challenges for consumer protection*, cit.

ser desinstalado pelo consumidor sem conhecimento especializado em tecnologia da informação; c) o conteúdo digital oferecido pelo próprio fornecedor ou por terceiros (aplicações de internet); d) atualizações do software e/ou das aplicações de internet, que podem ser carregadas online; e) serviços digitais que envolvem a transmissão de dados necessária ao atendimento das funções do produto; e f) o tratamento de dados, propriamente dito³³. Neste particular, muitas tecnologias que utilizam chips RIFD (Radio-frequency identification) processam dados e, por isso, sua utilização submete-se também à legislação de proteção de dados pessoais³⁴. Neste particular, recorde-se que a possibilidade de maior personalização de produtos e funcionalidades de acordo com características e preferências do consumidor – permitido pela internet das coisas – gera, conseqüentemente, maior demanda pelo acesso e tratamento de seus dados pessoais³⁵.

Esta característica do objeto dos contratos de consumo que envolvam a internet das coisas, ao mesmo tempo em que conjuga em um mesmo objeto características de produtos e serviços (obrigações de dar e fazer), também exige que se investigue a extensão da responsabilidade dos fornecedores do produto em si e do software ou das demais aplicações que definem sua funcionalidade.

A maior complexidade técnica do produto, neste caso, exige do fornecedor maior atenção ao cumprimento de um dever de informação qualificado, que esclareça, de modo compreensível ao consumidor médio e não especialista em tecnologia da informação, as características do produto, suas funcionalidades e limitações, assim como todos os custos associados à sua fruição (por ex. se será necessário ou não aquisição, além do produto em si, de outros serviços para fruir outras utilidades possíveis). Neste caso, o desafio da oferta e atendimento, em especial, dos

³³ Com adaptações às peculiaridades da relação de consumo, toma-se em atenção a sistematização de: WENDERHORST, Christiane. *Besitz und Eigentum im Internet der Dinge*, p. 369.

³⁴ SCHMECHEL, Philipp. *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutz-Grundverordnung*, p. 274.

³⁵ HELBERGER, Natali. *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things – A new challenge for consumer law*. In: SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk (Ed.). *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 135-161.

arts. 6º, III, e 31 do CDC, deverá ter em conta a vulnerabilidade técnica do consumidor médio em relação às inovações tecnológicas.

Outro aspecto a destacar diz respeito à extensão das regras de responsabilidade solidária previstas no CDC no caso de produtos relacionados à internet das coisas³⁶. Não é demais lembrar que se tratando do fato do produto, o art. 12 do CDC prevê a responsabilidade solidária de uma estreita cadeia de fornecedores (fabricante, construtor, produtor e importador), ao contrário do regime do fato do serviço, no qual a interpretação consagrada do art. 14 do CDC define um sentido abrangente da solidariedade dos fornecedores envolvidos. Todavia, peculiaridades do próprio modo de fornecimento podem influenciar na conclusão sobre maior ou menor extensão da responsabilidade dos fornecedores. A título de exemplo, contraponham-se situações nas quais a aplicação que permita funcionalidades ao produto seja fornecida pelo mesmo fabricante, por algum fornecedor seu parceiro (em relação ao qual o próprio fabricante do produto possa atuar de modo semelhante a de um agente ou distribuidor) ou por terceiro independente, sem qualquer relação com o primeiro. Em todos os casos, necessariamente, será o caso de reconhecer a responsabilidade solidária de todos eles? Da mesma forma, tratando-se de violação do dever de adequação dos produtos, os regimes de vício do produto e do serviço (art. 18 a 20 do CDC) conduzem já à solidariedade da cadeia de fornecimento, o que não ocorre no caso do fato do produto, em que a responsabilidade solidária pelos danos causados por produtos defeituosos, conforme já se indicou, será restrita (art. 12 do CDC).

Estas relações entre o fabricante do produto e os fornecedores do software e aplicações que assegurem suas funcionalidades esperadas, ou agregue novas ao longo do tempo, também terão reflexos em matéria concorrencial. Neste particular, estarão sob controle das autoridades de defesa da concorrência, e mesmo de defesa do consumidor quando afetem diretamente os interesses dos consumidores (em especial sua liberdade de escolha), os acordos entre os fabricantes dos produtos com aplicação da internet das coisas, e os desenvolvedores de softwares e aplicações que possam comprometer a livre concorrência, assim como

³⁶ O problema da extensão da responsabilidade entre vários fornecedores de produtos em que aplicada a internet das coisas, também é notada do direito comparado: WENDERHORST, Christiane. *Besitz und Eigentum im Internet der Dinge*, p. 370-371.

a interpretação sobre as normas de proteção aos direitos autorais sobre os softwares aplicados, que possam conduzir a um mesmo resultado restritivo do ingresso de novos agentes no mercado, ou dificultar seu acesso aos consumidores.

3.3. Inteligência artificial

O desenvolvimento da tecnologia da informação, a par das inovações de processos tradicionais nas variadas atividades econômicas, com importantes reflexos no mercado de consumo, cruzou uma fronteira sensível que separava o ser humano e suas invenções, com o surgimento da inteligência artificial. Esta noção de inteligência artificial compreende a capacidade de um determinado sistema informatizado não apenas executar comandos pré-programados, mas também interpretar um determinado contexto e atuar sem prévia definição, apenas de acordo com a representação que estabeleça sobre a ação mais adequada para intervir em certa situação. Daí a noção de “inteligência” reconhecida como capacidade de interpretação da realidade e determinação de uma ação de forma autônoma, independente de comandos anteriores definidos por programação. Será “artificial” porque desenvolvida no âmbito da computação e das tecnologias da informação, em oposição àquela natural, reconhecida aos seres humanos. A rigor, uma pessoa muitas vezes decide o que fazer, avaliando os resultados das diferentes possibilidades de ações que pode realizar. Um programa inteligente deverá fazer o mesmo, mas usando processo lógico, capaz de identificar e demonstrar as alternativas sem deixar de considerar que se trata, em última análise, de uma máquina³⁷.

Ao examinar as implicações iniciais do tema, Resolução do Parlamento Europeu, de 2017, definiu o que seriam características de um “robô inteligente”, identificando: a) sua autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o ambiente (interconectividade) e da troca e análise desses dados; b) capacidade de autoaprendizagem com a experiência e a

³⁷ MCCARTHY, John; HAYES, Patrick J. *Some philosophical problems from the standpoint of artificial intelligence*. In: MELTZER, B.; MICHIE, D. *Machine Intelligence 4*. Edinburgh University Press, 1969, p. 463-502.

interação (critério opcional); c) um suporte físico mínimo; d) adaptação de seu comportamento e de suas ações ao ambiente; e) inexistência de vida no sentido biológico do termo³⁸. Naturalmente, são critérios úteis para a interpretação do fenômeno também à luz do direito brasileiro.

Segundo uma visão orientada aos benefícios empresariais, a inteligência artificial tem aplicações conhecidas na automatização dos processos negociais, na obtenção de informações que incrementem a atuação dos agentes econômicos por intermédio da análise de dados, assim como para fomento ao engajamento de consumidores e empregados da empresa³⁹.

No âmbito das relações de consumo, o fato de se tratar de sistemas não completamente programados, mas que adquirem a capacidade de “interpretar” dados objeto de tratamento para formar decisões coerentes com o propósito presumível do consumidor, gera problemas de qualificação importantes, como é o caso da própria capacidade para celebrar contratos ou praticar atos em representação autônoma ou simples meio interposto da contratação, a partir da vontade mediata do consumidor ao adotar o meio de contratação⁴⁰. Nestas situações, embora no âmbito da teoria geral dos contratos possa haver dificuldades importantes a serem superadas no plano da validade da proposta formulada por robôs, no caso dos contratos de consumo a solução é dada, segundo o direito existente, nos termos do art. 30 do CDC, ao definir que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. A ausência de exigências formais para a oferta de consumo e a amplitude reconhecida ao comportamento vinculante do fornecedor (“toda informação”, “veiculada por qualquer forma ou meio”)

³⁸ Relatório do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de direito civil sobre robótica, p. 8.

³⁹ DAVENPORT, Thomas H.; RONANKI, Rajeev. *Artificial intelligence for the real world*. In: *On AI, Analytics and the new machine age*. Boston: Harvard Business Review Press, 2019, p. 1-18.

⁴⁰ SPECHT, Louisa; HEROLD, Sophie. *Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme*. Multimedia und Recht, n. 1 Munich: C.H.Beck, 2018, p. 40-44.

é suficientemente abrangente para contemplar também a contratação eletrônica feita com utilização de inteligência artificial.

Por outro lado, a utilização da inteligência artificial no tratamento de dados (p.ex. para análise de crédito do consumidor), ou em serviços de atendimento ao clientes (atendimento por robôs), impõe dificuldades mais sensíveis. Sobretudo, em relação ao exame da motivação das decisões adotadas no caso de tratamento de dados e a incapacidade de prever o modo de ação em relação a situações específicas (que se distanciem das hipóteses de maior ocorrência e, por isso, padronizadas), nas situações relacionadas ao atendimento virtual do consumidor.

Em relação ao tratamento de dados, uma das principais questões diz respeito ao risco de que, mediante uso da inteligência artificial, a decisão que dela resulte possa ser conflitante com a proibição de discriminação segundo critérios definidos pelo Direito. Neste caso destaca-se mesmo a pergunta se o resultado da análise de dados a partir de critérios objetivos (estatísticas, por exemplo), poderá ser considerado discriminatório. A resposta tende a ser afirmativa, considerando, ademais, que o modo como os dados sejam reconhecidos e interpretados pode conduzir a conclusões que se revelem discriminatórias. É pressuposto da utilização da inteligência artificial no tratamento de dados, sua conformidade com a legislação de proteção dos dados pessoais, em especial respeitando a finalidade do tratamento e a proibição de discriminação ilícita.

No caso dos serviços de atendimento a consumidores, a utilização da inteligência artificial permite a redução de custos e maior eficiência na padronização de procedimentos pelo fornecedor. Contudo, é evidente que as diversas situações pelas quais os consumidores demandam o contato com o fornecedor, para solução de dúvidas, reclamações ou exercício de seus direitos, compreendem circunstâncias que nem sempre são passíveis de resposta padronizada. Daí porque devem ser asseguradas alternativas para que o consumidor possa contatar o fornecedor em caso de necessidade, o que, aliás, é previsto pelo Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que disciplinou o comércio eletrônico (art. 4º, V, e também os arts. 2º, II, 4º, II, e 5º, §1º).

Outro aspecto de grande repercussão acerca da utilização da inteligência artificial em produtos e serviços ofertados no mercado de consumo, diz respeito aos riscos de dano a que dá causa e o preenchimento das condições para responsabilização do fornecedor. A própria

Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, destaca a insuficiência das regras sobre responsabilidade por fato do produto na sua aplicação aos robôs dotados de inteligência artificial, sobretudo em vista da dificuldade de demonstração do nexo de causalidade⁴¹. Da mesma forma, considerando a capacidade de autoaperfeiçoamento e autonomia nas decisões, independentemente de comandos pré-definidos, que caracterizam a inteligência artificial, questiona-se qual o limite da responsabilidade dos programadores do sistema em relação a estas decisões⁴². No caso da responsabilidade do fornecedor por danos ao consumidor em razão da utilização da inteligência artificial, sendo o regime legal previsto no CDC o da responsabilidade objetiva, são afastadas maiores dificuldades a serem enfrentadas caso fosse necessário perquirir de quem seria a culpa pela falha. Todavia, dois aspectos merecem atenção, em especial quanto à crescente utilização da inteligência artificial em produtos e serviços ofertados no mercado de consumo. A primeira delas diz respeito à extensão da cadeia de fornecimento para efeito do reconhecimento da responsabilidade solidária dos fornecedores. A segunda suscita a interpretação dos denominados riscos do desenvolvimento e sua repercussão no caso de danos causados por decisões decorrentes da aplicação de inteligência artificial.

No primeiro caso, trata-se de saber os limites da extensão de responsabilidade em relação a todos os fornecedores que participam, direta ou indiretamente na fabricação e oferta do produto ou serviço no mercado. Segundo o direito brasileiro, a solidariedade dos fornecedores pelos danos causados resulta da sua contribuição para o dano (art. 7º, parágrafo único, do CDC) ou por imputação legal (art. 12 a 14 do CDC). Neste segundo caso, especialmente quando o uso da inteligência artificial se dê mediante sua aplicação a produtos e serviços, imbricando-se, muitas vezes, com a internet das coisas, trata-se de saber se todos os que participam da

⁴¹ Relatório do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de direito civil sobre robótica, itens AH e AI, p. 8.

⁴² SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine: Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen autonomer Systeme*. Juristen Zeitung, v. 72, issue 7. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 342-349.

cadeia serão responsáveis por danos decorrentes de falhas nas decisões tomadas de modo autônomo pelo sistema informatizado, ou apenas aqueles fornecedores que tenham participado de sua programação ou instalação. Recorde-se, neste ponto, que o regime de responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC) é bastante mais restrito em relação à extensão do conjunto de fornecedores a quem se pode imputar a responsabilidade, do que no caso do fato do serviço (art. 14 do CDC). Neste sentido, a própria qualificação do dano decorrente de decisão tomada com o uso de inteligência artificial, como fato do produto ou do serviço, terá consequências práticas significativas.

Afinal, sendo defeito do produto, apenas o fabricante e o importador (se houver), responderão pela indenização ao consumidor, ainda que, identificando-se a causa específica, se possa estender a responsabilidade ao fornecedor de algum dos componentes do produto que seja identificado como causa do dano. Qualificando a falha decorrente da decisão adotada com uso da inteligência artificial como fato do serviço, amplia-se a extensão da cadeia de fornecimento para efeitos de responsabilização. Em situações nas quais há prestação de serviços digitais, como ocorre nos casos de automação típicas da internet das coisas, a identificação do regime do fato do serviço é admissível. Tratando-se, contudo, de funcionalidade do produto que não se associe a prestação de serviços posteriores a venda e entrega ao consumidor, a incidência do art. 12 do CDC tenderá a prevalecer, podendo reclamar a necessidade de novas soluções legislativas.

Em relação aos riscos do desenvolvimento, assim compreendidos aqueles que o fornecedor não tinha condições de identificar (e, deste modo, tampouco de prevenir) pelo estágio da ciência e da técnica ao tempo da colocação do produto ou serviço no mercado, trata-se de saber como repercute sobre a responsabilidade do fornecedor no caso de danos causados por decisões autônomas de sistema informatizado mediante aplicação de inteligência artificial. Seu fundamento legal reputa-se no art. 12, §1º, III, do CDC, que ao definir critérios para identificação do defeito do produto, inclui “a época em que foi colocado em circulação”. A rigor, tratando-se da capacidade de decisões futuras que não foram objeto de programação anterior (e, portanto, não são completamente previsíveis), há dificuldade mesmo de exigir do fornecedor o standard estabelecido no art. 10 do CDC, de que não pode “colocar no mercado de consumo

produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”⁴³.

Contudo, registre-se que o mesmo art. 12, §1º, do CDC, define como critério para definição de defeito do produto, “o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam”. Neste sentido, tratando-se da aplicação de inteligência artificial a produtos e serviços, nos quais há ciência quanto à capacidade de tomada de decisões independentemente de programação prévia, configura-se um risco esperado a possibilidade de que possa causar danos decorrentes de falhas na interpretação do contexto de atuação pelo software, o que por si pode dar causa à configuração do defeito e conseqüente responsabilização do fornecedor. A definição de risco que razoavelmente era esperado, contudo, não abrange qualquer situação, em especial quanto a características e extensão do dano que venha a ser causado. Afinal, risco razoavelmente esperado supõe um mínimo de determinação do evento futuro possível, não sendo suficiente relacionar que “algo pode dar errado” ou, simplesmente, que “algum dano pode ser causado”, sem qualquer elemento que permita delimitar o fato. Poderá, contudo, ser útil neste caso, a exata delimitação daquilo que se considere risco inerente à atividade (o denominado fortuito interno), o que dependerá de concreção pelo intérprete, em acordo com as características e funcionalidades do produto, assim como das circunstâncias do caso.

O exemplo mais lembrado nestas situações, ainda que se encontre, como regra, em fase de testes, diz respeito ao carro autônomo, que se desloca sem motorista, e vem sendo considerado uma das grandes inovações com chances reais de breve introdução em escala no mercado de consumo. Considerando tratar-se de veículo que se desloca mediante aplicação de inteligência artificial, identificando as regras de trânsito, obstáculos físicos no trajeto que desenvolve, de modo a reagir às eventualidades que possam ocorrer no trajeto, no caso de algum acidente a que venha dar causa, a quem seria imputável a responsabilidade pela reparação dos

⁴³ A doutrina alemã sustentará a possibilidade de exclusão da responsabilidade do fornecedor, em razão dos riscos do desenvolvimento. Aponta, então, no sistema alemão, a importância da culpa do fabricante no sistema de responsabilidade geral do BGB, ainda que haja a dificuldade de determinar que a máquina, por intermédio da inteligência artificial, cometa ato ilícito. SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine...*, p. 343.

danos causados? Alternativamente, ao fabricante, ao proprietário, ao fornecedor do componente de inteligência artificial? A todos de forma solidária? Ou a nenhum deles, sendo necessário conceber-se um novo modelo de garantia para estes riscos (seguro obrigatório, por exemplo)? Seguindo os fundamentos de responsabilização do fornecedor próprios da disciplina de proteção do consumidor, a tendência será a de responsabilização do fabricante, sobretudo sob o argumento de que ele terá a capacidade de exercer certo controle de riscos em relação ao produto que colocou no mercado⁴⁴. De fato, mesmo no direito brasileiro, seria a hipótese mais adequada à primeira vista (art. 12 do CDC). Não se deixe de considerar, contudo, que em razão da causa identificada do dano, esta atribuição de responsabilidade poderia se deslocar e estender-se ao fornecedor do componente de inteligência artificial, seja como fato do produto ou mesmo, no caso da prestação de serviços digitais – como poderá ocorrer nos carros autônomos – também com fundamento no art. 14 do CDC (fato do serviço). Sem prejuízo de que, com fundamento na interpretação tradicional sobre a responsabilidade objetiva do proprietário do veículo no caso de acidentes de trânsito, se possa estender a ele a responsabilidade frente à vítima (pelo fato da coisa ou quando conduzido por terceiros, segundo a teoria da guarda da coisa, amplamente reconhecida pela jurisprudência brasileira)⁴⁵.

Percebe-se, deste modo, que a incidência das normas do CDC às situações que envolvam danos decorrente de defeitos de produtos e serviços com aplicação da inteligência artificial, tem aptidão para resolver boa parte dos casos de responsabilidade pela indenização em favor da vítima. Exigências de interpretação quanto aos fatos e sua subsunção à norma se dão em face das características e funcionalidades do produto e a existência ou não de serviço prestado por seu intermédio, desafiando a qualificação mais precisa em acordo com estes elementos.

⁴⁴ EIDENMÜLLER, Horst. *The rise of robots and the law of humans*. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, v. 4. Munich; C.H. Beck, 2017, p. 772.

⁴⁵ A título ilustrativo: STJ, REsp 604.758/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 17/10/2006, DJ 18/12/2006.

4. Repercussão do novo paradigma tecnológico sobre os direitos do consumidor

Diante dos exemplos de formas de contratação e relacionamento entre o fornecedor e o consumidor e novos produtos e serviços decorrentes da aplicação das tecnologias da informação, são diversas as repercussões na interpretação e aplicação das normas de direito do consumidor. Estes impactos resultam da própria característica que acompanha este novo paradigma tecnológico, “destruição criativa” segundo conhecida expressão de JOSEPH SCHUMPETER⁴⁶, ou “disrupção” (“inovação disruptiva”), cunhada por CLAYTON CHRISTENSEN⁴⁷ para explicar como novos empreendedores inovam criando produtos e serviços mais acessíveis, com novas opções para os consumidores, de modo a desestabilizar a posição daqueles já estabelecidos no mercado. Fazem isso, inclusive, criando novos mercados e atraindo consumidores que até então não demonstravam interesse em participar e consumir⁴⁸.

Estas transformações do mercado de consumo desafiam, então, igualmente, os conceitos estabelecidos do direito do consumidor, exigindo o estudo e interpretação de suas normas orientado a dois propósitos essenciais: a) primeiro, um esforço no sentido de subsumir as novas situações do mercado às normas em vigor, considerando o pressuposto da vulnerabilidade do consumidor (princípio da vulnerabilidade)

⁴⁶ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. London/New York: Routledge, 1976, p. 81 e ss.

⁴⁷ A expressão original de Clayton Christensen em sua obra de 1997 (CHRISTENSEN, Clayton M. *The Innovator's Dilemma*. Boston: Harvard Business School Press, 1997) visava, sobretudo o exame os aspectos relacionados à gestão empresarial e ao fenômeno da disrupção de mercados. A expressão, contudo, ganhou sentido mais largo pelo uso, especialmente, relacionado às inovações decorrentes da tecnologia da informação e da internet, levando o próprio autor a revisita-la em artigo, em co-autoria, de 2015, incorporando de forma sistemática as inovações decorrentes deste novo paradigma tecnológico (CHRISTENSEN, C. M., RAYNOR, M.; McDONALD, R. *What Is Disruptive Innovation?*. Harvard Business Review, December/2015, p. 1-11). A utilização ampla da ideia de disrupção, contudo, não passou despercebida, sendo objeto de crítica mais recente daqueles que percebem a falta de critérios para seu emprego como causa do seu esvaziamento. Neste sentido: GOBBLE, MaryAnne M. *The case against disruptive innovation*. Research-Technology Management, v. 58, (1), 2015, p. 59-61.

⁴⁸ CHRISTENSEN, C. M., RAYNOR, M.; McDONALD, R. *What Is Disruptive Innovation?*, p. 5.

que justifica a proteção constitucional e legal que lhe é endereçada; e b) a identificação das situações de suficiência ou não das normas legais vigentes à realidade que decorre das transformações do mercado em razão das inovações tecnológicas, seja para a colmatação de lacunas ou proposição *de lege ferenda*, sempre observado o fundamento constitucional de defesa do consumidor na forma da lei (art. 5º, XXXII, da Constituição da República).

Alguns destes aspectos são examinados a seguir, para fins de sistematização. Primeiro, a aproximação das categorias jurídicas de produto e serviço como objeto de relações de consumo devido às inovações decorrentes do uso da tecnologia da informação. Em seguida, uma síntese das questões envolvendo os novos riscos tecnológicos e sua repercussão sobre o regime de responsabilidade do fornecedor no CDC, consolidando aspectos examinados nos itens anteriores. Por fim, um aspecto que até aqui tem contado com menor interesse dos estudiosos do Direito, mas que merece atenção em razão da tendência evidente de expansão da oferta remota e a distância de produtos e serviços ampliada pelas novas tecnologias e, sobretudo, pela internet: as novas formas de resolução de litígios, em especial, por intermédio da própria rede mundial de computadores (comumente denominados *ODR – Online dispute resolution*).

4.1. Aproximação das categorias de produto e serviço

Uma das principais repercussões das novas tecnologias da informação sobre o mercado de consumo, e sua aplicação em produtos e serviços, consiste na aproximação destas categorias. O CDC, ao definir produto e serviço como objetos da relação de consumo, distingue claramente o primeiro como um bem, e o segundo como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”. Em certa medida, projetam na prestação objeto da relação de consumo, a distinção clássica entre as obrigações de dar e fazer, consagradas no direito obrigacional⁴⁹. Ao permitir a conectividade de produtos, a partir da qual passa a contar com novas funcionalidade – como é o caso, especialmente, da internet das coisas e da aplicação da inteligência artificial – passa a existir, em muitas situações, uma

⁴⁹ Veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 165 e ss.

interdependência entre produto ou serviço, de modo que sua utilidade e valor supõe esta relação. A rigor, essa dependência acompanha o desenvolvimento da tecnologia da informação. Conectividade pressupõe serviços que se realizam por intermédio da utilização do produto. O modo como se dá o proveito do consumidor é que varia. Assim, o valor de um *smartphone* estará cada vez menos na sua utilidade original de realizar ligações telefônicas e mais na capacidade de armazenamento de dados e aplicações de internet que permitem a realização de uma série de tarefas, com diferentes níveis de interação humana. No domínio da internet das coisas, a tecnologia acoplada ao produto permite a execução de tarefas e desta funcionalidade retira seu valor. Há situações paradigmáticas, inclusive, quando o próprio fornecimento de um novo produto tende a depender da correta execução de uma funcionalidade associada a outro produto (ex. das impressoras 3D que produzem novos objetos). O mesmo se diga em relação à aplicação da inteligência artificial, cujo principal aspecto distintivo diz respeito, justamente, à capacidade de atuação autônoma a partir de software para realização de tarefas (serviços) no interesse do usuário.

A relação entre a noção tradicional do produto, que oferece toda sua utilidade ao consumidor após a tradição, pelo qual se transfere, usualmente, a propriedade e a posse, é alterada a partir deste novo paradigma tecnológico da sociedade da informação. A principal situação diz respeito aos produtos cuja utilidade suponha sua conexão a um determinado software oferecido pelo mesmo fornecedor ou por terceiro. Neste caso, o produto adquirido pelo consumidor com tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial, tem seu uso e fruição dependente do correto funcionamento do software, hipótese na qual, havendo falha no fornecimento deste, restringe-se sua utilidade, ou mesmo perde todo o valor. Isso pode dar causa a maior catividade do consumidor quando dependa de uma licença de software, ou de sua atualização, inclusive implicando na transição do modelo de negócios em relação a “produtos inteligentes” do novo mercado de tecnologia da informação, da simples compra e venda de consumo tradicional, para um modelo de licenciamento⁵⁰ exigindo uma relação continuada com o fornecedor para preservar a utilidade do bem.

⁵⁰ SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine...*, 373

A dependência do software que assegure a preservação da funcionalidade do produto, por outro lado, também pode submeter o consumidor à necessidade de contínuas atualizações requeridas para que o produto ou serviço continue atendendo à finalidade original, ou mesmo acrescente novos usos ao longo do tempo. Isso gera situações como: a) atualizações de software que podem modificar conteúdos já existentes ou requerer condições que o produto original não tenha capacidade de suportar (espaço de memória, por exemplo), acelerando sua obsolescência e estimulando a necessidade da aquisição de uma nova versão do produto pelo consumidor (obsolescência programada); e b) controle (e possibilidade de restrição) pelo fornecedor do software, de sua interoperabilidade com outras aplicações (especialmente de internet), aumentando sua posição dominante tanto no âmbito da relação de consumo, como em termos concorrenciais com outros agentes econômicos; c) possibilidade de limitação das atualizações gratuitas a determinado período, passando a exigir remuneração específica, e em separado, para aquelas que sejam realizadas fora destas condições; d) vinculação do produto a um serviço digital de manutenção do software, mediante cobrança de um valor específico para este fim, o que pode, eventualmente, restringir a liberdade de escolha do consumidor, ao caracterizar prática abusiva de venda casada (art. 39, I, do CDC); e) oferta ao consumidor, na ocasião em que este realiza a compra do produto, de um pacote de serviços digitais que abranja as atualizações necessárias para preservar a funcionalidade ou segurança do produto por certo tempo, ou mesmo indefinidamente.

Outra questão diz respeito às situações em que a atualização do software de produtos da internet das coisas ou de inteligência artificial não seja uma escolha do consumidor, mas uma exigência para preservar a utilidade original do produto. Nestas situações, coloca-se em destaque a existência mesmo da informação prévia do consumidor, quando da aquisição do produto, sobre o caráter necessário destas providências posteriores para preservar sua utilidade. Embora seja inequívoco que as atualizações, nestes casos, se dão no interesse do consumidor, uma vez que visam à preservação ou acréscimo de utilidade do produto, há consequências que podem ser indesejadas, como o comprometimento do espaço de armazenamento de dados do produto, a alteração do modo de apresentação dos comandos (alteração do menu de comando), além de novas formas de processamento e monitoramento de dados pessoais que

podem ser adicionadas. Em geral, estas atualizações, quando impliquem alteração da oferta original, poderão ter que ser objeto de uma nova oferta ao consumidor, com as informações adequadas e claras, uma vez que nem sempre a oferta inicial, quando da aquisição do produto, é suficientemente precisa sobre os termos do relacionamento posterior entre consumidor e fornecedor.

Neste particular, pergunta-se se a necessidade de atualização de software pode ser uma condição implícita da aquisição de um produto com tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial. A rigor, embora seja razoável cogitar desta possibilidade em contratos interempresariais, por exemplo, é difícil sustentar a mesma conclusão no âmbito do contrato de consumo, no qual a vulnerabilidade do consumidor é a regra. Neste sentido, a necessidade de atualização do software e os termos em que será feita ao longo do tempo (em especial, a existência de custo para o consumidor), deve ser adequadamente informada quando da oferta do produto, sob pena de não obrigá-lo, nos termos do art. 46 do CDC, ou ainda, gerar pretensão decorrente da frustração de expectativas legítimas que tenha com em relação à utilização do produto.

Esta integração entre o produto com aplicação da internet das coisas, ou com inteligência artificial, e o software que lhe garante funcionalidade, pode implicar não apenas na possibilidade de uso e fruição inerente à propriedade, mas também ao poder de disposição (*ius abutendi*) do consumidor que o adquiriu. É o caso de produtos que dependam de software para conectividade, com acesso por intermédio de conta digital e/ou senha no site do fornecedor. Tal circunstância, como já foi mencionado, aumenta a dependência do consumidor em relação ao fornecedor, que se torna protagonista não apenas ao longo da execução do contrato com o consumidor que primeiro o tenha adquirido, mas lhe dá poder mesmo nas situações em que este pretenda desfazer-se do produto após algum tempo de uso, revendendo-o a outra pessoa⁵¹. Isso porque, estando sua funcionalidade dependente dos serviços do fornecedor com acesso controlado por intermédio de conta digital e/ou senha, o produto apenas será útil ao novo adquirente se a ele for conferida a mesma possibilidade de acesso. Assim, por exemplo, se o produto só puder ser acionado por

⁵¹ SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine...*, p. 408.

intermédio de um aplicativo de internet desenvolvido pelo fornecedor, o novo adquirente só conseguirá obter a utilidade esperada do produto na hipótese em que não tenha dificuldade para fazer o download e respectivo registro no aplicativo⁵².

As várias situações descritas permitem identificar que a adoção de tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial em produtos, ao condicionar sua plena utilidade a uma atividade que deve ser prestada pelo próprio fabricante ou por outros fornecedores, determinam uma relação indissociável com esta prestação de serviços⁵³. Mais do que isso até, resultam na conclusão de uma prevalência do serviço prestado em relação ao produto em si, considerando que dele se retira a utilidade esperada pelo consumidor⁵⁴.

Respeitadas as características do produto e da tecnologia que lhe assegura a utilidade, deve ser marcado que frente a estas implicações da internet das coisas e da inteligência artificial no fornecimento de produtos e serviços, a medida da tutela dos interesses legítimos do consumidor será dada prioritariamente pelos termos da oferta, quando da contratação. Dito de outro modo, sendo uma característica destes novos produtos sua dependência de serviços prestados pelo fornecedor, em caráter continuado ou não, os termos da oferta realizada se convertem no principal critério de aferição das expectativas legítimas do consumidor.

⁵² O exemplo da doutrina estrangeira é o do consumidor que adquire um sistema de irrigação inteligente para o jardim, com vida útil esperada de cerca de 15 anos. Para sua utilização requer-se o uso de um aplicativo de controle do fabricante, instalado em *smartphone*, bem como acesso online a uma conta de usuário pessoal no site do fabricante e a uma plataforma com dados meteorológicos operada por um terceiro. Dois anos depois, o consumidor original pretende revender o produto, mas o fabricante se recusa a configurar uma nova conta de usuário para o novo adquirente para permitir o download do aplicativo de controle, indicando que os direitos em relação ao uso do software, segundo seus termos de licença, não são transferíveis. SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine...*, p. 409.

⁵³ TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave MacMillan, 2019, p. 95-98.

⁵⁴ Veja-se, neste sentido, as considerações do estudo coordenado pela União Europeia, sobre o desafio de de atualização da sua Diretiva 85/374/EEC, sobre responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, frente às exigências da economia digital: EUROPEAN UNION. *Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, p. 39.

Neste sentido, será no momento da oferta que o fornecedor deverá informar sobre a existência do software acoplado, os requisitos para sua utilização, eventual necessidade de sua atualização e as respectivas condições, dentre outras informações relevantes, nos termos do art. 31 do CDC. Será o atendimento ou não do dever de prestar informações corretas, claras, precisas, ostensivas, sobre características e qualidades do produto, que dará a medida da expectativa legítima do consumidor em relação a sua utilização, em especial para efeito da vinculação do consumidor aos termos do contrato (art. 46 do CDC) e da responsabilidade do fornecedor (em especial, art. 18 e 20 do CDC)⁵⁵. Quando for o caso, mesmo limitações decorrentes de lei (como, por exemplo, aquelas que resultem da legislação de proteção de direitos autorais sobre software), devem ser esclarecidas previamente ao consumidor, considerando, sobretudo, sua vulnerabilidade técnica e jurídica, para que possam incidir sem que o fornecedor responda pela violação do seu dever legal de informar. Eventuais restrições cabíveis, neste caso, ao exercício do direito de propriedade do consumidor sobre o produto que adquiriu, colocam-se sob o crivo da proporcionalidade em relação ao atendimento às finalidades legitimamente esperadas. Não podem, em qualquer caso, implicar no sacrifício do direito (art. 51, §1º, I, do CDC), bem como devem respeitar a proibição de cláusulas que imponham condições excessivamente onerosas ao consumidor (art. 51, §1º, II, do CDC).

4.2. Novos riscos tecnológicos e os regimes de responsabilidade do fornecedor

O desenvolvimento de novas tecnologias sempre dá causa a novos riscos de dano a elas associados. Em perspectiva jurídica, trata-se de reconhecer nos novos fatos em causa a possibilidade de sua adequada subsunção às normas já existentes, ou a necessidade de seu aperfeiçoamento. Frente ao novo paradigma tecnológico, alguns aspectos vêm sendo

⁵⁵ Assim, por exemplo, nada impede que se imponham limites quantitativos, como é o caso em que a licença de uso de um software ou de uma aplicação de internet diga respeito a sua utilização simultânea ou não em um determinado número de dispositivos (hardwares), desde que adequadamente informado ao consumidor no momento da oferta.

identificados. Em relação aos produtos da internet das coisas, registram-se dificuldades inerentes à demonstração da causalidade entre eventuais falhas que possam apresentar e os danos que delas decorram⁵⁶. Por outro lado, no âmbito do direito europeu, em relação à responsabilidade dos fornecedores, a legislação comunitária ocupa-se apenas dos danos decorrentes de produtos defeituosos, levando a doutrina a sustentar a necessidade de uma interpretação extensiva para abranger também os serviços digitais característicos da internet das coisas⁵⁷.

No direito brasileiro, o sistema de responsabilidade do fornecedor fundado pelo CDC é compreensivo, tanto de situações causadas por danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos (que não sejam seguros), quanto nos casos em que estes produtos e serviços não atendam aos fins que são legitimamente esperados (vícios que comprometem seu valor ou utilidade)⁵⁸. As normas de proteção do consumidor concentram-se, em boa medida, na disciplina das situações em que há falha no dever de qualidade de produtos e serviços pelo consumidor. Resultam nos regimes de responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço. Embora em relação ao regime de vícios, a similitude dos efeitos não determine uma distinção prática relevante no caso de produtos ou serviços (art. 18 a 20 do CDC), o mesmo não ocorre em relação ao fato do produto ou do serviço. Isso porque, neste caso, a solidariedade dos fornecedores pela dívida de indenização do consumidor não se estende a todos. No caso de produtos que se revelem defeituosos (art. 12 do CDC), responderá o fabricante em conjunto com o importador (quando exista). O comerciante que realiza a venda responderá em situações muito específicas, que tendem a ter pouca ocorrência no caso de produtos associados às novas tecnologias da informação. Já no caso dos serviços defeituosos (art. 14 do CDC), como já foi examinado, a interpretação prevalente é de que abrange todos os membros da cadeia de fornecimento, assim considerados aqueles que tenham participado de algum modo com sua oferta e execução no mercado. Em termos práticos, a identificação dentre as funcionalidades

⁵⁶ WEBER, Rolf H. *Statement*. In: SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk (Ed.). *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*. Baden-Baden: Nomos, 2016, p 263.

⁵⁷ WEBER, Rolf H. *Liability in the internet of things*. *Journal of European Consumer and Market Law*, n. 6, issue 5. Wolters Kluwer, 2017, p. 207-212.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 598 e ss.

de um produto – em especial quando conte com atividade contínua ou intermitente de um fornecedor externo (serviços digitais), poderá resultar na extensão da cadeia de fornecimento para fins de imputação de responsabilidade pelo fato do serviço.

Registre-se, ainda, que se tratando de produtos desenvolvidos na internet das coisas com inteligência artificial, há situações em que o fabricante também será aquele que desenvolve o software ou presta o serviço que assegura sua funcionalidade ao longo do tempo. Ou esta atividade será prestada por outro fornecedor, que não se envolveu com a fabricação do produto, mas apenas da atividade que lhe garante ou otimiza a utilidade. Nestes casos, independentemente do relacionamento entre o fabricante do produto e do fornecedor do serviço, no caso de exercício de pretensão do consumidor em relação a qualquer um deles, não poderá o outro, sob qualquer circunstância, ser considerado como terceiro (arts. 12, §3º, III e 14, §3º, II, do CDC), para efeito de excluir a responsabilidade daquele que for demandado.

Destaca-se a importância, nas demandas que envolvam a pretensão de reparação de danos de consumidores, causados por falhas de produtos ou serviços com aplicação das novas tecnologias da informação, da possibilidade de inversão do ônus da prova assegurado pelo art. 6º, VIII, do CDC. A vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor frente às características e riscos destas novas tecnologias, assim como aos termos contratuais complexos que são impostos, especialmente pela internet, remetendo a autorizações e cláusulas que limitam situações de responsabilização ou de acesso a informações pelos consumidores, dão causa geralmente à hipossuficiência exigida pela norma para a inversão do ônus da prova pelo juiz. Fique registrado que, em poucas situações no âmbito das relações de consumo, a inversão do ônus da prova será tão necessária à efetividade do interesse do consumidor em juízo, do que nos casos que envolvam a pretensão de reparação de danos decorrentes de falhas em produtos associados à internet das coisas ou com inteligência artificial, dada a dificuldade prática e custo de produção da prova do defeito (que envolve a necessidade de conhecimentos hiperespecializados, perícia, etc.).

4.3. Novos métodos de solução de conflitos (Resolução de disputas online)

As transformações operadas pelo novo paradigma tecnológico não se percebem apenas em relação à formação da relação de consumo e seu objeto. Também abrangem a própria necessidade e expectativa dos consumidores com a maior agilidade e eficiência da solução de litígios que porventura dela se originem. O desenvolvimento de novos métodos de solução de litígios é tema que extravasa o exame específico dos conflitos de consumo⁵⁹. A adoção de novas tecnologias (em especial, da inteligência artificial) para contribuir com a eficiência e agilidade nos processos judiciais é um dos grandes temas do Direito contemporâneo, importando, sobretudo, examinar sua repercussão e seus limites em relação às normas de direito material e processual incidentes.

No âmbito das relações de consumo, o despertar para novos métodos de solução de litígios a partir da aplicação das novas tecnologias resulta de duas constatações: a) a primeira, mais geral, quanto às dificuldades associadas ao longo tempo de tramitação e aos custos de demandas judiciais, ou de reclamações junto aos órgãos administrativos, comprometendo a própria efetividade da resposta dada ao consumidor no caso de violação de seus direitos; e b) o descompasso entre novas formas de contratação eletrônica à distância pela internet, inclusive entre consumidores e fornecedores sob diferentes jurisdições, e o exercício da pretensões do consumidor pelos meios tradicionais do Poder Judiciário ou dos órgãos administrativos, que acrescentam às razões do item anterior, muitas vezes, o desinteresse ou impossibilidade prática de cumprimento das decisões porventura prolatadas.

Estas circunstâncias estimulam o desenvolvimento de meios alternativos de solução de litígios, expressão sob a qual se designam tanto procedimentos previstos na legislação processual (p.ex. mediação – arts. 3º, §3º, 166 e ss, e 334 do Código de Processo Civil), quanto em legislação especial (arbitragem, prevista na Lei nº 9.307/1996). No âmbito

⁵⁹ Ainda que o próprio Código de Defesa do Consumidor preveja, no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, conforme anotam: PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. *Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção*. Revista de direito do consumidor, v. 114. São Paulo: RT, nov-dez./2017, p. 295-318.

internacional, quando realizados como alternativa ao processo judicial (em especial no caso da mediação extrajudicial e da arbitragem), são comumente denominados sob a expressão em língua inglesa *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Alguns destes métodos poderão enfrentar certos óbices legais no direito brasileiro, especialmente a arbitragem, quando seja compulsória para o consumidor (art. 51, VII, do CDC)⁶⁰. Outros tem certa aplicação, porém limitada no âmbito das relações de consumo (assim a experiência da mediação em casos que envolvam a renegociação de dívidas de consumidores superendividados). Porém, frente às próprias características das tecnologias da informação e, especialmente, do acesso à internet, vem ganhando destaque dentre os métodos alternativos, aqueles realizados no âmbito da própria rede, denominados genericamente *Online Dispute Resolution* (ODR)⁶¹.

Os argumentos em favor dos métodos de resolução de disputas *online* destacam sua maior simplicidade e confiabilidade, que não se destinam a aplicação em toda e qualquer disputa, mas preferencialmente àquelas que tenham grande recorrência e envolvam pequenos valores, de modo a permitir um modo menos custoso do que o oferecido pelas cortes judiciais⁶². Da mesma forma, a um maior empoderamento dos consumidores corresponderia, para os fornecedores, ganhos de reputação com a adoção destes métodos⁶³.

⁶⁰ Registre-se, contudo, entendimento do STJ admitindo a possibilidade de arbitragem quando o aderente no contrato de adesão a proponha ou concorde expressamente com sua instituição. Sustenta neste sentido que “o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.” (STJ, REsp 1169841/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/11/2012, DJe 14/11/2012).

⁶¹ Para um resumo do desenvolvimento histórico dos ODRs, veja-se: KATSH, Ethan. RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in cyberspace*. São Francisco: Jossey-Bass, 2001, p. 45 e ss.

⁶² BARROS, João Pedro Leite. *Arbitragem online em conflitos de consumo*. Florianópolis: Tirant lo Blanch/IberoJur, 2019, p. 35.

⁶³ SCHMITZ, Amy J. RULE, COLIN. *The new handshake: Online Dispute Resolution and the future of consumer protection*. Chicago: American Bar Association, 2017, p. XI.

Os estudos relativos aos ODRs enfatizam quatro princípios essenciais na sua adoção, no âmbito das relações comerciais em geral: transparência, independência, expertise e consentimento das partes que se submetam a eles. A *transparência* envolve, tanto a divulgação de informações sobre o próprio procedimento, quanto de eventual relação entre aquele que administra o sistema de resolução de litígios online, e os usuários do serviço, para efeito, especialmente, de identificar-se potenciais conflitos de interesse. *Independência*, mediante adoção de um código de ética que assegure sua neutralidade, assim como de políticas que identifiquem e atuem em situações de conflitos de interesse. Mais do que isso, que assegure a imparcialidade e o devido processo na solução do litígio. *Expertise* envolvendo a implementação de políticas de seleção e treinamento, assim como controle e supervisão que assegurem a conformidade da sua atuação com os padrões que o próprio administrador do sistema tenha estabelecido. Por fim, o *consentimento*, fixando que a submissão ao ODR pressupõe o consentimento explícito e informado das partes⁶⁴.

Há questões relevantes que desafiam a efetiva implementação dos meios de resolução de disputas online. A começar pelo modelo de custeio do sistema – sobretudo em vista da independência e autonomia decisória que deve lhe caracterizar, e sua vocação, no tocante às relações de consumo, à solução de demandas de pequeno valor. Neste caso, cogita-se das vantagens e desvantagens do custeio do sistema se dar mediante emprego de recursos públicos ou privados (neste caso, sobretudo por meio de seguros que garantam o risco das transações)⁶⁵. A rigor, contudo, nada impede que os próprios fornecedores (especialmente quando se tratam de plataformas digitais), organizem seu próprio sistema de resolução de disputas online, com mecanismos internos de controle, e com adesão voluntária do consumidor. Nestes casos, a adesão convencional ao meio deverá se apoiar, sobretudo, na credibilidade e reputação que o próprio fornecedor angariar a partir das práticas adotadas e reconhecidas no mercado. Neste particular, tem especial importância, dentre as práticas

⁶⁴ UNCITRAL. *Uncitral Technical Notes on Online Dispute Resolution*. UN: New York, 2017, p. 2-3.

⁶⁵ CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for consumers in the European Union*. London: Routledge, 2011, p. 76-77.

de transparência a serem adotadas pelo fornecedor, a própria publicidade sobre os fundamentos e critérios adotados na solução dos litígios⁶⁶.

Outro desafio dos meios de resolução de disputas *online*, da mesma forma, diz respeito à própria exigibilidade da decisão que deles resulte (*enforcement*)⁶⁷. Afinal, se a justificativa para sua adoção é a eficiência da solução, comparativamente aos sistemas tradicionais associados ao Poder Judiciário, em especial nos negócios celebrados pela internet, em que o limites da jurisdição desestimula o exercício da pretensão pelo consumidor nos tribunais locais, em relação a fornecedores distantes, tornar necessário recorrer ao processo civil tradicional para exigir o cumprimento de suas decisões seria, no mínimo, contraditório. Neste particular, anote-se que, no comércio eletrônico, estes meios de solução de disputas serão acionados, geralmente, por iniciativa do consumidor, em vista da alegação de descumprimento do contrato pelo fornecedor. Estas demandas, geralmente abrangem a desconformidade com as características do produto ou serviço, das condições de cumprimento da oferta, ou algum aspecto relativo ao pagamento. Todas questões atinentes ao comportamento negocial do fornecedor, uma vez que – regra geral – o consumidor já realizou o pagamento do preço por intermédio de meio eletrônico. Nestes casos, o desafio da exigibilidade recairá, sobretudo, sobre o fornecedor e sua disposição de submeter-se à decisão que resultar do sistema de solução de disputas, e se associa diretamente a sua própria credibilidade e reputação.

⁶⁶ CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for consumers in the European Union*, p. 78.

⁶⁷ CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for consumers in the European Union*, p. 82-83. Destaca-se na literatura como exemplo de meio de resolução de disputas *online* que assegura o cumprimento das suas decisões as disputas por nomes de domínio na internet, mantido pela entidade que gerencia seu registro, a ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). Esta desenvolveu o sistema denominado Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP), pelo qual árbitros decidem disputas, sobretudo quando haja reclamação acerca do registro de nome de domínio por má-fé e, embora não tenha caráter vinculante, suas decisões poucas vezes foram contestadas pelas partes envolvidas. No caso, há interação com árbitros da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, que tornam disponíveis árbitros para as disputas, sendo reconhecido que na imensa maioria das situações, resolve-se o litígio em favor do titular da marca. Para detalhes, veja-se: KATSH, Ethan; RULE, Colin. *What we know and need to know about online dispute resolution?*. *South Carolina Law Review*, v. 67, 2015, em especial p. 335-337.

No caso do fornecimento por plataforma digitais, seu próprio organizador pode atuar para convencionar mecanismos de sanção aos fornecedores que ofertem produtos ou serviços por seu intermédio. Já em relação a conflitos que se submetam a meios de resolução de disputas *online*, porém tenham sua origem em contratos de consumo tradicionais, o desafio da exigibilidade da decisão permanece, inclusive para que sua adoção não seja compreendida como simples etapa formal, ou ainda meio de obstaculizar ou retardar o recurso aos órgãos administrativos ou ao Poder Judiciário, comprometendo sua própria credibilidade.

Destacam-se, entre as formas de resolução de disputas *online*, os sistemas de liquidação *online*, arbitragem *online*, a resolução de reclamações de consumidores e a mediação *online*. No primeiro caso, de liquidação *online*, consumidor e fornecedor se colocam em contato para resolver uma determinada disputa, informando o quanto aceitam pagar ou receber da outra parte, conforme o caso, por intermédio de um sistema de lances dados de forma confidencial e sem que uma das partes saiba quanto a outra oferece (*blind biddings*). Havendo identidade entre as ofertas, o sistema, então, liquida automaticamente a operação, resolvendo a disputa.

A arbitragem *online*, de sua vez, supõe a participação de um terceiro árbitro, a quem incumbe decidir a disputa. Na mediação *online*, há um terceiro que não decide, mas apenas busca construir o entendimento entre as partes. Já os sistemas de reclamações de consumidores, tanto podem compreender aqueles mantidos pelos próprios fornecedores, para facilitar o acesso e solução das falhas apontadas, como pelo Poder Público que, inclusive pode atuar na mediação do conflito. Nestes casos, contudo, opõe-se crítica sobre o risco de transferir ao Estado aquilo que é dever primário do fornecedor – o atendimento do consumidor –, desonerando-o, parcialmente, desta incumbência. Por outro lado, a participação do Estado no esforço de unificação dos canais de reclamação, e sua distribuição conforme o fornecedor e o objeto da postulação do consumidor, pode oferecer uma maior resolutividade à questão. Examinando-se, especialmente o caso brasileiro do portal “Consumidor.gov”, mantido pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, as vantagens reconhecidas do sistema, todavia, não podem autorizar que se converta o registro da reclamação em condição inafastável para futuro exercício de pretensão judicial pelo consumidor. Porém, lamentavelmente, é o que tem sido considerado

por muitos tribunais estaduais no Brasil, estimulados pela perspectiva de redução das demandas (e não, necessariamente, a redução dos conflitos). Neste caso, além da crítica mais evidente, de confronto com o direito fundamental de acesso à justiça, deixa de observar uma das principais características dos ODRs, que é a voluntariedade da adesão dos consumidores. Também neste caso, serão a reputação e credibilidade do sistema, mesmo que mantido pelo Poder Público, que deve orientar a decisão dos consumidores em aderir a ele para solução de suas disputas com os fornecedores.

Os méritos da contribuição das novas tecnologias para novos métodos de resolução de litígios, contudo, são evidentes. E sua adequação aos contratos de consumo celebrados pela internet, sobretudo quando envolvam a aquisição de produtos ou serviços de valor relativamente baixo – a ponto de tornar tão ou mais custoso o exercício da pretensão do consumidor pelos meios tradicionais, do que o próprio valor do negócio – parece estimular sua adoção por fornecedores. Com especial atenção ao fornecimento por plataforma tecnológica, cujo próprio organizador da plataforma pode adotar o sistema, atentando aos ganhos de reputação e credibilidade que podem reverter, inclusive, em favor dele próprio.

5. Considerações finais

O caráter dinâmico do mercado de consumo é inerente ao processo de desenvolvimento econômico e social atual, tanto assim que foi expressamente previsto pelo CDC (art. 4º, VIII) como condição a ser observada pelo intérprete. Será a velocidade, profundidade e extensão das transformações ocorridas nas últimas décadas, a partir da inovação tecnológica que altera tanto os modos de consumir, quanto o que é objeto de consumo, que promove a noção de um novo paradigma – a que se denomina neste estudo “novo paradigma tecnológico”. Dá origem a novas formas de consumir, e novos produtos e serviços a serem consumidos, e desafia a aplicação das normas de proteção ao consumidor de modo a assegurar sua eficácia, ao mesmo tempo em que preserve a utilidade e interesse destas novas realidades do mercado.

Surgem daí consequências relevantes para os direitos dos consumidores em sua configuração definida no sistema jurídico brasileiro. Primeiro,

a tensão entre a necessidade de interpretação e aplicação das normas da legislação de proteção ao consumidor – em especial do CDC – e o recurso a iniciativas de alteração legislativa, com a finalidade de disciplinar situações não previstas expressamente pela lei, porque inexistentes quando de sua edição. Em outros termos, a disputa entre a atualização da norma pela via da interpretação ou de sua alteração pelo processo legislativo.

Um segundo aspeto diz respeito ao próprio reexame dos fundamentos do direito do consumidor, que neste caso não pertencem apenas à norma, mas do significado mais amplo que para conformação de seus institutos emprestam doutrina e jurisprudência. Hipótese que, como foi visto, tem repercussão prática, sobretudo considerando se imbricarem, a partir de tecnologias como a da internet das coisas e a inteligência artificial, as noções de produto e serviço. Nestes termos, a compreensão quanto a sua utilidade ou finalidade, assim como seus regimes de responsabilidade do fornecedor no caso da violação do dever de qualidade, observam importantes consequências.

A melhor atitude do jurista, neste caso, é considerar tais transformações pelo que são: uma consequência natural do desenvolvimento econômico e social própria do atual estágio histórico, que não torna dispensável ou obsoleto o direito posto, mas desafia a sua atualização pela via da interpretação, considerando a permanência de certas categorias fundamentais e a necessidade de repensar outras. Afinal, o conceito de contrato ou de dano não perde em substância pelo fato de se dar com a intervenção de novas tecnologias ou no ambiente da internet. Ou as próprias categorias de produto e serviço, que naturalmente não desaparecem, mas se conglobam, devendo-se investigar a predominância das características de um ou de outro, com tendência à valorização dos fazeres.

O desenvolvimento tecnológico que transforma o mercado de consumo, deste modo, não afasta os preceitos fundamentais do direito do consumidor que o disciplina. Ao contrário, tende, em muitas situações, a confirmar o próprio fundamento de seu surgimento e critério de interpretação e aplicação de suas normas: a vulnerabilidade do consumidor, que frente às novas tecnologias da informação pode ser agravada pelo desconhecimento de seus aspectos técnicos ou mesmo a incapacidade de acompanhar a velocidade das inovações. Resta ao jurista que se debruça sobre o fenômeno conciliar visões perspectiva e prospectiva

sobre as repercussões do direito sobre a realidade que se impõe neste novo mercado de consumo, e a mirada em retrospecto, dos próprios fundamentos e propósitos do direito do consumidor, que mantém sua atualidade e relevância.

La Elaboración de Perfiles Políticos en España tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de Mayo de 2019 por la que se Declara Inconstitucional el Art. 58 bis.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General

JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA

Doctor en Derecho digital por la Universidad de Bolonia

Doctor en Derecho civil por la Universidad de Granada

El Tribunal Constitucional publicó el 22 de mayo una importante Sentencia por la que se declara inconstitucional el punto 1 del art. 58 bis de la LOREG, introducido por la LOPDGDD, que amparaba la elaboración y utilización de perfiles personalizados de sensibilidad electoral basados en la actividad en la red por parte de partidos políticos y coaliciones electorales amparado en un supuesto “interés general”, siempre que se ofrecieran ciertas “garantías adecuadas” que no especificaba.

La Sentencia, y su origen, suscitan varias reflexiones previas:

- (1) se produjo no ya el consenso, sino la unanimidad de todos los Diputados para aprobar un precepto del que no había necesidad alguna;
- (2) fue un tiro en el pie si tenemos en cuenta que permitió al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de un asunto (la creación de perfiles ideológicos o electorales basados en la actividad en la red) que habría permanecido en una zona gris durante algún tiempo si no se hubiera incluido la introducción del controvertido 58 bis LOREG en la LOPDGDD;
- (3) el RGPD permite la creación de perfiles personales basados en la actividad en redes y de navegación con “fines de mercadotecnia directa”, si bien prohíbe que se tomen decisiones individuales basados en la elaboración de perfiles personales (art. 22 RGPD);

- (4) el fallo de la Sentencia (ciertamente rápido el TC en esta ocasión) se produjo a dos días de que terminara un largo ciclo de elecciones y campañas electorales (durante el cual ha estado en vigor);
- (5) cabe desear que todos los perfiles personales elaborados hasta la fecha en que se ha producido la sentencia se eliminen y en la práctica podamos asumir que este artículo y la producción de perfiles electorales personales nunca existió;
- (6) tristemente, temo que la anterior reflexión es un mero desiderátum que difícilmente se podrá lograr; y, sobre todo, comprobar en la práctica.

La elaboración de perfiles personales es una muestra muy significativa de que los datos han pasado a convertirse en un activo patrimonial con una importancia indiscutible (perspectiva patrimonial de los datos o “economía de datos”)¹. Tanto es así que se trata de uno de los aprovechamientos económicos más significativos de los datos en masa (Big Data). Sin embargo, la concepción social y su protección jurídica actuales los conciben exclusivamente como una proyección de la personalidad de su titular (perspectiva jurídico-personalista de los datos), por no mencionar que el RGPD sólo trata indirectamente los datos inferidos para otorgar una mínima protección a los ciudadanos en el art. 22.

Es necesario que la protección jurídica de los datos personales permita acoger tanto la perspectiva personalista como la patrimonial². En el momento actual, sin embargo, podemos afirmar que el RGPD y, en general, la perspectiva personalista respecto de los datos (protección de datos personales) ignoran las fortísimas implicaciones económicas que tienen los datos en tanto que nueva manifestación de riqueza (riqueza digital)³. Cierto es que algunos Considerandos del RGPD y preceptos

¹ Sobre la evolución del valor patrimonial de los datos, puede consultarse mi trabajo titulado “*Economía digital y datos entendidos como bienes*”, en CASTAÑOS CASTRO, P.; CASTILLO PARRILLA, J. A., *El Mercado Digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 283-305.

² Vid. en este sentido WENDEHORST, C., “*Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*”, en LOHSSE, S.; SCHULZE, R.; STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Hart & Nomos, 2018, pp. 355-356.

³ Vid. WENDEHORST, C., “*Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*”, en LOHSSE, S.; SCHULZE, R.; STAUDENMAYER, D. (Eds.),

de la LOPDGDD reconocen tímidamente manifestaciones del valor económico de los datos, pero no lo es menos que la práctica totalidad de su contenido observan los datos exclusivamente desde una perspectiva personalista. Esta falta de sintonía entre las dos vertientes jurídicas de los datos puede llevar a dos situaciones igualmente perjudiciales: (1) el desarrollo de la economía de los datos se verá frenado por las trabas que supone el cumplimiento de ciertas normas del RGPD y normas nacionales de desarrollo y adaptación; o (2) aquellas normas de protección de datos que dificulten el desarrollo de la economía de datos se convertirán en papel mojado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2019 declara inconstitucional el apartado primero del artículo 58 bis de la LOREG introducido por la Disposición Final Tercera de la LOPDGDD. El artículo 58 bis de la LOREG introducido por la LOPDGDD se expresa en los siguientes términos:

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.
2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral.
3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.
4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.
5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.

El artículo 58 bis no figuraba en el inicial proyecto de nueva Ley de Protección de Datos⁴, sino que trae causa de una enmienda presentada el 18 de abril de 2018 por el Grupo Parlamentario Socialista⁵, cuyo contenido difiere, sin embargo, del texto finalmente aprobado. Para facilitar su comparación al lector, transcribimos el texto propuesto como artículo 58 bis LOREG en esta enmienda, destacando en cursiva aquella parte del contenido que no fue incorporada al texto final:

1. *Conforme a lo establecido en el Considerando 56 del Reglamento (UE) 2016/679, se considera de interés público la recopilación y tratamiento de datos personales sobre las opiniones políticas de las personas que realicen los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.*
2. *Cuando la difusión de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes se base en la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales de personas físicas, deberá realizarse una previa evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales en los términos previstos en el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679. Dicha difusión no podrá realizarse cuando se identifique un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas y no se adopten las medidas necesarias para impedirlo. Quedan prohibidas las actividades de propaganda electoral basadas en la elaboración de perfiles electorales en redes sociales o equivalentes cuando no se informe a sus destinatarios sobre su finalidad, la identidad del responsable o la entidad contratada para su realización y los criterios de selección.*
3. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral.
4. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en

⁴ Lo destaca SANZ PÉREZ, A. L., “La protección de datos personales y los partidos políticos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 8/2019, parte Jurisprudencia.

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 13-2, de 18 de abril de 2018, p. 209. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-2.PDF.

- redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.
5. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.
 6. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.

Merece la pena compartir un par de reflexiones respecto de las dos diferencias destacadas. En primer lugar, se cita como fundamento del propuesto art. 58 bis LOREG el Considerando 56 del RGPD, según el cual “Si en el marco de actividades electorales, el funcionamiento democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan las garantías adecuadas”. Por tanto, serán dos los requisitos que deberán cumplirse para que un Estado pueda autorizar la recopilación de datos personales sobre opiniones políticas: (1) que lo exija el funcionamiento del sistema democrático, y (2) que se ofrezcan las garantías adecuadas. No parece, pues, que el Considerando 56 RGPD (al que alude la enmienda que introduce el art. 58 bis LOREG) permita declarar de interés público la recopilación de datos personales sobre opiniones políticas con carácter general (como así ocurre); sino que permite que un Estado autorice en situaciones excepcionales⁶ dicha recopilación por parte de los partidos políticos. El primer apartado del art. 58 bis LOREG (que, salvo por la cita del Cons. 56 RGPD, pasa íntegro al texto final) considera de interés público cualquier tipo de “recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales”, en la medida en que no menciona restricción alguna al respecto, salvo la necesidad de ofrecer garantías adecuadas.

⁶ Cuesta imaginar, sin embargo, cuáles serían estas situaciones excepcionales en la medida en que la mayor parte de las mismas se podrían encuadrar en el ámbito de la seguridad nacional (vid. Cons. 16 RGPD). Un estudio en profundidad de esta materia puede encontrarse en la obra de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

Un último comentario merece la alusión a las “garantías adecuadas”: se comprende que el RGPD incluya un concepto jurídico indeterminado, pues se hace en previsión de posteriores desarrollos nacionales; pero no puede comprenderse que dichos desarrollos nacionales no precisen el contenido del término jurídico indeterminado correspondiente al apartado del RGPD que desarrollan, o en el que pretenden apoyarse⁷.

La segunda reflexión se refiere a la supresión del punto 2 del art. 58 bis LOREG: el trámite parlamentario eliminó el único punto de todo el artículo que garantizaba una mínima protección a la ciudadanía, en la medida en que: (1) se exigía una evaluación de impacto de acuerdo con el art. 35 RGPD para la recopilación de datos personales sobre opiniones políticas; (2) tal recopilación se impedía cuando se identificara un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas y no se adoptaran las medidas necesarias para impedirlo; (3) se prohibían expresamente las actividades de propaganda electoral basadas en perfiles electorales elaborados a partir de redes sociales si no se había informado al destinatario sobre (a) su finalidad, (b) la identidad del responsable o entidad contratada para la elaboración de los perfiles, y (c) los criterios de selección.

El artículo 58 bis LOREG no debe merecer, en la humilde opinión de quien escribe, una valoración positiva en la medida en que continúa permitiendo elaborar perfiles políticos (art. 58 bis.2 LOREG, al que nos referiremos más adelante) y evita a los partidos políticos cumplir con los requisitos de las comunicaciones comerciales (cfr. art. 58 bis.3 LOREG), cuando todo ello sólo se ve compensado con la obligación de destacar el carácter electoral de la propaganda (art. 58 bis. 4 LOREG) y la de facilitar al ciudadano de modo sencillo y gratuito el derecho de oposición (art. 58 bis.5 LOREG).

⁷ Vid. ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 9/2019, parte Jurisprudencia, que habla de una deslegalización plena que resultaba inadmisibles técnica y constitucionalmente, puesto que el legislador no podía dejar en manos de los responsables del tratamiento la adopción de garantías adecuadas (no se conocía cuáles son siquiera las mínimas) para la recopilación y uso de datos personales que revelasen opiniones políticas”.

Dicho esto, el único punto que sí permitía cumplir con la motivación expresada por el Grupo Socialista al introducir la enmienda (“establecer salvaguardas para impedir casos como el que vincula a Cambridge Analytica con el uso ilícito de datos de 50 millones de usuarios de Facebook para mercadotecnia electoral”) fue precisamente el único que el trámite parlamentario eliminó.

La Sentencia trae causa de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo⁸ contra el apartado 1 del art. 58 bis de la LOREG. Es importante destacar esto, pues la Sentencia no se pronuncia sobre nada más, en la medida en que sobre nada más se le pregunta.

De acuerdo con el escrito presentado por el Defensor del pueblo, el precepto cuestionado “ampara el tratamiento (la recopilación lo es), en principio prohibido, de datos personales relativos a opiniones políticas”. Este tratamiento está, siempre a juicio del Defensor del Pueblo, amparado por tres conceptos jurídicos excesivamente indeterminados como son el “interés público” que ampara estas actividades, así como las “garantías adecuadas” que sin embargo no se especifican, y siempre que todo ello se realice “en el marco de sus actividades electorales”, que tampoco se dice cuáles son.

Todo ello incumpliría los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 18.4 (intimidad y limitación de la informática), 16 (libertad ideológica), 23.1 (sufragio y participación política) y 53 (reserva de ley de los derechos fundamentales) de la Constitución Española, además del art. 9 de la LOPDGDD, en la medida en que de acuerdo con este último “el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología...”.

⁸ Este recurso proviene, como destaca en un completísimo análisis BERROCAL LANZAROT, de una petición presentada por un grupo de expertos en protección de datos y privacidad integrado por Borja Adsuara Varela, José Luis Piñar Mañas, Elena Gil Díez, Jorge García Herrero, Ofelia Tejerina Rodríguez, Carlos Sánchez Almeida, Cecilia Álvarez Rigaudias y Lorenzo Cotino Hueso, así como por los representantes de la Asociación de Internautas, la Asociación de Usuarios de Internet, la Asociación en Defensa de la Libertad de la Información y la Asociación ENATIC (BERROCAL LANZAROT, A. B., *Estudio Jurídico-Crítico sobre la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Reus, Madrid, 2019, p. 831).

No pretendo entrar en este momento en la aparente contradicción que se produce entre el art. 9 de la LOPDGDD y su homólogo en el RGPD, el art. 9, en la medida en que éste último permite burlar la prohibición del tratamiento de datos de “categorías especiales” (entre ellos las opiniones políticas) a través del consentimiento explícito del interesado. Esta contradicción aparente se resuelve en el propio art. 9.2.a, cuando permite que el Derecho de los Estados miembros “establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”, como ocurre en el caso de la LOPDGDD⁹.

De acuerdo con el parecer del Defensor del Pueblo, se vulneran la seguridad jurídica y la reserva de ley en la medida en que el art. 58.1 LOREG es excesivamente genérico. Se vulnera, además, el derecho de participación política en la medida en que “en un entorno tecnológico en el que las modernas técnicas de análisis de la conducta sobre la base del tratamiento masivo de datos y la inteligencia artificial permiten procedimientos complejos orientados a modificar, forzar o desviar la voluntad de los electores y sin que éstos sean conscientes de ello”. En relación con este argumento, resulta muy recomendable la lectura del artículo del historiador YUVAL NOAH HARARI titulado “Los cerebros hackeados votan”, publicado en El País el 6 de enero de 2019¹⁰, donde afirma, entre otras muchas cuestiones de interés, que “para piratear a los seres humanos, hacen falta tres cosas: sólidos conocimientos de biología, muchos datos y una gran capacidad informática”, y que, en la medida en que la sociedad tecnológica actual (a la que podemos denominar “sociedad de cristal”) permite cumplir con los dos últimos requisitos, “es posible que tanto las empresas como los Gobiernos cuenten pronto con todo ello y, cuando logren piratearnos, no sólo podrán predecir nuestras decisiones, sino también manipular nuestros sentimientos”.

Finalmente, se menciona el incumplimiento del artículo 18.4 CE, de acuerdo con el cual “la ley limitará el uso de la informática para

⁹ Vid. en un sentido similar, ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “*Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público*”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 9/2019, parte Jurisprudencia.

¹⁰ Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/01/04/actualidad/1546602935_606381.html.

garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se menciona el incumplimiento de este precepto constitucional en la medida en que sirve de fundamento a la protección de datos personales, pero, y esto es lo preocupante, no se va más allá en el razonamiento de por qué la elaboración de perfiles personales referidos a opciones políticas vulnera la obligación de limitar el uso de la informática (por ejemplo, el tratamiento masivo de datos) para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y, especialmente, el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

Antes de entrar a comentar el razonamiento del TC, no puede pasarse por alto la ingeniosa defensa que hace del precepto cuestionado el Abogado del Estado. De acuerdo con su razonamiento el precepto cuestionado “pretende evitar situaciones como la que causó el caso denominado “Cambridge Analytica”, en el que se produjo una utilización indebida de datos de los ciudadanos”, y no se vulnera el art. 23 CE porque “se persigue que sean los partidos políticos, todos ellos, justamente los garantes del pluralismo político, los que puedan llevar a cabo el legítimo fin en una democracia de conocer, exclusivamente en los procesos electorales, la opinión de los electores para conformar su estrategia electoral, lo que redundaría en un mejor funcionamiento del sistema democrático”, y porque la recopilación de datos no afecta al derecho de participación política ni fuerza una determinada voluntad.

Como recordará el lector, la referencia a evitar un caso Cambridge Analytica en España coincide con la motivación expresada por el Grupo Socialista en la enmienda 331 de 18 de abril de 2018 al texto de la LOPDgdd, que introduce el art. 58 bis LOREG. Con la diferencia, sin embargo, de que el texto que finalmente fue aprobado por el Congreso como art. 58 bis LOREG eliminaba el único punto que ofrecía unas mínimas garantías orientadas justo a evitar un caso Cambridge Analytica. Me remito a las reflexiones de HARARI al respecto del “hacking de cerebros” en relación con la manipulación a través del análisis masivo de datos. Cabe hacer, además, algunas reflexiones: la empresa Cambridge Analytica utilizó datos de usuarios de Facebook para elaborar perfiles políticos con los que orientar la estrategia de campaña de un concreto partido en las elecciones de Estados Unidos o, dicho en otras palabras, justo lo que describen tanto el punto 1 como el punto 2 del art. 58 bis de

la LOREG. ¿Se pretende evitar que puedan darse situaciones como las del caso Cambridge Analytica o que esas situaciones puedan dar lugar a sanciones contra los partidos políticos que las lleven a cabo permitiendo prácticas sustancialmente similares a las que tuvieron lugar entonces, y sin inciso alguno en el articulado que permita establecer límites a tales prácticas?

Una última precisión: los partidos políticos son, de acuerdo con la Constitución Española, expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política; no “garantes del pluralismo político” como expresa el Abogado del Estado.

¿Qué opina el TC respecto del artículo 58 bis de la LOREG? Como hemos dicho al principio de este punto, se limita únicamente a juzgar la constitucionalidad del punto primero, único cuya constitucionalidad cuestiona el Defensor del Pueblo. Puede afirmarse que comparte la práctica totalidad de los argumentos esgrimidos por el Defensor del Pueblo y que rechaza la “ingeniosa” argumentación del Abogado del Estado. Sin embargo, muchos de los planteamientos de los que se hace eco lo son a modo de *obiter dicta*. La *ratio decidendi* se encuentra en los Fundamentos Jurídicos 7 a 9 y se centra en tres cuestiones que resume el inicio del FJ-7. El art. 58 bis.1 LOREG incumple los artículos 18.4 y 53.1 CE por tres motivos:

- (1) no se determina la finalidad del tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas más allá de la genérica mención al interés público;
- (2) no se establece limitación del tratamiento regulando pormenorizadamente restricciones al mismo;
- y (3) no se detallan las “garantías adecuadas” para proteger los derechos fundamentales afectados.

Finalmente, en el FJ-10 el TC circunscribe el objeto de su pronunciamiento al precepto por el que se la ha preguntado, el art. 58 bis.1 de la LOREG.

Sin ánimo de restar importancia a los motivos esgrimidos por el TC para declarar inconstitucional el art. 58 bis.1 LOREG, considero de mayor importancia (y motivo de preocupación) lo que no dice, y lo que parece decir.

Se reconoce en la STC (FJ-5) que el derecho a la protección de datos tiene tanto un carácter autónomo (en tanto que fin en sí mismo) como un carácter instrumental (de protección del resto de derechos fundamentales), y que la libertad ideológica comprende no sólo el derecho a no ser obligado a declarar sobre la propia ideología, sino también el de guardar secreto respecto de posiciones políticas propias. Difícilmente se puede estar en contra de este razonamiento. El problema es que no lo conecta con el contenido del art. 58 bis.1 de la LOREG, que no razona sobre cómo la elaboración de perfiles políticos personalizados vulnera el mandato de “limitar el uso de la informática” (art. 18.4 CE) para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales y, entre ellos, la intimidad y la participación política¹¹.

Por otro lado, en la práctica lo que permitía el art. 58 bis LOREG antes de la STC de 22 de mayo de 2019 y lo que permite tras ella es lo mismo. De acuerdo con el punto 2 de este artículo “los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral”. Si pueden “utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes” pueden, evidentemente, recopilarlos y elaborar perfiles basados en tales datos. Las únicas diferencias son que esta actividad no se encuentra ya amparada por “el interés público”, y que no existe obligación de ofrecer “garantías adecuadas”, pues todo esto quedaba recogido en el punto 1. Así que se elimina una mención simbólica de dudosa trascendencia práctica (“interés público”) asociada a la elaboración de perfiles políticos sin prohibir esta actividad, y sin que resulten ya exigibles “garantías adecuadas”.

Resulta paradójico que la declaración de inconstitucionalidad del art. 58 bis.1 LOREG haya supuesto simplemente la imposibilidad de afirmar que se trata de una actividad amparada por el interés público y que, siendo una de las razones fundamentales la imprecisión del requisito de ofrecer

¹¹ Destaca SÁNCHEZ BARRILAO que de acuerdo con la STC de 22 de mayo de 2019 puede considerarse que el RGPD es hoy “el marco normativo delimitador de la libertad informática en España” (SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 276).

“garantías adecuadas”, ahora sea posible elaborar perfiles políticos sin tener en cuenta siquiera este requisito, por genérico que fuese.

Contrasta la desprotección a que nos vemos sometidos en España tras la LOPDgdd (antes y después de la STC de 22 de mayo de 2019, que comentamos) con legislación precedente, como el derogado artículo 7.4 LOPD-1999 (según el cual quedaban “prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”), o el art. 7.4 de la LORTAD-1992, que se expresa de modo similar. En la Exposición de Motivos de la LORTAD, podemos leer la razón que conecta la prohibición de los ficheros sobre ideología política (y otros) con el art. 18.4 CE, en tanto que instrumental para proteger otros como la libertad ideológica: “Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas (...) El conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona (...) y ese perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas (...) Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes (...) La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución”. Un razonamiento similar se echa en falta en los fundamentos de esta Sentencia.

En cambio, parece que nuestro Tribunal Constitucional se limita a declarar inconstitucional el punto 1 del art. 58 bis LOREG amparándose en fundamentos que, si bien son ciertos, son tangenciales si los comparamos con el argumento que hemos intentado elaborar en el párrafo precedente a partir de la exposición de motivos de la LORTAD y del art. 7.4 LOPD-1999: la elaboración de perfiles ideológicos de los ciudadanos (que sigue siendo posible de acuerdo con el art. 58 bis.2 LOREG, que permanece en vigor) es contraria al art. 18.4 de nuestra Constitución por no limitar adecuadamente el uso de la informática en tanto que instrumento para proteger otros derechos fundamentales (como la libertad ideológica o el derecho de sufragio, que se mencionan en la Sentencia).

Llama la atención el razonamiento que realiza el TC en relación con la libertad ideológica en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia (p. 19). Destaca acertadamente el Tribunal que la libertad ideológica comprende no sólo la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9), sino “también el secreto o silencio sobre las ideas o posiciones políticas propias”, en la medida en que el art. 16.2 CE establece que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Falla, sin embargo, al no conectar una alabanza tan vehemente de la libertad ideológica con las razones por las que la elaboración de perfiles ideológicos por los partidos políticos pueden amenazarla, y al no interpretar este precepto de acuerdo con las circunstancias tecnológicas actuales. Por ejemplo, ¿en qué medida puede interpretarse como “obligar a declarar a alguien sobre su ideología” el hecho de que técnicas de análisis masivo de datos (recopiladas por partidos políticos, o por cualesquiera otros sujetos) permitan inferir la ideología de una persona? Hace una década hizo fortuna la expresión “hombre de cristal” para hacer referencia a aquella persona de la que es posible saber todo. Hoy, podemos afirmar que la hiperconexión de la población y la posibilidad de rastreo de la totalidad de nuestra actividad en internet (huella digital) han dado lugar no ya a concretas “personas de cristal”, sino a una “sociedad de cristal”. Es decir, poco importa que personas concretas no tengan actividad alguna en la red, ya que en la medida en que la inmensa mayoría sí la tiene es posible elaborar perfiles muy precisos aplicables a esas personas basados en el tratamiento de datos masivos de otras. Esta situación permite que la inferencia y predicción basadas en datos masivos no deban utilizar necesariamente datos referidos a aquella información que buscan. En el caso que nos ocupa, para averiguar preferencias políticas no es necesario hacer perfiles políticos. La empresa Cambridge Analytica se sirvió de un “inocente” test sobre Disney para clasificar en seis las preferencias ideológicas de quienes lo respondían. ¿Qué más da que la LOPDgdd prohíba, si es que se puede decir que prohíbe, la elaboración de perfiles políticos si puedo obtener la misma información que necesito de un perfil sobre gustos literarios y musicales que, en tanto que perfil comercial, está permitido por el RGPD y sobre el que la LOPDGDD no dice nada?

El Tribunal Constitucional, lejos de no interpretar el art. 16.2 CE de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado

(cfr. art. 3 CC), sea de un modo coincidente o no con el que acabamos de expresar, se limita a exponer la importancia de garantizar la libertad ideológica y pasar al siguiente punto. Sin más.

El siguiente punto no es otro que una reiteración argumentativa prolongada a lo largo de varias páginas sobre la no precisión por el art. 58 bis LOREG de “garantías adecuadas”. ¿Significa esto que de haberse precisado las tan citadas “garantías adecuadas” el precepto impugnado habría sido declarado constitucional? ¿Qué garantías y qué interés público pueden justificar vaciar de contenido con carácter general los artículos 16.2 (libertad ideológica) y 18.4 (limitación del uso de la informática para proteger otros derechos fundamentales), y alterar considerablemente el artículo 23 (derecho de sufragio) de nuestra Constitución?

Comparto, por todo lo expresado, el estupor que manifiesta ENÉRIZ OLAECHEA cuando afirma lo siguiente: “Una cosa es que vivamos en el mundo de las nuevas tecnologías y que “piratas informáticos” puedan llegar a conocer nuestros datos personales de una forma indebida y contraria al ordenamiento jurídico, lo cual deberá ser siempre perseguido y castigado. Pero otra muy distinta es que sea el propio legislador estatal quien habilite expresamente (una suerte de “patente de corso”) a los partidos políticos para que puedan obtener del modo más normal opiniones políticas de los ciudadanos, con el fin de recopilarlas y usarlas, aunque se vista la habilitación con determinadas garantías adicionales o específicas”¹².

Finalmente, considero muy preocupante la falsa sensación de seguridad jurídica y protección de la intimidad que la difusión de esta Sentencia puede generar en la población, pues en nada cambia las posibilidades de actuación amparadas por la Ley de los partidos políticos respecto de la elaboración de perfiles ideológicos a pesar de la apariencia de que han recibido un gran revés respecto de algo en lo que, aunque pueda parecer sorprendente, todos los Señores Diputados estaban de acuerdo en aprobar.

¹² ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 9/2019, parte Jurisprudencia.

Fundamentos Conceptuais na Doutrina do Direito do Consumo e das Ciências Comportamentais*

FABRIZIO ESPOSITO

Resumo. Este artigo faz duas coisas. Em primeiro lugar, dar orientações sobre como se orientar na crescente literatura sobre direito e ciências comportamentais, especialmente no campo da pesquisa de consumo. Em segundo lugar, apresentar sugestões (talvez instigantes) para questões de investigação no domínio do direito do consumo e das ciências comportamentais. A primeira é indiscutivelmente instrutiva para a segunda. Bases sólidas são úteis para compreender para onde vai o debate e qual o contributo que podemos dar.

Palavras-chave: *ciências comportamentais; insights comportamentais; nudge; conceitos comportamentalmente porosos; inferioridade do consumidor.*

1. Introdução

Os *insights* de estudos comportamentais representam, sem dúvida, a contribuição científica mais significativa para a erudição jurídica no século XXI – pelo menos até agora¹. O direito e as ciências com-

* A versão original deste artigo foi publicada como “Conceptual Foundations For a European Consumer Law and Behavioural Sciences Scholarship, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018). O autor deseja agradecer a Edward Elgar pela permissão para republicar o artigo, Eva Tscherner pelas discussões esclarecedoras, Hans-W. Micklitz e Anne-Lise Sibony por seu apoio de tantas maneiras que tentar listá-los é inútil, e Lucila De Almeida por comentários úteis. Todos os erros recaem sobre o autor.

¹ Da mesma forma, Thomas Ulen, “European and American Perspectives on Behavioural Law and Economics” in Klaus Mathis (ed), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer 2015, 4 (citando estudos empíricos como a outra inovação importante

portamentais são uma abordagem do direito baseada na ciência e multidisciplinaridade. A sua principal promessa é uma compreensão mais realista dos impulsionadores do comportamento humano, permitindo a elaboração e o cumprimento de leis mais eficazes. Como o título sugere, este artigo oferece uma introdução ao tema do direito e das ciências comportamentais, com especial incidência no direito do consumo. Mais precisamente, o artigo discute o significado de uma série de expressões-chave no vocabulário do direito e das ciências comportamentais, e depois enfatiza o que é indiscutivelmente o problema arquimedeu de um ponto de vista jurídico, ou seja, como incorporar *insights* comportamentais no discurso jurídico – como os *insights* comportamentais podem ser usadas para construir argumentos jurídicos a favor ou contra uma interpretação de uma disposição legal ou, mais geralmente, a solução de uma controvérsia.

Este artigo centra-se essencialmente na vertente europeia das ciências jurídicas e comportamentais, em que “europeu” se refere à nacionalidade² do académico, mas também do corpo legislativo, jornal ou editora analisado. Duas observações conexas justificam a concentração nas contribuições europeias. Em primeiro lugar, existe um interesse crescente na academia jurídica europeia por *insights* comportamentais, desenvolvidos em paralelo e/ou em paralelo com o debate americano em curso. O resultado é uma literatura já vasta, da qual uma boa parte diz respeito ao direito do consumo. Em segundo lugar, os juristas europeus interessados em acrescentar as ciências comportamentais às suas competências estão provavelmente em melhor situação assim que se orientam para o debate na Europa e identificam autores, revistas e editoras interessados nestes tópicos.

Para ter uma discussão sólida sobre o assunto, é útil esclarecer que os *insights* comportamentais podem ser usados em diferentes níveis de análise. Neste sentido, um bom ponto de partida é a distinção entre os

na bolsa de estudos jurídica actual); Orly Lobel, “A Behavioural Law and Economics Perspective: Between Methodology and Ideology When Behavioural Sciences Meet Law” in Rob van Gestel, Hans-W. Micklitz e Edward L. Rubin (eds), *Rethinking Legal Scholarship* (CUP 2017), 476.

² A nacionalidade é aqui tomada como um substituto para a educação jurídica, estilo e cultura de um académico.

níveis de análise descritiva, axiológica e prescritiva, que vem ganhando força na literatura comportamentalmente informada³. A nível descritivo, estes estudos contribuem para uma compreensão mais precisa da tomada de decisões e dos fatores determinantes do comportamento.

Aqui, é importante fazer a distinção entre reivindicações empíricas e teóricas. As duas estão interligadas na medida em que as reivindicações teóricas são fundamentadas em resultados empíricos e as reivindicações teóricas originam novas hipóteses que são então testadas empiricamente. A diferença crucial é que uma reivindicação teórica sistematiza as observações empíricas, generalizando-as ou estendendo-as a novos contextos. Em ciências comportamentais, o cerne deste processo de construção da teoria é o conceito de racionalidade limitada, com declinações adicionais de racionalidade limitada no sentido estrito (limitações cognitivas), força de vontade limitada e interesse próprio limitado⁴. Assim, o conceito de racionalidade limitada não está apenas relacionado a uma variedade de vieses cognitivos e heurísticos, mas também a outras preferências e a uma

³ Por exemplo, Eva M. Tschermer, “Can Behavioral Research Advance Mandatory Law, Information Duties, Standard Terms and Withdrawal Rights?” (2014) 1 *Austrian Law Journal* 144, 145-6. A tricotomia, tanto quanto sei, foi usada pela primeira vez em Daniel Kahneman e Amos Tversky, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk” (1979) 47 *Econometrica* 263 e depois utilizada em Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics” (1998) 50 *Stanford Law Review* 1471. Normalmente, o nível axiológico é referido como “normativo”. Nesta publicação, prefiro usar o termo ‘axiológico’ (significado, sobre valor) porque ‘normativo’ é vago e pode facilmente abranger também considerações no nível prescritivo. Este é particularmente o caso da literatura sobre direito e economia, onde ‘normativo’ é tipicamente melhor entendido como ‘prescritivo’. Desenvolvo esta visão em Fabrizio Esposito, “How the Behavioural Turn in Law and Economics Vindicates the New Haven School” (2017) 7(3) *CEconomia* 375.

⁴ Philipp Hacker, “The Behavioral Divide (in US and EU Courts/Agencies’ Use of Behavioral Economics)” (2015) 11 *European Review of Contract Law* 299; ver Lobel (n 1), 480-88 que distingue racionalidade limitada, autocontrolo limitado, ética limitada e interesse próprio limitado. Para uma análise do conceito de racionalidade limitada e sua complicada relação com estudos comportamentais, ver Graham Mallard, *Bounded Rationality and Behavioural Economics* (Routledge 2015). Para uma visão geral das teorias comportamentais e sua garantia empírica, ver Matthias Klaes e Nick Wilkinson, *An Introduction to Behavioral Economics* (2nd edn, Palgrave Macmillan 2012).

tendência natural de confiar nos outros⁵. Em conjunto, as causas psicológicas da racionalidade limitada são aqui denominadas “características comportamentais”. Este nome tem uma dupla vantagem. Primeiro, é abrangente. Segundo, é neutro. Nem sempre acontece que uma característica comportamental seja prejudicial para o agente⁶.

O nível axiológico está preocupado com o que deve ser alcançado. À primeira vista, pode parecer que os *insights* comportamentais não têm muito a dizer a nível axiológico⁷. No entanto, esta não é uma compreensão caritativa das profundas implicações dos *insights* comportamentais. Em última análise, os *insights* comportamentais questionam a santidade das preferências (reveladas). Ao fazê-lo, eles descobrem profundas divergências normativas⁸.

Finalmente, o nível prescritivo diz respeito à instrumentalização dos *insights* comportamentais para alcançar os objetivos estabelecidos no plano axiológico – como criar um meio para um determinado fim. A alegação de que os *nudges* podem tornar a intervenção legal mais eficaz é o principal exemplo de discurso prescritivo no campo do direito e das ciências comportamentais. Outros exemplos de discurso prescritivo incluem as críticas ao paradigma de informação da União Europeia (UE) e ao conceito de falhas comportamentais do mercado.

⁵ Na literatura, existe alguma controvérsia sobre se o interesse próprio limitado já não faz parte da teoria da escolha racional padrão. Ver Fernando Gómez Pomar e Mireia Artigot Golobardes, “Rational Choice and Behavioural Approaches to Consumer Issues”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018); Sabine Frerichs, “What Is the ‘Social’ in Behavioural Economics? The Methodological Underpinnings of Governance by Nudges”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018); Florian Möslin, “Behavioural Analysis and Socio-legal Research – Is Everything Architecture?“, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

⁶ Veja abaixo, seção 2.3.

⁷ Gerald Spindler, “Behavioural Finance and Investor Protection Regulations” (2011) 34 *Journal of Consumer Policy* 315, 325-7.

⁸ Peter D. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics* (OCDE 2014), 52; Riccardo Rebonato, “A Critical Assessment of Libertarian Paternalism” (2014) 37 *Journal of Consumer Policy* 357, 362.

Este artigo está estruturado da seguinte forma. A seção 2 enfatiza a contribuição europeia para os fundamentos conceituais da disciplina de direito e ciências comportamentais, o do conceito de “*nudge*” e de algumas taxonomias úteis de *nudge*, explica por que motivo as “ciências jurídicas e comportamentais” parecem ser o nome mais convincente para esta área de investigação e, finalmente, discute o conceito de falha comportamental do mercado. A seção 3 se desloca para o nível axiológico e oferece considerações introdutórias sobre os principais conceitos justificativos utilizados no campo: autonomia e bem-estar. A secção avança a alegação de que os argumentos baseados na autonomia e os argumentos baseados no bem-estar não estão tão distantes uns dos outros como poderíamos pensar. Indica ainda que uma linha de investigação interessante consiste em analisar a importância concedida às preferências individuais. A secção conclui observando que, na legislação da UE, as preferências individuais muitas vezes não desempenham um papel de justificação particularmente importante. A seção 4 inicia a discussão do nível prescritivo. Descreve o conteúdo do conjunto de ferramentas de regulamentação comportamental mais relevante para o direito do consumo. Começa por apresentar observações gerais sobre a utilização do *defaults* e de outros *nudges* para fins regulamentares. Prossegue com a revisão da análise comportamental do direito de retratação, que é muito ilustrativa da utilização de *insights* comportamentais para apresentar novas propostas políticas. A seção 4 conclui com uma discussão sobre a relação entre mandatos e *insights* comportamentais, com foco na divulgação de informações.

A este respeito, o artigo avança a proposição de que os *insights* comportamentais implicam que, sendo o mercado um ambiente mais insidioso e a divulgação de informação uma técnica menos fiável de política do consumidor, é mais fácil justificar formas mais intrusivas de intervenção no mercado. A seção 5 analisa o problema arquimedeu para as ciências jurídicas e comportamentais, como a lei pode incorporar *insights* comportamentais. A tónica é colocada na legislação da UE. Em primeiro lugar, a seção apresenta uma taxonomia das possíveis estratégias de incorporação. Em segundo lugar, sugere que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proporciona, de facto, uma ampla margem de manobra para utilizar *insights* comportamentais na definição das imagens do consumidor no direito da UE e na construção do conceito de fragilidade do consumidor. Em terceiro lugar, desenvolve um argumento

baseado na jurisprudência do TJUE a favor da legitimidade da utilização de *insights* comportamentais na argumentação jurídica da UE, mesmo face à falta de transparência científica. A secção 6 conclui.

2. Contributos europeus para o vocabulário comportamental básico: um relato crítico

Os académicos europeus ofereceram contributos significativos para o desenvolvimento de um vocabulário fundamentado no âmbito da pesquisa comportamentalmente informada. A este respeito, dois temas revestem-se de particular importância: em primeiro lugar, a definição e a taxonomia dos *nudges* (secções 2.1 e 2.2); em segundo lugar, a questão da rotulagem – ou seja, como rotular o campo de pesquisa (secção 2.3).

A estes dois tópicos, esta secção acrescenta a distinção entre duas noções de falha comportamental do mercado (secção 2.4). Embora estas contribuições sejam importantes, nem sempre são inteiramente persuasivas. Por isso, a análise também inclui sugestões para melhorar ainda mais a clareza do vocabulário básico das ciências comportamentais.

2.1. O que é um Nudge? Uma Proposta

A definição de *nudge* e da sua taxonomia é um domínio em que os académicos europeus deram contributos importantes. Sobre a definição de *nudges*, HANSEN oferece uma discussão particularmente ponderada sobre o estado da arte⁹. Com base numa cuidadosa revisão da literatura, que destaca várias tensões e inconsistências no uso do termo ‘*nudge*’, HANSEN conclui que:

O *nudge* é uma função da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível (1) que é necessária devido a fronteiras cognitivas, preconceitos, rotinas e hábitos na tomada de decisões individuais e sociais e que (2) funciona utilizando essas fronteiras, preconceitos, rotinas e hábitos como partes integrantes da arquitetura de escolha.

⁹ Pelle G. Hansen, “The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?” (2016) 1 *European Journal of Risk Regulation* 155.

A definição de HANSEN é reconhecidamente muito convincente, mas no que se segue argumenta-se que pode ser melhorada e tornada mais parcimoniosa. Para isso, são necessárias três mudanças: referir-se a efeitos em vez de funções, abandonar a condição de previsibilidade e eliminar a condição (1). O conceito de função na análise filosófica está associado à ideia de que a função de um objeto é um efeito benéfico para o seu utilizador¹⁰. Por exemplo, um coração faz com que tanto o ruído como o sangue circulem no sistema cardiovascular, mas diríamos que apenas a circulação sanguínea é a função do coração. Reduzir o valor conceitual de um *nudge* de uma função para um efeito tem a vantagem de permitir a distinção entre *nudges* no interesse, respetivamente, do *nudge*, dos agentes passivo e ativo do *nudge*, de terceiros ou de ninguém. Uma vez que a HANSEN também utiliza os termos “efeito” e “função” de forma indistinta, esta primeira alteração já consta da análise inicial do autor¹¹. Segundo, a condição de ‘previsibilidade’ conflita dois níveis diferentes de análise. Um nível é sobre como o mundo é, o outro sobre a nossa conta, como humanos, de como o mundo é. O efeito de um traço comportamental tem de ser previsível para ser teoricamente responsável, mas um traço comportamental pode ser eficaz independentemente de qualquer pessoa (dos agentes ativos e passivos do *nudge*, os investigadores, os decisores políticos, etc.) que o preveja. Assim, ser previsível – capaz não pode ser importante para um efeito da arquitetura de escolha para se qualificar como um *nudge*. Caso contrário, uma arquitetura de escolha só pode ser um *nudge* quando aprendemos a prever como ele altera o comportamento. No entanto, se for esse o caso, torna-se impossível falar de *nudges* que fracassam porque “fazem muito pouco ou, pelo menos, muito menos do que o previsto”¹².

¹⁰ Este argumento baseia-se na discussão em Diego M. Papayannis, “Spiegazione Concettuale e Analisi Funzionale. Sull’Incidenza dei Modelli Economici nello Studio della Pratica Giuridica” (2013) 2 *Ars Interpretandi* 69 e respetiva literatura. Enquanto o termo “função” é ambíguo porque tem um significado matemático diferente do filosófico, Hansen (n 9) usa o termo em várias ocasiões neste segundo sentido.

¹¹ Ver, em particular, quando o autor escreve: “não é a informação como tal que causa o efeito ou função comportamental”; Hansen (n 9), 169.

¹² Cass R. Sunstein, “Nudges that Fail” (2017) 1 *Behavioural Public Policy* 4, 6.

Finalmente, é aconselhável eliminar a condição (1) porque ela é amplamente sobreposta à condição (2), mas a condição (1) implica que os *nudges* devem ser intencionais. SUNSTEIN e THALER afirmam inequivocamente que “alguns nudges não são intencionais”¹³. Por conseguinte, qualquer efeito comportamental derivado da arquitetura de escolhas com base numa característica comportamental é um *nudge*, independentemente da intenção do agente ativo do *nudge*. Por exemplo, a utilização de caixas pré-selecionadas em páginas *web* é um *nudge*, mesmo que o *webmaster* desconheça completamente que a investigação comportamental sugere que as caixas pré-selecionadas aumentam as vendas, as subscrições, etc., devido a fronteiras cognitivas, preconceitos, rotinas e hábitos. HANSEN propõe, em vez disso, que os *nudges* sejam necessariamente intencionais porque esta restrição “introduz no debate as dimensões normativas da responsabilidade sobre a abordagem do “*nudge*””¹⁴. A discussão sobre responsabilidade é realmente importante. No entanto, os advogados sabem que a responsabilidade não exige intencionalidade. Podemos ser responsáveis por negligência, ou apenas por não cumprir uma norma. Portanto, aceitar a possibilidade de que um *nudge* seja feito de forma negligente ou mesmo involuntária não exclui a dimensão da responsabilidade. Pelo contrário, permite-nos refletir sobre o problema dos *nudges* e da responsabilidade sem excluir – por definição – que um *nudge* não intencional seja, no entanto, responsável, ou pelo menos responsável, por ter encorajado.

Com estas três alterações, a definição de “*nudge*” é mais precisa, mas ainda não inteiramente convincente nos seus próprios termos. O ponto de partida da análise é o que HANSEN apropriadamente chama de “princípio da economia comportamental”, que sustenta que “um *nudge* é qualquer fator que altere significativamente o comportamento dos Humanos, mesmo que seja ignorado por Econs” (isto é, por indivíduos cujo comportamento se enquadre na teoria da escolha racional económica)¹⁵. A definição de “*nudge*” não qualifica como *nudge* um elemento da arquitetura de escolha que funciona fazendo uso de um interesse próprio limitado ou

¹³ Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale UP 2008), 10.

¹⁴ Hansen (n 9), 171.

¹⁵ Hansen (n 9), citando Sunstein e Thaler (n 13), 8.

de normas sociais¹⁶. Por exemplo, os efeitos de *crowding-in* ou *crowding-out* não contariam como *nudges*¹⁷. Este é um defeito especialmente importante do ponto de vista jurídico. O direito é um sistema peculiar de normas sociais que faz uso de sanções legais, mas também tem um papel importante na criação, manifestação e difusão de valores sociais – algo referido como a “função expressiva do direito”. Na verdade, a função expressiva do direito é, por vezes, considerada como algo ameaçado pelos *nudges*¹⁸. No entanto, seguindo o princípio da economia comportamental, como HANSEN lhe chama, os resultados são diferentes. Desde que o Econ seja egoísta e que a motivação extrínseca decorra apenas de incentivos materiais, tais como dinheiro e sanções sociais, a implicação conceitual é que os efeitos da arquitetura de escolha que utiliza o interesse próprio limitado e normas sociais também são *nudges*¹⁹.

Para concluir, se for aceitável usar a expressão “traços comportamentais” para indicar todos os elementos da tomada de decisão ignorados pela teoria da escolha racional, então um “*nudge*” é simplesmente “um efeito da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas fazendo uso de um ou mais traços comportamentais”.

2.2. Variedades de Nudge

Equipado com uma definição viável de “*nudge*”, é agora possível oferecer uma visão geral das taxonomias de *nudge* disponíveis na literatura recente.

¹⁶ Limitações apontadas, respetivamente, em Hansen (n 9), 161 e Daniel M. Hausman e Brynn Welch, “Debate: To Nudge or Not to Nudge” (2010) 18 *Journal of Political Philosophy* 123, 126.

¹⁷ Ver infra, secção 4.2.

¹⁸ Feldman e Lobel, por exemplo, definem a “função expressiva do direito” como a capacidade “de refletir, bem como de mudar as normas e os valores da sociedade particular”; Yuval Feldman e Orly Lobel, “Behavioural Trade-Offs”: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology” em Alberto Alemanno e Anne-Lise Sibony (eds), *Nudge and the Law* (Hart 2016), 314.

¹⁹ Veja também Fabrizio Esposito, “Nudge and the Law: Book Review” (2015) *Humana. Mente* 255, reimpresso em (2015) 6 *European Journal of Risk Regulation* 331, 334.

BALDWIN identifica três graus de *nudge* com base no nível de intrusão na deliberação individual²⁰. Essa distinção é mais granular do que a dicotomia mais comum entre os *nudges* que influenciam o sistema 1 e os *nudges* que influenciam o sistema 2. Os *nudges* de primeiro grau são a preservação da autonomia e a “melhoria da tomada de decisões reflexivas”. Os exames são simples revelações, avisos e lembretes. Os *nudges* de segundo grau são mais intrusivos, mas ainda relativamente fracos, na medida em que são prontamente identificados pelo *nudge* após a reflexão. Como no caso em questão, BALDWIN apresenta *nudges* baseados em inércia, tais como regras *default*: é sempre possível optar por sair do *default* se prestarmos atenção. Os *nudges* de terceiro grau modificam a arquitetura de escolha de formas que não são prontamente identificadas pelos destinatários, mesmo após reflexão. Um exemplo são as advertências ilustradas nos maços de cigarros: provocam uma reação instintiva de repugnância que o fumador não consegue facilmente justificar.

Notavelmente, a diferença entre esses três graus de *nudges* é empírica e talvez difícil de aplicar como uma questão de generalização. No entanto, a distinção é conceitualmente convincente, de modo que mais pesquisa sobre o ponto certamente seria aconselhável.

ALEMANNO e SIBONY também oferecem uma importante taxonomia de *nudges* e conceitos relacionados com *nudges*, distinguindo o *nudge* privado, o *contra-nudge*, o *nudge* obrigatório, o *nudge* público e o *nudge* público puro²¹. Um *nudge* privado é um *nudge* feito por um agente privado (por exemplo, um sítio *web* de comércio eletrônico que pré-seleciona uma caixa). Um *contra-nudge* é uma regulamentação dos *nudges* privados destinada a evitar “a exploração de (características comportamentais) pelas forças do mercado” (por exemplo, a proibição das caixas previamente preenchidas). Com um *nudge* obrigatório, o regulamento obriga um agente privado a fazer uso de um *nudge* sobre outros indivíduos (por exemplo, mandando que uma caixa seja pré-selecionada num formulário).

²⁰ Robert Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree” (2014) 77 *The Modern Law Review* 831; Philipp Hacker, “Nudging and Autonomy. A Philosophical and Legal Appraisal”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

²¹ Alberto Alemanno e Anne-Lise Sibony, “The Emergence of Law and Behavioural Sciences: A European Perspective” em Alemanno e Sibony (n 18).

Um *nudge* público é feito por uma entidade pública na prossecução de uma política pública, ao passo que, mais especificamente, o *nudge* público puro utiliza traços comportamentais na ausência da sua utilização abusiva por outros agentes privados. A utilização de *opt-outs* por defeito para a dádiva de órgãos é um exemplo claro de um simples *nudge* público; justifica-se por uma política pública (ter órgãos suficientes para transplantes) e as características comportamentais a que recorre (por exemplo, a inércia) não são exploradas por outros agentes privados.

Revisores de *Nudge and the Law* têm avançado este projeto taxonómico. Por um lado, o conceito de *nudge* público foi mais desenvolvido. O conceito de puro *nudge* público sugere a existência de *nudges* públicos impuros²², *nudges* públicos com a função de contrastar *nudges* privados. Ao contrastarem os *nudges* privados, são também *contra-nudges*; isto é, os *nudges* públicos impuros são *nudges* públicos que contrariam os *nudges* privados. Por outro lado, e mais geralmente, os *nudges* podem ser divididos em *nudges* que atenuam e exploram os preconceitos²³. Por exemplo, a simplificação da informação é um *nudge* atenuante, enquanto a mudança da opção por defeito para o *opt-in* é uma intervenção de correção de desequilíbrios.

É particularmente importante, especialmente no contexto de um manual sobre a investigação jurídica em direito do consumo, salientar a importância dos conceitos de *nudge* e *contra-nudge* privado. Muitas vezes, o debate – seguindo indiscutivelmente o foco da literatura americana sobre paternalismo – tem negligenciado a centralidade do problema dos *nudges* privados. Os *nudges* privados são, no entanto, centrais na política dos consumidores e na sua preocupação com o desequilíbrio entre consumidores e profissionais. É o caso, nomeadamente, da parte do direito do consumo que diz respeito à regulamentação das práticas de comercialização. A este respeito, o conceito de falhas comportamentais do mercado é fundamental²⁴.

²² Esposito (n 19), 333-4.

²³ Philipp Hacker, “Nudge 2.0: The Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond” (2016) 24 *European Review of Private Law* 297, 303-4.

²⁴ Veja abaixo, seção 2.4.

2.3. A Questão da Rotulagem: Direito e Ciências Comportamentais, Emoções, Heurística e Nudges

O que é um nome ou rótulo apropriado para a pesquisa jurídica do consumidor usando *insights* comportamentais? Para resolver esta questão da rotulagem, temos de compreender como rotular a investigação jurídica utilizando *insights* comportamentais em geral.

A principal tentativa de oferecer uma análise completa dos candidatos potenciais para rotular o campo de estudos jurídicos usando *insights* comportamentais é dada em *Nudge and the Law* por ALEMANNO e SIBONY²⁵. Na sua opinião, o rótulo mais plausível é “direito e ciências comportamentais” porque, indiscutivelmente, é “ideologicamente neutro e descritivamente preciso”²⁶. Uma das principais preocupações dos dois autores é tornar o campo independente da pesquisa economicamente informada. No entanto, a independência em relação à economia é indiscutivelmente um risco, na medida em que os conhecimentos económicos são valiosos para o direito e a política e, em especial, para o direito e a política dos consumidores. O rótulo “direito e ciências comportamentais” chama também a atenção para a natureza empírica e cientificamente fundamentada e sublinha corretamente a multidisciplinaridade dos estudos comportamentais, que é expressa pelo plural “ciências”.

Além disso, o rótulo permite outras distinções no âmbito de estudos jurídicos. Nesta perspetiva, vários capítulos de *Research Methods in Consumer Law* constituem um contributo para o subdomínio do “direito do consumo e ciências comportamentais” e alguns capítulos²⁷ para o subdomínio mais restrito do “direito do consumo da UE e ciências comportamentais”.

ALEMANNO e SIBONY afirmam ainda que o direito e as ciências comportamentais são um subcampo do direito e emoções. A redução do direito e ciências comportamentais a um subcampo do direito e emoções

²⁵ Alemanno e Sibônia (n 21), 5-10. Para uma discussão mais ampla, ver Esposito (n 19), 332-3.

²⁶ Alemanno e Sibônia (n 21), 9.

²⁷ Por exemplo, Jan Trzaskowski, “Behavioural Innovations in Marketing Law”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

é questionável. O direito e emoções não parecem incluir a relação entre as ciências comportamentais e a economia. Além disso, sugere que todos os traços comportamentais são baseados na emoção. No entanto, esta sugestão é contrária ao entendimento geral, por exemplo, da sobrecarga de informação – usando a própria linguagem de ALEMANN e SIBONY, a sobrecarga de informação é um problema de “largura de banda mental”. Um ponto relacionado (e talvez menor) é a inadequação da expressão inglesa “*behavioural law and economics*”. *Behavioural law and economics/sciences*, em última análise, ofusca a interdisciplinaridade da abordagem. O predicado ‘comportamental’ aplica-se tanto ao direito como à economia/ciências²⁸. Em vez disso, é apropriado aplicá-lo apenas às ciências, porque o direito é direito, independentemente das outras disciplinas com que se envolve. Para ver isso, considere o caso de um estudo de direito e literatura sobre a imagem da instituição do casamento na literatura romântica. Seria estranho chamar “direito e literatura românticos” ao domínio a que esta investigação pertence, em vez de “direito e literatura romântica”.

Finalmente, vale a pena discutir duas expressões: “heurística e direito” e “*nudge* e direito”. A primeira expressão é o título de um livro editado com base no 94º Workshop Dahlem realizado em Berlim em 2004. Os editores explicam que a heurística é necessária em todas as situações em que “soluções ótimas são desconhecidas porque os problemas são computacionais – aliados intratáveis ou mal definidos”²⁹. Por isso, pedem o estudo da racionalidade ecológica, que “investiga em que ambiente (social ou físico) uma determinada obra heurística e em que ambiente (social ou físico) ela falha”³⁰.

²⁸ A expressão é o resultado de uma ambiguidade sintática, de modo que poderia ser correto aplicar o predicado apenas ao termo “direito”, mas esta interpretação seria absurda para quase todos; veja, no entanto, Thomas S. Ulen, “The Importance of Behavioral Law” em Eyal Zamir e Doron Teichman (eds), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (OUP 2014). Anne-Lise Sibony salientou, com razão, que a expressão inglesa “*behavioural law-and-economics*” iria superar a crítica feita neste parágrafo.

²⁹ Gerd Gigerenzer e Christoph Engel, “Law and Heuristics: An Interdisciplinary Venture” em Gerd Gigerenzer e Christoph Engel (eds), *Heuristics and the Law* (MIT Press em cooperação com Dahlem UP 2006), 3.

³⁰ Gigerenzer e Engel (n 29).

Metodologicamente, o programa de heurística e direito é extremamente sofisticado e rico. Uma mensagem central é que é crucial que as discussões sobre políticas vão além da ideia de que a teoria da escolha racional continua a ser a referência normativa³¹. Até agora, é justo dizer que o foco na heurística e no direito ainda não foi totalmente integrado no direito e nas ciências comportamentais. A expressão “*nudge* e direito” é o título do livro editado por ALEMANNI e SIBONY já referido. A expressão “*nudge* e direito” é útil na medida em que coloca em evidência um tema central no domínio do direito e das ciências comportamentais, a saber, as diferentes formas como os *nudges* se relacionam com o direito. Seria tentador identificar na distinção entre a heurística e a lei e o *nudge* e a lei as duas componentes separadas do direito e das ciências comportamentais. Infelizmente, esta separação não funciona.

Lembre-se de que um “*nudge*” é “um efeito da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas ao fazer uso de um ou mais traços comportamentais” e que algo é um traço comportamental se alterar o comportamento de uma forma diferente da descrita pela teoria da escolha racional. Ambos os quadros estão interessados na relação entre o indivíduo e o contexto em que as escolhas são feitas (chamado, num caso, de ambiente e, no outro, de arquitetura de escolha). Assim, eles representam fontes concorrentes e, sem dúvida, complementares, mas também exageradas, de *insights* dentro do campo do direito e das ciências comportamentais.

Em resumo, o “direito e ciências comportamentais” parecem ser o rótulo geral mais abrangente e convincente para a investigação jurídica que utiliza *insights* comportamentais. Os seus principais pontos fortes são a sua abrangência e a sua abertura explícita a qualquer ciência comportamental. Os outros candidatos são melhor entendidos como subcampos parcialmente sobrepostos de direito e ciências comportamentais.

2.4. Distinguir Dois Tipos de Falhas Comportamentais do Mercado – Se é Que Elas Existem de Todo

Até à data, esta secção discutiu conceitos centrais do vocabulário jurídico com informação comportamental que são, em grande medida,

³¹ Ver, nomeadamente, Gerd Gigerenzer, “Heuristics” em Gigerenzer e Engel (n 29).

importantes para além das questões relacionadas com os consumidores. Esta subsecção discute, em vez disso, um conceito que é importante especificamente para o direito do consumo e para as ciências comportamentais, nomeadamente o conceito de falha comportamental do mercado. Em termos gerais, uma falha comportamental do mercado – tal como outras falhas do mercado – refere-se a contextos em que o mercado não funciona de forma ideal.

Mais especificamente, no caso de deficiências comportamentais do mercado, o mecanismo de mercado não oferece incentivos suficientes aos comerciantes para ajudarem os consumidores a lidar com um ou mais *nudges* que lhes sejam prejudiciais.

No âmbito desta definição, é importante salientar a presença de dois tipos de falhas comportamentais do mercado identificadas na literatura³². De um modo geral, o mercado falha mais do que o outro porque é a fonte dos danos para os consumidores, enquanto no outro o mercado simplesmente não fornece incentivos aos comerciantes para ajudar os consumidores a evitar as consequências prejudiciais de um *nudge*. Ou seja, no primeiro caso o mecanismo de mercado comete o prejuízo, ao passo que no segundo caso omite o prejuízo³³.

O cerne do primeiro significado é o seguinte. A análise económica que incorpora *insights* comportamentais sugere que os comerciantes têm incentivos para tirar partido das características comportamentais, especialmente dos termos e atributos contratuais não salientes³⁴. Ou

³² Veja também Fabrizio Esposito, “A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy” (2017) 40 *Journal of Consumer Policy* 193, 200, e compare Oren Bar-Gill, “Consumer Transactions” in Zamir and Teichman (n 28), 467 e Alemanno and Sibony (n 21), 18 com Cass R. Sunstein, *Why Nudge?* (Yale UP 2014), 16-17.

³³ Os verbos cometem e omitem são usados aqui metaforicamente porque o mercado não é um agente e por isso não pode cometer ou omitir nada. Os verdadeiros agentes aqui são os profissionais.

³⁴ Steffen Huck, Jidong Zhou e London Economics Charlotte Duke, *Consumer Behavioural Biases in Competition: A Survey* (2011) MPRA Paper 31794 é um estudo encomendado pelo Office of Fair Trading do Reino Unido que analisa a pesquisa sobre a relação entre concorrência e preconceitos do consumidor. Nas conclusões, afirmam que “o resultado mais marcante da literatura até à data é que o aumento da concorrência através da promoção da entrada de mais empresas nem sempre pode, por si só, melhorar os resultados para os consumidores” (p. 6).

seja, o mecanismo de preços não dissuade os comerciantes de se envolverem em práticas que os consumidores, mesmo quando informados, não consideram quando fazem as suas escolhas³⁵. Pensar, por exemplo, num contrato a longo prazo para o fornecimento de gás às famílias. Um retalhista oferece um desconto muito apelativo durante os primeiros dois anos e o seu preço normal a partir daí. No entanto, este preço normal não é estabelecido antecipadamente, uma vez que está sujeito a variações nos elementos de custo que escapam ao controlo do retalhista (por exemplo, o custo do gás no mercado a montante e o custo do acesso à rede). O contrato pode ser retratado à vontade, com um mês de antecedência. Nestas circunstâncias, a promoção parece ser uma forma de obter novos clientes. Afinal, é fácil retratar o contrato se a qualidade não for boa ou se estiver disponível uma oferta melhor. Esta característica torna-se especialmente importante para o preço no final do período promocional, em que a ameaça de o cliente retratar o contrato deverá pressionar o prestador a cobrar um preço baixo. Considere agora que, para alguns clientes, a variação do preço não é uma característica saliente do contrato. Neste contexto, se o retalhista puder razoavelmente estimar a percentagem de clientes para os quais a variação de preços não é saliente, ou puder encontrar formas (por exemplo, renegociação) de discriminar entre clientes, pode construir, com base nestes fundamentos, uma estratégia empresarial orientada para o cliente para o qual a variação de preços não é saliente.

Para que o segundo tipo de falha comportamental do mercado ocorra, basta que os incentivos de mercado não sejam suficientemente fortes para motivar os comerciantes a ajudar os consumidores a contrastar os efeitos prejudiciais de um *nudge*.

Assim, neste segundo caso, não é necessário que os intervenientes no mercado tirem efectivamente partido das características comportamentais. Ne *Research Methods in Consumer Law* são apresentados muitos

³⁵ Patrick C. Leyens e Hans-Bernd Schäfer, “Judicial Control of Standard Terms and European Private Law” in Filomena Chirico and Pierre Larouche (eds), *Economic Analysis of the DCFR* (Sellier 2010), 103; Martin Engel e Johanna Stark, “Buttons, Boxes, Ticks, and Trust” in Klaus Mathis (ed), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics* (Springer 2015), 110; Genevieve Helleringer, “A Behavioural Perspective on Consumer Finance”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

exemplos do primeiro tipo de falha comportamental do mercado³⁶. Instâncias do segundo tipo são talvez mais difíceis de identificar. Um exemplo pode ser o *software* de impressão que tem a impressão unilateral como opção padrão. Um caso semelhante é um carro com uma definição verde, uma cidade e uma definição de desporto que não está definida por predefinição na definição verde. Generalizando estas ideias, sempre que um produto tem como opção por defeito um elevado nível de consumo que não conduz a um ganho para o profissional, existe indiscutivelmente uma falha comportamental do mercado do segundo tipo. Alguns casos são difíceis de classificar. Um exemplo que muitos estarão familiarizados é o ‘OK, vamos vê-lo’ consequência do facto de que o Netflix começa automaticamente a reproduzir o próximo episódio de uma série quando o último que você pretendia assistir termina. Embora isso pareça ser, muito provavelmente, a consequência da inércia, não é evidente como ela beneficia o Netflix³⁷.

Neste ponto, é importante avaliar uma crítica radical ao conceito de falha comportamental do mercado de LUNN³⁸. LUNN constrói um argumento contra o conceito de falha comportamental do mercado porque “os fenómenos comportamentais são fundamentalmente diferentes” das deficiências do mercado normais por duas razões³⁹. Em primeiro lugar, as falhas comportamentais do mercado são identificadas com raciocínio indutivo, enquanto outras deficiências do mercado são identificadas com raciocínio dedutivo.

Em segundo lugar, os fenómenos comportamentais “apresentam desafios que o quadro da deficiência do mercado não foi concebido para resolver e sobre o qual não pode dar uma orientação política clara”⁴⁰. Estes desafios relacionam-se, em particular, com a degradação das

³⁶ Ver *infra*, secção 3.2, e ver Gómez Pomar and Artigot Golobardes (n 5); Franziska Weber, “US Behavioural Consumer Research”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018); Trzaskowski (n 27); Helleringer (n 35).

³⁷ O ponto é diferente no que diz respeito, por exemplo, ao YouTube, cujos lucros estão relacionados com os anúncios exibidos entre a reprodução de vídeos.

³⁸ Peter D. Lunn, “Are Consumer Decision-Making Phenomena a Fourth Market Failure?” (2015) 38 *Journal of Consumer Policy* 315.

³⁹ Lunn (n 38), 316.

⁴⁰ Lunn (n 38), 316.

preferências como critério normativo conclusivo e com a importância das consequências distributivas.

LUNN parece levar longe demais as implicações dos *insights* comportamentais para a teoria do mercado. De facto, a sua análise assenta no pressuposto de que um quadro conceptual tem de ser capaz de identificar um problema e indicar a sua solução, caso contrário não é conceptualmente sólido. Este pressuposto não é persuasivo. Como LOEWENSTEIN e CHATER observaram, pode muito bem ser que “os problemas económicos podem ter soluções comportamentais e os problemas comportamentais podem ter soluções económicas”⁴¹. Por exemplo, os *nudges* podem ajudar a resolver um problema económico clássico, como a externalidade, e, ao mesmo tempo, um instrumento político clássico pode ajudar a resolver um problema comportamental, como as internalidades⁴².

LUNN está certo de que as *insights* comportamentais desafiam o carácter conclusivo das preferências reveladas⁴³. No entanto, esta constatação torna o nível axiológico, para a economia do bem-estar, mais aberto aos conhecimentos de outros quadros normativos. Ao mesmo tempo, as análises na tradição da economia do bem-estar não parecem muito impermeáveis a *insights* comportamentais⁴⁴. Além disso, a desconsideração da distribuição é um elemento da análise padrão de mercado que sempre irritou os estudiosos do direito⁴⁵, também na tradição de direito e economia⁴⁶. Assim, é provável que esta abertura à preocupação

⁴¹ George Loewenstein e Nick Chater, “Putting Nudges in Perspective” (2017) 1 *Behavioural Public Policy* 26, 48.

⁴² Ver Loewenstein and Chater (n 41), 29-30; Avishalom Tor, in Klaus Mathis e Avishalom Tor (eds), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics* (Springer 2017), 5-6.

⁴³ Ver Esposito (n 32), 202 citando Lunn (n 38) a este respeito.

⁴⁴ Ver, por exemplo, Douglas Bernheim e Antonio Rangel, “Beyond Revealed Preference: Choice-Theoretic Foundations for Behavioral Welfare Economics” (2009) 124 *The Quarterly Journal of Economics* 51; Marc Fleurbaey e Erik Schokkaert, “Behavioral Welfare Economics and Redistribution” (2013) 5 *American Economic Journal: Microeconomia* 180.

⁴⁵ Ver Martijn W Hesselink, “Private Law, Regulation, and Justice” (2016) 22 *European Law Journal* 681; Hanoch Dagan, “Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law” (2016) 22 *European Law Journal* 644.

⁴⁶ Ver, Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection* (Yale UP 2016).

distributiva conduza a diálogos mais frutuosos entre a economia do bem-estar e outras disciplinas e, em particular, a investigação jurídica.

Em conclusão, o conceito de falha comportamental do mercado constitui um complemento valioso da análise do mercado. A percepção de que existem falhas comportamentais do mercado ajuda, em particular, a enfatizar que os resultados comportamentais são importantes para enriquecer a nossa compreensão não apenas do raciocínio individual, mas também do facto de que nossa racionalidade limitada requer investigações mais sofisticadas sobre o funcionamento da economia. No entanto, as preocupações da LUNN ilustram bem que os *insights* comportamentais também têm um impacto ao nível axiológico.

O propósito desta seção foi fornecer alguma orientação sobre o significado de alguns dos termos centrais que são usados no campo do direito e das ciências comportamentais. A próxima seção estende a discussão para os conceitos axiológicos utilizados para avaliar a relação entre direito e ciências comportamentais.

3. Autonomia, bem-estar, externalidades, mas também valores legais: sobre os fundamentos normativos da análise comportamental

O debate sobre o uso público de *insights* comportamentais ao nível axiológico tem sido principalmente um debate moral e/ou político, mesmo entre estudiosos do direito. Em termos gerais, este debate desenvolveu-se em torno de dois quadros conceptuais, um construído sobre o conceito de autonomia e outro sobre o conceito de bem-estar⁴⁷.

⁴⁷ Exemplos da posição bem-estarista são Vanessa Mak, “The Myth of the “Empowered Consumer”: Lessons from Financial Literacy Studies” (2012) 1 *Journal of European Consumer and Market Law* 254, Joasia Luzak, “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account its Behavioural Effects on Consumers” (2014) 37 *Journal of Consumer Policy* 91, Lunn (n 8 e n 38), Gómez Pomar and Artigot Golobardes (n 5), Trzaskowski (n 27), Helleringer (n 10). Exemplos da posição autonomista são Annette Nordhausen Scholes, “Behavioural Economics and the Autonomous Consumer” (2011) 14 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 297, Rebonato (n 8), Anne Van Aaken, “Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging” em Alemanno e Sibony (n 18), Alemanno e Sibony (n 21) e Alberto Alemanno e Anne-Lise Sibony, “Epilogue: The Legitimacy and Practicability of

Após uma breve visão geral destes quadros (secção 3.1), esta secção desenvolve dois argumentos.

O primeiro argumento é que as posições assistencialistas e autonomistas estão relacionadas de forma importante (secção 3.2). Ambos atribuem valor à escolha individual e partilham uma preocupação com as práticas de exploração, bem como com as externalidades. Talvez mais importante, há pelo menos duas versões de ambos os *frameworks* e uma versão é mais resistente à incorporação de *insights* comportamentais do que a outra.

O segundo argumento é que a legislação da UE inclui juízos de valor dificilmente conciliáveis com a primeira versão de qualquer das abordagens (secção 3.3).

3.1. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Observações Preliminares

Num quadro baseado na autonomia, a autonomia é o valor central que o direito tem de apoiar na abordagem das escolhas individuais. De acordo com a posição autonomista, tanto as externalidades como a exploração são diretamente problemáticas, porque a sua imposição aos outros viola a sua autonomia. De uma perspetiva autonomista, o bem-estar é importante apenas na medida em que aumentar o seu bem-estar é o objetivo do agente autónomo⁴⁸.

Há, no entanto, uma distinção importante a fazer entre duas conceções de autonomia: autonomia como independência e autonomia como autodeterminação. A autonomia como independência está associada a ideias como liberdade negativa (liberdade de coerção e manipulação) e igualdade formal. A conceção de autonomia como autodeterminação não nega a importância da liberdade negativa e da igualdade formal, mas baseia-se na intuição moral de que conceder liberdades negativas

EU Behavioural Policymaking” in Alemanno and Sibony (n 21), Hacker (n 20), Hans-W. Micklitz, “The Politics of Behavioural Economics of Law”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

⁴⁸ Hanoch Dagan e Michael Heller, *The Choice Theory of Contracts* (CUP 2017), 51-7.

e garantir a igualdade formal nem sempre é suficiente para nos colocar no controlo de nossas vidas⁴⁹.

Num quadro baseado no bem-estar, os resultados, as escolhas e as normas são avaliados tendo em conta as suas consequências em termos de bem-estar. A posição “bem-estarista” parece, *prima facie*, estar mais de acordo com a abordagem do direito e ciências comportamentais, especialmente com a sua componente económica.

Uma diferença central entre uma posição baseada na autonomia e uma posição baseada no bem-estar é que, numa abordagem de bem-estar, a autonomia tem valor intrínseco apenas na medida em que é preferida pelos indivíduos. Ao mesmo tempo, tem valor instrumental porque permite que os indivíduos prossigam fins que aumentam o bem-estar. As externalidades são problemáticas porque alinham mal o bem-estar individual e social. No caso de externalidades negativas, os agentes ignoram parte do custo das suas ações porque são suportados por outros. Por outro lado, no caso das externalidades positivas, os agentes não conseguem tomar certas ações que aumentam o bem-estar porque não conseguem captar todos os benefícios⁵⁰. O aproveitamento é entendido em termos de bem-estar como uma excessiva extração de valor por um agente de outro, em que o excesso está tipicamente relacionado com a redução do bem-estar total.

Num quadro baseado no bem-estar, o papel das preferências individuais como critério axiológico permite distinguir uma versão mais restrita e uma versão mais ampla do quadro, um ponto já feito na discussão da crítica de LUNN ao conceito de falha comportamental do mercado na secção 2. A questão é saber até que ponto as preferências individuais contam como razão para afirmar que algo está a aumentar o bem-estar.

⁴⁹ Para um relato clássico, ver Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press 1986). Para um relato recente e articulado das duas posições e uma defesa da segunda como fundamento moral do direito dos contratos, ver Dagan e Heller (n 48), 19-47.

⁵⁰ Nomeadamente, esta descrição familiar e direta do problema das externalidades assenta, até certo ponto, naqueles pressupostos de escolha racional que a economia comportamental questiona. Em particular, os agentes com outras preferências altruísticas podem, de qualquer forma, considerar as externalidades, o que pode facilitar a relevância política de um problema de externalidade.

Se é provável que as preferências sejam consideradas como um aumento do bem-estar, então o quadro é bastante estreito porque os argumentos que não são baseados em preferências são muito improváveis de serem persuasivos. Quando se considera que as preferências individuais não aumentam necessariamente o bem-estar, torna-se central encontrar novos critérios para a determinação do que aumenta o bem-estar. Dentro do escopo do bem-estar, este ponto está longe de ser consensual⁵¹. No entanto, é claro que quanto mais amplo o conjunto de considerações levadas em conta para avaliar se algo está aumentando o bem-estar, mais amplo é o quadro assistencialista.

Na aparência, as estruturas baseadas na autonomia e no bem-estar são muito diferentes. No entanto, a próxima subsecção sugere que talvez seja mais importante focar na distinção entre teorias de valor mais amplas e mais rígidas, independentemente de serem baseadas na autonomia ou bem-estar.

3.2. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Há tanta diferença?

Esta subsecção argumenta que é aconselhável concentrar-se principalmente no que torna uma escolha boa, digna e valiosa e não no facto de o enquadramento correto para a análise se basear na autonomia ou no bem-estar. A alegação é apoiada por dois exemplos que mostram a semelhança no uso do conceito de preferência pelos autores que pensam em quadros baseados na autonomia e no bem-estar.

Em primeiro lugar, em ambos os quadros há um erro recorrente, que é uma herança da forte confiança na agência individual típica da versão mais rigorosa das teorias. O erro é que descobrir as nossas “verdadeiras” preferências é assumido como um passo crucial para resolver desacordos no nível axiológico. Em segundo lugar, mostra-se como as propostas de respeitar a gestão da largura de banda mental por ALEMANNI e SIBONY (baseada na autonomia) e de aumentar a navegabilidade por SUNSTEIN (baseada no bem-estar) acabam por partilhar um nível semelhante e bastante elevado de confiança nas preferências individuais.

⁵¹ Ver, por exemplo, a discussão em Lunn (n 38).

Uma das maneiras pelas quais o uso de *insights* comportamentais é discutido no nível axiológico é em termos de busca pelas preferências verdadeiras ou reais dos indivíduos – com os termos “verdadeiro” e “real” às vezes usados entre aspas invertidas da precaução. Estas expressões são enganadoras porque, em última análise, significam que as nossas preferências verdadeiras e reais não são necessariamente os nossos estados mentais, que são contraintuitivos, na melhor das hipóteses⁵². Contudo, mais importante para finalidades correntes, eles são usados tanto em quadros baseados na autonomia como em quadros baseados no bem-estar⁵³.

Consideremos agora com algum detalhe os conceitos de gestão da largura de banda mental e da crescente navegabilidade, utilizados respectivamente por ALEMANNO e SIBONY num quadro baseado na autonomia e por SUNSTEIN num quadro baseado no bem-estar.

ALEMANNO e SIBONY sugerem que a ideia de “respeitar as diferenças individuais na forma como as pessoas gerem a sua “largura de banda mental”” é um ponto de partida promissor para reconcetualizar a autonomia⁵⁴. Para SUNSTEIN, ao invés disso, “muitos *nudges* têm o objetivo de aumentar a navegabilidade – de tornar mais fácil para as pessoas chegarem ao seu destino preferido”⁵⁵. Nomeadamente, ambos os quadros atribuem um papel proeminente às preferências do agente. Por um lado, ALEMANNO e SIBONY querem respeito pelas decisões tomadas por um agente em relação ao grau de atenção que ela quer dar a um determinado problema. Por outro lado, SUNSTEIN quer respeito pela decisão tomada por um agente em relação ao resultado que ela quer realizar.

Embora o tipo de preferência em que as duas propostas se centram seja diferente – sendo a proposta baseada na autonomia uma preferência de segunda ordem e a proposta baseada no bem-estar uma de primeira

⁵² Considere o seguinte uso da palavra ‘preferência’: ‘Se eu puder escolher entre X e Y e eu escolher X, eu prefiro X (sobre Y)’; este uso não é afetado pelo facto da minha escolha ter sido influenciada pelo *nudge* N, de modo que sem N eu teria preferido Y (sobre X). Ou seja, as preferências deixam de ser estados mentais e tornam-se construções normativas construídas com um contrafactual. É indiscutivelmente correto dizer que este é outro exemplo da falácia da concretude deslocada. Sobre esta falácia, ver Frerichs (n 5).

⁵³ Ver, por exemplo, Lunn (n 38); Rebonato (n 8) e Helleringer (n 35).

⁵⁴ Alemanno e Sibónia (n 47), 333.

⁵⁵ Sunstein (n 18), viii.

ordem – é evidente que ambas pressupõem um forte grau de fiabilidade, confiança e fideducia nas escolhas feitas pelo agente. Assim, em grande medida, eles estão abertos a críticas igualmente fundamentadas num desafio à fiabilidade e confiança nas escolhas feitas pelo agente.

Até agora, nesta secção, vimos que a distinção entre a estrutura baseada na autonomia e a baseada no bem-estar esconde diferenças e semelhanças que são melhor compreendidas quando se analisa o papel das preferências individuais na análise. Por estes motivos, a subsecção seguinte apresenta algumas perspetivas sobre o grau de fiabilidade, confiança e fideducia nas preferências individuais no direito da UE.

3.3. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Insights da Legislação da UE a Favor de Noções Mais Amplas

A subsecção anterior mostrou que o conceito de preferência é central tanto para os quadros baseados na autonomia como para os quadros baseados no bem-estar. Os *insights* comportamentais são extremamente desafiantes para ambos, uma vez que diminuem a importância axiológica das preferências. A questão então torna-se em ir além das preferências individuais. Aqui, não se chegou a nenhum consenso⁵⁶.

Neste contexto, o que é que um advogado deve fazer? Os advogados podem olhar para o discurso jurídico e ver quais *insights* podem ser encontradas lá e trazidas para o debate mais amplo. Esta proposta é incrivelmente simples, mas surpreendentemente rica para a investigação jurídica interdisciplinar. Nesta perspetiva, a legislação da UE permite a formulação de pelo menos duas linhas de argumentação a favor do alargamento das noções de autonomia, da independência à autodeterminação, e oferece perspetivas sobre como ir além das preferências individuais.

O primeiro argumento é que as versões estreitas de ambos os quadros estão em tensão mesmo com o paradigma da informação. A razão para a exigência de divulgação não é apenas a de que os vendedores aproveitem

⁵⁶ Ver, por exemplo, Lunn (n 38), discutindo assertivamente as propostas de John Beshears, James J. Choi, David Laibson e Brigitte C. Madrian, “How Are Preferences Revealed?” (2008) 92 *Journal of Public Economics* 1787 e o recente estudo de Anna Alexandrova, *A Philosophy for the Science of Well-Being* (OUP 2017).

a assimetria de informação, reduzindo, assim, a independência e o grau de satisfação preferencial do consumidor.

Mais geralmente, a razão é que a escolha desinformada pode ser prejudicial para o agente. Por exemplo, o problema das práticas comerciais enganosas é que “ao enganar o consumidor [estas práticas] impede-o de fazer uma escolha informada e, por conseguinte, eficaz”⁵⁷.

O segundo argumento é que a própria estrutura do raciocínio da proporcionalidade⁵⁸ implica que as reduções da autonomia individual – tal como a redução de qualquer outro valor jurídico – podem ser justificadas por resultados que sejam suficientemente benéficos para os consumidores, como a proteção da saúde e da segurança, mas também do seu interesse económico⁵⁹.

Assim, a questão principal deve ser a identificação do valor jurídico da autonomia individual face a estes outros valores explicitamente reconhecidos do direito europeu. A ausência desta relação permitiria, assim, avaliar a proporcionalidade da restrição da autonomia de uma forma mais baseada em princípios.

Neste sentido, a linguagem do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) sugere que, em questões cruciais como a saúde e a segurança, mas também em questões económicas, as verdadeiras preferências dos consumidores não são assim tão importantes. O n. 1 do artigo 169 tem a seguinte redação: “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

⁵⁷ Considerando 14 da 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 [2005] JOL 149/22.

⁵⁸ Para uma introdução à prática do TJUE, ver Wolf Sauter, “Proportionality in EU Law: A Balancing Act?” (2013) 15 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 439. Para investigações teóricas, ver Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trans, OUP 2002) e Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (CUP 2012). Para uma análise do uso de conceitos económicos nos inquéritos teóricos, ver Fabrizio Esposito, “Economic Concepts in the Analysis of Proportionality Reasoning between Similarity and Identity” (2018) 2/2017 *Analisi e Diritto* 185.

⁵⁹ Artigo 169, n. 1, TFUE.

direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”. Esta disposição fundamenta de forma crucial a proteção dos consumidores no interesse dos consumidores e num elevado nível de proteção e não nas suas preferências.

O papel limitado das preferências nos fundamentos axiológicos do direito do consumo da UE é confirmado pela responsabilidade por produtos defeituosos estabelecida pela Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos⁶⁰.

Pelo menos à primeira vista, a definição de “defeito” aí encontrada parece particularmente porosa para as preferências reais dos consumidores. Nos termos do artigo 6, n. 1, da Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, “Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias”. A ideia de expectativas não se refere apenas aos estados mentais dos consumidores sobre como um produto deve ser, mas também ressoa com o conceito económico de utilidade esperada.

No entanto, a compreensão do conceito de defeito na Diretiva mostra o papel limitado das preferências dos consumidores na identificação dos produtos defeituosos⁶¹. As decisões sobre o carácter defeituoso de um produto não se baseiam numa análise das expectativas, desejos e preferências reais dos consumidores. Embora o que os consumidores esperam possa desempenhar um papel, esse papel não é conclusivo nem necessário. Por conseguinte, o que os consumidores têm o direito de esperar é, em última análise, estabelecido com base no entendimento dos juízes sobre o que os consumidores têm o direito de esperar⁶².

A questão de fundo desta subsecção, que está longe de ser uma descrição exaustiva do problema, é que, no que se refere ao direito do

⁶⁰ Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos [1985] JOL 210/29.

⁶¹ Ver Geraint Howells, “Defect in English Law – Lessons for the Harmonisation of European Product Liability” in Duncan Fairgrave (ed), *Product Liability in a Comparative Perspective* (CUP 2005), 142-3; Cees van Dam, *European Tort Law* (2nd edn, OUP 2013), 427-9.

⁶² *Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt-Die Gesundheitskasse* (C-503/13), *Company Health Insurance RWE* (C-504/13), processos apensos C-503/13 e C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148. Ver também o relatório dos processos nacionais em van Dam (n 61), 429-33.

consumo da UE, a redução das preferências dos consumidores não constitui um desafio especial. Isto acontece porque as preferências efetivas dos consumidores não são um conceito central neste domínio do direito. Do ponto de vista interdisciplinar, e dada a atual controvérsia económica sobre como ir além das preferências reais, há amplo espaço para propostas justificadas pela sua adequação à prática jurídica atual e pela sua compatibilidade com a visão da escolha do consumidor refletida no direito.

4. Uma visão geral do conjunto de ferramentas comportamentais

Esta seção move a discussão para o nível prescritivo, que se concentra nos meios para alcançar os objetivos propostos. Do ponto de vista jurídico, a discussão nas duas secções anteriores pode ser entendida como preliminar e instrumental para a análise no nível prescritivo. Esta secção oferece uma visão geral da forma como os *insights* comportamentais se relacionam com as principais ferramentas disponíveis no sistema UE de defesa do consumidor. A próxima seção continua este inquérito, incluindo na discussão a questão de como incorporar os *insights* comportamentais no discurso jurídico.

Esta seção primeiro oferece alguns conselhos para o estudioso jurídico interessado no papel dos *insights* comportamentais e no enriquecimento dos instrumentos disponíveis para a recomendação de políticas públicas (secção 4.1). Em seguida, passa-se à discussão da relação entre os *insights* comportamentais e os principais instrumentos utilizados pelo direito UE do consumo, nomeadamente a divulgação de informações e formas mais intrusivas de regulação sob o título “controlo dos atributos” (secção 4.3). Antes disso, a secção 4.2 é dedicada ao direito de retratação, pois o debate é ilustrativo da observação feita na secção 4.1.

4.1. Seja Esperto: Sobre o Uso de Regras Default e Outros Nudges

Uma das razões pelas quais o interesse em *insights* comportamentais na pesquisa jurídica está a espalhar-se tão rapidamente é que eles abrem caminho para novas soluções regulatórias e nos fazem reconsiderar soluções regulatórias antigas.

O uso de regras *default* como *nudge* é, sem dúvida, a escolha arquitetónica que tem atraído mais atenção nos primórdios dos estudos comportamentais. O ponto de partida da discussão é que as *insights* comportamentais sugerem que muitas pessoas ficarão com o *default* simplesmente porque a inércia e o *status quo bias* levam as pessoas a não mudar sua situação – isto é, os *defaults* são colantes⁶³. No entanto, uma regra por defeito não impõe a escolha porque é sempre possível optar pela exclusão, pelo que, num sentido importante, a escolha de ficar vinculado ou não vinculado pela regra de *default* continua a ser livre.

À primeira vista, podemos pensar que, no domínio da defesa do consumidor, o papel das cláusulas contratuais supletivas é banalizado pela difusão de cláusulas-tipo que anulam qualquer regra *default*. Isto é possivelmente verdade, mas não significa que os *defaults* não desempenhem qualquer papel.

O papel *prima facie* limitado dos *defaults* no direito dos contratos permite ilustrar muito claramente a questão acima referida sobre as possibilidades abertas pelos *insights* comportamentais à investigação jurídica em matéria de consumo. Há pelo menos dois casos em que, no sistema UE de proteção dos consumidores, os casos de incumprimento do *opt-in* fazem ou fizeram parte da discussão: as ações coletivas e o direito europeu comum da compra e venda (DECD).

Os *insights* comportamentais sugerem que os casos de *default* por *opt-out* tornariam os instrumentos jurídicos mais eficazes. Assim, a escolha de um sistema de *opt-in* era suscetível de tornar o DECD (um regime facultativo) largamente ineficaz⁶⁴.

⁶³ Ver Weber (n 36).

⁶⁴ Jan Smits, “Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights” (2010) 1 *European Review of Private Law* 5, 12; Engel and Stark (n 35), 122-3; Geneviève Helleringer e Anne-Lise Sibony, “Consumer Law and Behavioural Sciences” in Alemanno and Sibony (n 18), 229-31. Note-se que as iniciativas legislativas que substituíram o que teria sido o regulamento DECD são diretivas de harmonização total, o que significa que os incumprimentos já não são relevantes; ver “Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais”, COM(2015) 634 final e “Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens”, COM(2015) 635 final.

No caso das ações coletivas, este problema também é de grande importância. Um dos principais problemas percebidos da proteção ao consumidor é que os consumidores educados e abastados exercem os seus direitos de consumidor, levando em última instância a efeitos redistributivos dos pobres para os ricos. A regra *default*, por causa do *opt-out*, tornaria as ações coletivas mais eficazes não só em geral, mas sobretudo para os consumidores com poucas probabilidades de intentarem uma ação judicial individual⁶⁵.

Trata-se de dois casos de escolhas regulamentares entre *opt-ins* e *opt-outs*, para os quais são relevantes as perspectivas comportamentais. Eles devem ser tomados como exemplo de como os estudiosos do direito podem dar rédea solta à sua ingenuidade na reflexão sobre como os *defaults* e outros *nudges* podem ser usados para promover o interesse do consumidor. A subseção seguinte fornece mais ilustrações sobre o direito de retratação.

4.2. O Potencial do Direito e das Ciências Comportamentais Ilustrado pelo Direito de Retratação

A investigação recente sobre o direito de retratação ilustra bem o potencial de propostas políticas inovadoras abertas pela reconsideração dos meios existentes de defesa do consumidor.

HOEPPNER e LUZAK apresentam propostas semelhantes para uma retratação presumida⁶⁶. O primeiro centra-se nos contratos no domicílio e o segundo nos contratos celebrados à distância. Ambos concordam que as assimetrias de informação e os *nudges* privados justificam, em conjunto, uma preocupação relativamente a este tipo de contratos.

⁶⁵ Astrid Stadler, “European Developments in Collective Redress” (2014) 3 *Journal of European Consumer and Market Law* 80, 83-4; Anne-Lise Sibony, “A Behavioural Perspective on Collective Redress” em Eva Lein, Duncan Fairgrieve, Marta Otero Crespo e Vincent Smith (eds), *Collective Redress in Europe Why and How?* (British Institute of International and Comparative Law 2015).

⁶⁶ Sven Hoepfner, “The Unintended Consequence of Doorstep Consumer Protection: Surprise, Reciprocation, and Consistency” (2014) 38 *European Journal of Law and Economics* 247; Luzak (n 47).

SMITS, em vez disso, critica direitos obrigatórios de retirada para os seus efeitos prejudiciais sobre o processo de criação de confiança gerado por um direito contratual de retirada⁶⁷.

No que se refere aos contratos celebrados à porta, HOEPPNER alega que os vendedores beneficiam de um monopólio situacional e que os consumidores sofrem de uma assimetria de informação. Tal assimetria é menor do que nos contratos à distância, mas aumenta a pressão social que o vendedor ambulante pode exercer sobre o consumidor. A estratégia de venda reconstruída pelo autor começa na fase pré-contratual, em que o consumidor assume vários compromissos face a face com o vendedor que tornam a retratação improvável devido ao *bias do status quo*⁶⁸. Do ponto de vista político, HOEPPNER salienta a dificuldade de reduzir diretamente os incentivos de que beneficiam os vendedores.

A análise oferecida por LUZAK é mais descritiva. Segundo o autor, a teoria do dano ao consumidor desenvolvida por HOEPPNER não se aplica aos contratos à distância, onde o recurso a decisões informadas e fundamentadas é muito mais fácil para o consumidor.

LUZAK considera diferentes regimes jurídicos que poderiam teoricamente ser utilizados para regular os contratos à distância e analisa os argumentos económicos e comportamentais a favor e contra o direito de resolução. Em especial, o autor refere que o prolongamento do período de reflexão pode tornar o exercício do direito menos provável devido a um adiamento. Em última análise, LUZAK pede mais pesquisa empírica.

Tanto a HOEPPNER como a LUZAK observam que é possível alterar a técnica de defesa do consumidor, passando de direito de retratação voluntário para uma retratação presumida do contrato. Ou seja, no final do *período* de reflexão, o contrato será retratado a menos que o consumidor o confirme.

Do ponto de vista comportamental, o argumento assenta no carácter colante dos *defaults*. No regime atual, para retratar o contrato, o

⁶⁷ Jan Smits, “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?” (2011) 29 *Penn State International Law Review* 671.

⁶⁸ Hoepfner (n 66), 268-9. A estratégia descrita está muito próxima da estratégia de repartição descrita por Willem H. Van Boom, “Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law” (2011) 34 *Journal of Consumer Policy* 359.

consumidor deve exercer o direito de retratação antes do termo do prazo. De acordo com a proposta dos autores, o contrato seria automaticamente retratado, a menos que o consumidor manifestasse vontade de manter o contrato em vigor.

Embora, para a entrega de mercadorias, esta proposta possa gerar inconvenientes e custos não triviais relacionados com o transporte da mercadoria, no caso dos serviços e das ofertas no contexto de contratos a longo prazo (especialmente no caso de serviços adicionais), este mecanismo poderia merecer uma análise mais aprofundada. Esta proposta nova e interessante ilustra bem que é possível ser inteligente na conceção de regulamentação com base em informações comportamentais⁶⁹.

Em vez disso, SMITS critica um direito de retirada obrigatório, porque “o processo de criação de confiança pode ser prejudicado se a legislação impuser direitos legais de retirada, conduzindo a efeitos de exclusão”⁷⁰. O principal argumento do autor é que um direito voluntário de retratação é concedido para criar uma relação de confiança, um processo dificultado se a retratação se tornar um direito obrigatório. SMITS receia que, se for dado ao consumidor o direito de retratação por um comerciante eletrónico, esse direito seja utilizado de forma mais equitativa do que se estiver previsto na lei.

Embora interessante, esta afirmação não é inteiramente convincente. Em primeiro lugar, o argumento não explica qual é o problema quando – como o autor admite, acontece frequentemente – um vendedor concede um direito contratual de resolução que é mais generoso do que o direito contratual legal.

Parece plausível que, nessas situações, o vendedor possa sinalizar facilmente que o termo oferecido supera o padrão legal. Em segundo lugar, o argumento ignora a observação da LUZAK sobre o efeito prejudicial da concessão de um prazo de retratação demasiado longo. LUZAK observa que, devido à procrastinação, é importante refletir sobre a “extensão cognitivamente ótima” do direito de se retirar. Uma terceira

⁶⁹ Ver acima, secção 4.1.

⁷⁰ Smits (n 67), 672. Smits apoia sua crítica com evidências experimentais fornecidas por Georg Borges e Bernd Irlenbusch, “Fairness Crowded Out by Law’: An Experimental Study on Withdrawal Rights” (2007) 163 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 84.

limitação do argumento é que não existe uma análise do valor da criação de confiança nas relações de mercado. A este respeito, a análise efetuada por HOEPPNER sugere que os vendedores podem tirar partido da relação de confiança com o consumidor, pelo menos em situações de venda ao domicílio.

No contexto deste artigo, não é essencial tomar uma posição sobre a qual a análise comportamental informada do direito de retratação seja a mais persuasiva. O que importa aqui é apenas a capacidade de *insights* comportamentais para enriquecer o quadro analítico disponível para os estudiosos do direito.

4.3. Controlo de Atributos: Informação e Mais Além

O direito de resolução obrigatória é diferente do tipo de controlo de atributos discutido nesta subsecção. O direito de resolução obrigatória confere ao consumidor o poder de resolver unilateralmente o contrato, ao passo que o controlo dos atributos centra-se no conteúdo da relação contratual – ou seja, nos direitos e deveres das partes.

O direito regula muitos elementos de uma relação contratual, muito além dos termos contratuais. Os regulamentos em matéria de saúde e segurança, por exemplo, são extremamente abrangentes na determinação do que é comercializável. Além disso, muitos deveres de informação têm de ser cumpridos antes da celebração do contrato. Para se referir a todos os elementos de uma relação contratual que são relevantes do ponto de vista de uma política pública, este artigo utiliza o termo “atributos”.

A ideia principal dos *insights* comportamentais diz respeito à informação. A informação tem duas características importantes do ponto de vista comportamental. Em primeiro lugar, a informação é importante para se chegar a uma decisão significativa. Em segundo lugar, como e quanto de informação é dada é crucial. O enfoque na quantidade de informação é o “novo” *insight* comportamental, que desafia diretamente o chamado paradigma da informação da legislação da UE. Assim, de uma perspetiva distintamente comportamental, o perigo da informação para os consumidores é duplo. Em primeiro lugar, dar informações é a ocasião para *nudges* privados exploradores. Segundo, demasiada informação não é cognoscível.

O paradigma da informação da UE centra-se principalmente no aumento da informação, para ajudar o consumidor a tomar uma decisão racional e informada⁷¹. O único aspeto desta abordagem é “quanto mais, melhor”. Como um impulso básico das ciências comportamentais é que “menos é mais”, as suas conclusões têm um grande impacto no paradigma da informação⁷². Duas especificações deste pedido estão em ordem. A primeira é que “menos é mais” não capta inteiramente o paradigma da informação comportamental, que é melhor descrito com a expressão (reconhecidamente) menos cativante “divulgação cognitivamente otimizada”⁷³. A segunda é que, de uma perspetiva mais ampla, num trabalho de enquadramento comportamental é mais fácil justificar formas mais intrusivas de intervenção legal. Vejamos estas duas especificações com mais detalhe.

A divulgação otimizada de forma cognitiva tem duas dimensões principais. Em primeiro lugar, ao conceber a divulgação obrigatória de informação, é importante mantê-la simples e, por conseguinte, fazer juízos de valor sobre qual informação deve ser dada e em que fase da relação. O que parece ter passado despercebido é a segunda implicação, que é sobre a divulgação voluntária. A divulgação obrigatória exige a partilha de uma quantidade mínima de informação. Se o consumidor for exposto a uma enorme quantidade de informação, a implicação é que a maior parte da informação não será considerada.

Há mais. Os comerciantes tendem a dar informações aos consumidores de forma defensiva, para escapar à responsabilidade⁷⁴. Assim, o paradigma da informação exacerba o problema da sobrecarga, tanto diretamente como indiretamente. A primeira implicação dessa situação é

⁷¹ Para uma excelente discussão, considerando também a contribuição da economia comportamental, ver Geneviève Helleringer e Anne-Lise Sibony, “European Consumer Protection through the Behavioral Lens” (2016) 23 *Columbia Journal of European Law* 607.

⁷² Gerrit De Geest, “The Signing-without-Reading Problem: An Analysis of the European Directive on Unfair Contract Terms” in Hans-Bernd Schäfer and Hans-Jürgen Lwowski (eds), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen* (Springer 2002); Omri Ben-Shahar, “The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law” (2009) 5 *European Review of Contract Law* 1.

⁷³ Hacker (n 4), 313.

⁷⁴ Geraint Howells, ‘The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information’ (2005) 32 *Journal of Law and Society* 349, 363; Mak (n 47), 258.

que a regulação cognitivamente otimizada da divulgação deve abandonar uma abordagem de requisitos mínimos e endossar uma abordagem de otimização, que proteja o consumidor de muito pouca, mas também de muita informação⁷⁵.

Antes de os *insights* comportamentais estarem no centro das atenções, a legislação da UE já tinha aceitado que o controlo da informação não era a única resposta, e por vezes não era viável, às questões de política dos consumidores. Esta circunstância está sintetizada na distinção entre a capacitação dos consumidores e a sua proteção. O empoderamento do consumidor tem a ver com “ajudar os consumidores a ajudarem-se a si próprios”⁷⁶. O seu objectivo é, assim, colocar os consumidores na condição de exercerem de forma mais significativa a sua liberdade contratual. Em vez disso, a proteção dos consumidores é mais intrusiva porque controla o conteúdo do contrato para proteger os consumidores, por exemplo, de cláusulas abusivas ou produtos defeituosos.

Uma vez que reduzimos toda a complexidade do conjunto de ferramentas de direito do consumo à distinção binária entre empoderamento e proteção, torna-se mais fácil destacar a contribuição dos *insights* comportamentais para a pesquisa jurídica do consumidor.

Encapsulei esta contribuição noutra parte da tese da “sombriedade” (*dismality thesis*)⁷⁷. A *dismality thesis* é uma afirmação sobre o impacto das ciências comportamentais na política de consumo que está implícita nos escritos de numerosos (principalmente, mas não só) académicos europeus. O seu nome deriva do facto de a economia ser por vezes chamada de ciência sombria⁷⁸. A tese da “sombriedade” sustenta que o relaxamento do pressuposto da racionalidade revela uma realidade sombria onde, para consumidores racionalmente limitados, os mercados são mais perigosos e a divulgação de informação menos eficaz do que se pensava.

⁷⁵ A este respeito, uma possibilidade é exigir documentos de divulgação de forma curta, além de documentos mais detalhados; outra é prestar mais atenção ao contexto e ao momento da divulgação. Sobre a primeira possibilidade, ver Helleringer (n 35); sobre a segunda, ver Helleringer e Sibony (n 71), 626-8.

⁷⁶ Comissão Europeia, *Plano de Acção para a Política dos Consumidores 1999-2001*, 8.

⁷⁷ Para uma conta mais completa, ver Esposito (n 32).

⁷⁸ Robert J. Dixon, “The Origin of the Term “Dismal Science” to describe Economics” (1999) University of Melbourne – Department of Economics Working Paper No. 715.

A principal implicação da aceitação da *dismality thesis* é argumentativa: é mais fácil argumentar a favor de formas intrusivas de regulação do mercado. Notavelmente, isto não significa necessariamente que o controlo dos atributos seja sempre necessário, mas simplesmente que a análise comportamental é mais compatível com uma regulação mais intrusiva. Ou seja, o direito do consumo cognitivamente otimizado é menos cético quanto à conveniência de uma regulação mais intrusiva. Deste ponto de vista, tornar mais fácil encontrar uma cláusula contratual abusiva, inconcebível ou inexequível é capaz de sustentar a tese da “sombriedade”. A tese também é apoiada por afirmações sobre a necessidade de uma regulamentação mais rigorosa da divulgação de informações sobre a quantidade de informações que devem ser prestadas e como⁷⁹.

Nas secções 2-4, este artigo oferece uma introdução aos conceitos centrais do vocabulário comportamental, às questões levantadas pelos *insights* comportamentais sobre os fundamentos axiológicos geralmente aceites nos estudos de consumo e à relação entre os *insights* comportamentais e as ferramentas primárias utilizadas na política do consumidor.

A próxima secção aborda um problema mais sofisticado, mas verdadeiramente fulcral (provavelmente, o problema arquimediano) para a investigação em direito do consumo: como incorporar, tornar relevantes, os *insights* comportamentais sobre o direito do consumo.

5. Conceitos jurídicos porosos e a incorporação de perspetivas comportamentais no direito do consumo da UE

De um ponto de vista jurídico, o problema arquimediano de pesquisa em direito do consumo e ciências comportamentais é como incorporar *insights* comportamentais na prática jurídica. Ou seja, a questão mais premente é como um jurista (um juiz, um advogado ou um académico) pode e não pode usar *insights* comportamentais para interpretar o direito e provar fatos.

⁷⁹ Helleringer e Sibony (n. 71); Christoph Busch, “The Future of Pre- Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data” in Christian Twigg-Flesner (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Edward Elgar 2016), 230-38.

As reflexões e inquéritos sobre *nudges*, falhas comportamentais do mercado, etc., continuarão simplesmente a ser peças de informação intelectualmente estimulantes, a menos que sejam incorporadas, introduzidos ou traduzidos em teses e argumentos que sejam juridicamente relevantes. Ou seja, é essencial refletir sobre como incorporar, introduzir ou traduzir *insights* comportamentais na argumentação jurídica.

Este tema tem permanecido principalmente implícito no crescente campo do direito e dos estudos comportamentais⁸⁰. A maioria dos académicos centrou-se em propostas relevantes para a elaboração de políticas e não para a adjudicação. Este foco em amplas e/ou novas implicações políticas é compreensível considerando o quão desafiadores os *insights* comportamentais são para alguns pressupostos comuns sobre o comportamento humano. No entanto, implica o risco de minimizar o potencial dos *insights* comportamentais na prática jurídica, tal como está.

Uma tricotomia proposta num importante relatório do Joint Research Center da Comissão (JRC) é ilustrativa deste ponto. Os autores distinguem três tipos de iniciativas de políticas comportamentais⁸¹: *testadas comportamentalmente* (ou seja, iniciativas baseadas num teste *ad hoc* ou escalonadas após um experimento inicial), *informadas comportamentalmente* (ou seja, iniciativas projetadas explicitamente sobre evidências comportamentais previamente existentes) ou *alinhadas comportamentalmente* (iniciativas que, pelo menos *a posteriori*, podem ser consideradas alinhadas com evidências comportamentais).

Esta classificação é de grande interesse porque sinaliza três maneiras pelas quais os *insights* comportamentais podem ser incorporados no discurso jurídico. Além disso, os autores avançam com a alegação, que obviamente exige mais pesquisas, de que o foco em “aplicações de política comportamental *strictu sensu*” [*sic*] é como olhar apenas para a ponta de um iceberg, com a maioria das iniciativas permanecendo invisíveis sob

⁸⁰ Uma exceção notável é Anne-Lise Sibony, “Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive” (2014) 22 *European Review of Private Law* 901, 932-7.

⁸¹ Joana Sousa Lourenço, Emanuele Ciriolo, Sara Rafael Rodrigues Vieira de Almeida e Xavier Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016* (Serviço das Publicações da União Europeia 2016), 6 (sublinhados adicionados).

a superfície⁸². Igualmente importante é o facto de a classificação não considerar cuidadosamente o ponto de vista jurídico. O critério para a distinção é “o grau em que as considerações comportamentais ajudaram a moldar” as consideradas “iniciativas de política comportamental”⁸³.

As iniciativas políticas são consideradas no relatório de uma forma diferente da forma como os advogados são normalmente treinados para considerá-las – ou seja, como disposições, texto e materiais legais a serem interpretados para atribuir-lhes conteúdo. Ou seja, o que falta é a dimensão do direito como uma prática interpretativa, na qual são dadas razões para justificar uma certa interpretação de uma fonte jurídica.

Enquanto o papel do JRC – intervir na conceção das políticas públicas antes da fase de elaboração – explica esta limitação, juristas não podem restringir a sua atenção de forma semelhante. Além disso, olhar para o direito como uma prática interpretativa é importante do ponto de vista interdisciplinar. Um conceito jurídico não alinhado aos *insights* comportamentais pode ser suficientemente poroso para incorporá-las. Seguindo esta linha de raciocínio, um ponto central da agenda de investigação do direito do consumo e das ciências comportamentais deveria ser encontrar os argumentos mais suscetíveis de tornar o direito poroso do ponto de vista comportamental⁸⁴. Encontrar uma fonte de direito que seja porosa do ponto de vista comportamental abre a possibilidade de usar *insights* comportamentais para a elaboração de argumentos jurídicos interpretativos. Mais precisamente, o que é necessário é identificar conceitos jurídicos que sejam suficientemente porosos para serem usados como pontes inferenciais entre as ciências comportamentais e o discurso jurídico.

A subsecção seguinte centra-se em dois conceitos centrais do direito do consumo da UE, a saber, os conceitos da inferioridade dos consumidores e as imagens que deles se encontram no direito⁸⁵. A subsecção

⁸² Lourenço et al. (n 81), 15.

⁸³ Lourenço et al. (n 81), 15.

⁸⁴ Construo esta expressão sobre a frase “descobrimos que as regras existentes mostram mais porosidade às perceções comportamentais do que se poderia imaginar”; Hellinginger e Sibony (n 71), 613.

⁸⁵ Ver também Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, Fabrizio Esposito, “The Bright and Adventurous Future of Consumer Law Research”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018).

final sugere uma resposta fundamentada na jurisprudência do TJUE ao desafio contra a incorporação de *insights* comportamentais baseadas na incerteza científica.

5.1. Sobre a Porosidade Comportamental das Imagens e Inferioridade dos Consumidores no Direito da UE

A noção de “consumidor médio” e, de um modo mais geral, as imagens do consumidor na legislação da UE são um exemplo de conceitos jurídicos potencialmente porosos do ponto de vista comportamental. Os comentadores veem na jurisprudência do TJUE, especialmente no domínio do direito da livre circulação, um consumidor cujo comportamento se enquadra na teoria da escolha racional. No entanto, a mesma jurisprudência mostra que o Tribunal está comprometido com esta noção porque afirma que é descritivamente correta. A questão encontrou uma análise exaustiva no caso histórico *Gut Springenheide*⁸⁶.

O órgão jurisdicional de reenvio perguntou se o caráter enganador das declarações promocionais deve ser apreciado à luz das “expectativas reais dos consumidores” ou à luz de “um conceito normativo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos”⁸⁷. O TJUE observou que, em processos anteriores relativos a informações enganosas, “o Tribunal de Justiça tomou em consideração a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, sem ter ordenado qualquer exame pericial ou encomendado uma sondagem de opinião”⁸⁸.

O TJUE exprimiu então a opinião de que os juízes nacionais são normalmente competentes o suficiente para fazer o mesmo. Essencialmente para os fins atuais, o TJUE observou que, quando “não dispunha de

⁸⁶ *Gut Springenheide*, C-210/96, EU:C:1998:369. Para comentários que tenham em conta os conhecimentos comportamentais, ver Jens-Uwe Franck e Kai Purnhagen, “Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: Efficiency Analysis and General Principles of EU Law” in Klaus Mathis (ed), *Law and Economics in Europe* (Springer 2015), 338; Sibony (n 80), 907.

⁸⁷ *Gut Springenheide* (n 87) [15].

⁸⁸ *Gut Springenheide* (n 87) [31].

informações necessárias ou em que a solução não parecia impor-se no estado em que se encontravam os autos de que dispunha”, a decisão foi deixada ao critério dos tribunais nacionais. Também para os efeitos atuais, esta delegação implica, em especial, que cabe aos tribunais nacionais decidir se e como incorporar os conhecimentos especializados na sua decisão⁸⁹.

A leitura atenta de *Gut Springenheide* sugere que o TJUE está empenhado em considerar provas empíricas, se recebidas. Com efeito, a norma aplicada pelo Tribunal de Justiça não é apenas a do chamado consumidor razoável, mas a das “presumíveis expectativas” do consumidor razoável. Sendo uma presunção empiricamente fundamentada, é de facto refutável com argumentos empiricamente fundamentados. Num sentido importante, esta observação desafia a atitude crítica de muitos académicos em relação ao direito comunitário em geral e à jurisprudência do Tribunal de Justiça em particular, devido ao seu alegado baixo grau de incorporação de *insights* comportamentais⁹⁰.

Embora outros estudiosos tenham observado que uma tal descrição da relação entre o direito comunitário e, em especial, o conceito de consumidor médio é talvez demasiado simplista⁹¹, a análise anterior do

⁸⁹ *Gut Springenheide* (n 87) [3-37].

⁹⁰ Ver, por exemplo, Giuseppe B. Abbamonte, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition” in Stephen Weatherill e Ulf Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques* (Hart 2007), 24; Hacker (n 4); e Bram B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive* (Springer International 2015), 160-65.

⁹¹ Ver, Stephen Weatherill, “Who is the “Average Consumer”?” em Weatherill e Bernitz (n 90) e Peter Cartwright, “The Consumer Image within EU Law” em Twigg-Flesner (n 79), 204-5. Os elementos da jurisprudência responsáveis em termos de teoria da escolha racional económica são discutidos, por exemplo, em Rossella Incardona e Cristina Poncibò, “The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution” (2007) 30 *Journal of Consumer Policy* 21, 22-6; Irina Domurath, “The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – an Inquiry into the Paradigms of Consumer Law” (2013) 2 *Journal of European Consumer and Market Law* 124, 126-7; Stephen Weatherill, “Empowerment Is Not the Only Fruit” em Dorota Leczykiewicz e Stephen Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Hart 2016), 207-9; Sybe A. De Vries, ‘The Court of Justice’s “Paradigm consumer” in EU Free Movement Law’ em Leczykiewicz e Weatherill (n 91), 408-15.

Gut Springenheide sugere que a decisão vai mais fundo na crítica a este relato. A análise sugere que o TJUE descreve o consumidor razoável como semelhante ao “Econ” apenas com base num compromisso empírico. Assim, o compromisso com a teoria da escolha económica racional na jurisprudência do TJUE – caso exista – não é direto, mas indireto, no sentido de que a imagem do consumidor aceite, de resto, pelo Tribunal de Justiça é a que é oferecida pela teoria da escolha económica racional.

A participação em *Gut Springenheide* sugere uma observação adicional. Em vez de se concentrar no que o “consumidor razoável”⁹² faz segundo o Tribunal, é talvez mais importante analisar os processos, que são considerados muitos⁹³, nos quais o TJUE se tem mostrado inseguro quanto à resposta às questões relativas ao comportamento dos consumidores. Assim, juntamente com as imagens do consumidor na legislação da UE, é talvez tão importante centrarmo-nos nos seus aspetos negativos⁹⁴.

Outro conceito que se reveste de grande importância para a prática do direito do consumo da UE é a inferioridade do consumidor.

Os consumidores são mais fracos do que os seus homólogos profissionais. A jurisprudência do TJUE repete constantemente que a “proteção (...) deve ser dada ao consumidor por se encontrar numa situação de inferioridade face ao profissional, no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação”⁹⁵.

⁹² Helleringer e Sibony (n 71), 617 oferecem a seguinte descrição, clara, completa e concisa: “O consumidor médio é considerado como tendo folga suficiente na sua largura de banda mental para ser “razoavelmente bem informado e razoavelmente atento e circunspecto”. Este sábio comprador não é seriamente afetado pela tendência de não leitura. Ele consulta a Internet para verificar o que está por trás da letra pequena num anúncio atraente e vai ler rótulos de alimentos. Não confia nas aparências e não se deixa enganar facilmente pelas cores. O consumidor médio também não é induzido em erro pela dimensão das marcas promocionais de uma embalagem” (omitidas notas de rodapé).

⁹³ Trzaskowski, “Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive” (2011) 34 *Journal of Consumer Policy* 377, 383-4.

⁹⁴ Sobre os silêncios do TJUE, ver Daniel Sarmiento, “The Silent Lamb and the Deaf Wolves: Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law” em Matej Avbelj e Jan Komárek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart 2012); Suvi Sankari, *European Court of Justice Legal Reasoning in Context* (Europa Law 2013).

⁹⁵ *Air Berlin*, Processo C-290/16, ECLI:EU:C:2017:523, [44].

Neste cenário, os *insights* comportamentais podem ser incorporados argumentativamente de pelo menos duas maneiras. A primeira é explicar como os resultados comportamentais enriquecem a nossa compreensão dos conceitos de poder de negociação e do nível de conhecimento. Por exemplo, poderíamos argumentar que os *nudges* privados exploradores contam como um novo exercício de poder de negociação na transação do consumidor. Esta leitura encontra algum apoio na teoria económica, especialmente no campo da teoria comportamental dos contratos⁹⁶. Considerações semelhantes aplicam-se ao nível de conhecimento. De facto, é plausível argumentar que a sobrecarga de informação é um fenómeno causado por um conceito de custo da informação que é mais amplo do que o tipicamente utilizado para discutir as assimetrias de informação⁹⁷.

Daqui decorre que o conceito de fragilidade do consumidor tem de incluir problemas de sobrecarga de informação, porque estes problemas também conduzem a fragilidades do consumidor em termos de disparidade nos níveis de conhecimento.

Em resumo, esta primeira linha de argumentação tenta incorporar os *insights* comportamentais no conceito de inferioridade dos consumidores – e, a partir daí, no direito comunitário do consumo – através dos conceitos de poder de negociação e nível de conhecimento, atualizando o seu significado à luz dos resultados comportamentais.

Uma segunda estratégia, mas relacionada, consiste em centrar-se diretamente no conceito de inferioridade do consumidor. A premissa desta segunda estratégia é que a inferioridade do consumidor não advém apenas do desequilíbrio do poder de negociação e do acesso à informação. Ou seja, a lista das causas das deficiências dos consumidores apresentada pelo TJUE não é exaustiva.

Este parece ser o caso se tivermos em conta a origem do conceito de vulnerabilidade do consumidor no caso *Buet*. Tratava-se da compatibilidade com o direito comunitário da proibição da prospeção para inscrição

⁹⁶ Botond Koszegi, “Behavioral Contract Theory” (2014) 52 *Journal of Economic Literature* 1075, 1076, designa os contratos de exploração “cujo objetivo exclusivo ou principal consiste em tirar partido dos erros dos agentes”.

⁹⁷ Para uma revisão criteriosa da literatura, ver Andreas Hefti e Steve Heinke, “On the Economics of Superabundant Information and Scarce Attention” (2015) 5 *Economia* 37.

num curso de instrução ou da venda de material didático. O Tribunal considerou que, embora um direito de retratação fosse, em princípio, suficiente para proteger os consumidores em caso de “promoção de vendas ao domicílio”, quando o comprador potencial pertence frequentemente a uma categoria de pessoas que, “por qualquer razão, (...) torna-os especialmente vulneráveis”, uma proibição é justificável⁹⁸.

O direito derivado da União Europeia dá novo apoio a esta linha de raciocínio. Por exemplo, o dever de empréstimo responsável imposto ao sistema financeiro e o dever de contrastar a pobreza energética imposto aos Estados-Membros parecem basear-se em noções amplas de inferioridade dos consumidores, não redutíveis a problemas de poder de negociação ou de assimetria de informação⁹⁹.

As considerações anteriores dizem respeito à forma como os *insights* comportamentais podem ser incorporados na argumentação jurídica no contexto do direito da UE. No entanto, estas considerações não implicam que os argumentos interpretativos que incorporam estas ideias sejam necessariamente bem-sucedidos. É o que acontece sobretudo porque os argumentos teleológicos ou objetivos baseados nas imagens do consumidor ou na inferioridade do consumidor não são o único tipo de argumento utilizado pelo TJUE para justificar as suas decisões. Em alguns casos, a Corte considera que o significado de uma disposição é suficientemente claro para não exigir esse tipo de argumento.

⁹⁸ *Buet e outros contra Ministère public*, Processo C-382/87, ECLI:EU:C:1989:198 [12-13].

⁹⁹ Ver Art. 3(3) Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE [2014] JOL 211/55 e considerando 43 Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE [2009] JOL 211/94. Ver também, sobre o primeiro, Fabrizio Esposito e Stefan Grundmann, “Investor-Consumer or Overall Welfare: Searching for the Paradigm of Recent Reforms in Financial Services Contracts” (2017) *EUI Law Department Research Paper Series*, 2017/5, 30-34 e, sobre o segundo, Marija Bartl, “The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?” (2010) 33 *Journal of Consumer Policy* 225 e Simon Pront-van Bommel, “A Reasonable Price for Electricity” (2016) 39 *Journal of Consumer Policy* 141.

O julgamento nos *Content Services* é um caso ilustrativo da questão¹⁰⁰. Foi perguntado ao Tribunal de Justiça se uma hiperligação a uma página *web* que contenha as condições gerais aplicadas por um profissional pode ser considerada como dando e recebendo informações num suporte duradouro na aceção do n. 1 do artigo 5º da Directiva 97/77/CE. O Tribunal respondeu negativamente. No seu raciocínio, nem a imagem do consumidor, nem o conceito de inferioridade do consumidor desempenha qualquer papel de justificação. A solução é encontrada dando aos termos “fornecer”, “receber” e “suporte duradouro” o seu significado quotidiano (fornecer, receber) e uma interpretação sistemática (suporte duradouro). No entanto, o Tribunal de Justiça esclarece que o termo “[receber] exprime a ideia de que, relativamente à confirmação das informações aos consumidores, basta um comportamento passivo por sua parte”¹⁰¹. Embora a decisão resultante possa oferecer elementos úteis para o desenvolvimento de argumentos jurídicos, o trabalho justificativo não é feito por considerações da imagem dos consumidores ou dos seus pontos fracos. O contrário é verdade: o TJUE extrai considerações sobre a imagem dos consumidores do significado claro da Directiva interpretada.

Esta subsecção debateu algumas formas de a interpretação da legislação da UE poder incorporar os *insights* comportamentais. Mais precisamente, o foco foi nas imagens do consumidor e no conceito de inferioridade do consumidor como possíveis conceitos comportamentalmente porosos – isto é, conceitos que permitem a incorporação de *insights* comportamentais no discurso jurídico. Em primeiro lugar, constatou-se que, sobre o importante tema das imagens do consumidor, o TJUE está empenhado em considerar a evidência empírica, se recebida. Além disso, quando as provas se afiguram inconclusivas, a questão é deixada ao critério dos tribunais nacionais. Este ponto sugere a importância dos casos em que o Tribunal decidiu não acrescentar à sua carteira uma outra imagem do consumidor. Em segundo lugar, argumentou-se que

¹⁰⁰ *Content Services Ltd contra Bundesarbeitskammer*, Processo C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419.

¹⁰¹ *Content Services* (n 100), [35]. Para uma análise mais pormenorizada, ver Joasia Luzak, “Online Disclosure Rules of the Consumer Rights Directive: Protecting Passive or Active Consumers?” (2015) 4 *Journal of European Consumer and Market Law* 79. Ver também Engel e Stark (n 35), 119.

o conceito de inferioridade do consumidor é, sem dúvida, poroso do ponto de vista comportamental de duas formas. Por um lado, como os consumidores são normalmente fracos em termos de poder de negociação e nível de conhecimento, estes dois conceitos podem constituir pontos de partida para uma visão comportamental. Por outro lado, os *insights* comportamentais podem ser utilizados para enriquecer diretamente o conceito de inferioridade do consumidor.

Embora estas considerações estejam longe de ser conclusivas sobre o assunto, no mínimo provam que este tema exige investigação adicional.

5.2. Heterogeneidade dos Consumidores, Incerteza Científica e as Orientações Dadas Pelo TJUE

Uma análise cuidadosa da lei também pode ser útil no debate académico sobre a relevância política dos *insights* comportamentais.

Veja-se, por exemplo, a preocupação premente com a heterogeneidade dos consumidores e, em particular, a distinção doutrinal entre consumidores sofisticados e não sofisticados. Este tipo de heterogeneidade tem duas implicações principais¹⁰². Em primeiro lugar, uma norma aplicável a consumidores sofisticados e não sofisticados implica efeitos redistributivos entre as duas classes. Em segundo lugar, a norma comporta o risco de ser ineficaz ou inútil para muitos consumidores. Neste cenário, alguns argumentam que os *insights* comportamentais só podem ser incorporados no discurso jurídico se forem consideradas suficientemente robustas entre economistas. Ou seja, enquanto houver incerteza científica sobre a existência ou o efeito de um traço comportamental, as considerações sobre o traço comportamental não devem ser incorporadas no discurso jurídico¹⁰³.

¹⁰² Ver, por exemplo, Howells (n.o 74), 357; Oren Bar-Gill e Omri Ben-Shahar, “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law” (2013) 50 *Common Market Law Review* 109, 113-15; Avishalom Tor, “Some Challenges Facing a Behaviorally-Informed Approach to the Directive on Unfair Commercial Practices” em Tihamér Tóth (ed) *Unfair Commercial Practices: The Long Road to Harmonized Law Enforcement* (Pazmany Press 2013), 16-18; Stefan Grundmann, “Targeted Consumer Protection” em Leczykiewicz e Weatherill (n 92), 226-8.

¹⁰³ Por exemplo, consulte Gómez Pomar and Artigot Golobardes (n 5) e Kai Purnhagen, “Regulatory Validity”, in Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, and Fabrizio Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law: A Handbook* (Edward Elgar 2018)

O TJUE abordou ocasionalmente a questão da incerteza científica. Coloca-se, então, a questão de saber se a jurisprudência do Tribunal fornece orientações sobre a matéria. O recente acórdão no processo *Sanofi Pasteur* é particularmente interessante e relevante para os objetivos atuais. O juiz de reenvio francês pediu ao Tribunal de Justiça que fornecesse orientações sobre a forma de decidir sobre uma questão de causalidade entre uma vacinação e o desenvolvimento da esclerose múltipla na ausência de consenso científico sobre o nexo de causalidade entre os dois. Na sua decisão, o Tribunal considerou que o nexo de causalidade é provado quando, considerando todas as provas disponíveis, “um defeito do produto é (...) a explicação mais plausível para a ocorrência do dano”¹⁰⁴. Nesta decisão, o TJUE adota uma atitude muito aberta em relação à incorporação de conhecimentos científicos no direito do consumo e exige que os juízes decidam, com base nas provas disponíveis, qual é a explicação “mais plausível” de um acontecimento.

Aplicada ao problema da incorporação de *insights* comportamentais, a orientação fornecida pelo Tribunal parece ser a seguinte: uma pessoa tem direito a uma alegação que inclua *insights* comportamentais quando a descrição do fenómeno apresentado por essa alegação é a mais plausível disponível. Para ver como isto pode funcionar na prática, tome como exemplo a utilização de caixas pré-selecionadas nas subscrições *online*. Um possível argumento é que as caixas pré-selecionadas constituem um meio adequado para expressar o consentimento contratual. O argumento, no entanto, entra em conflito com a observação de que as *defaults*, como visto acima, são colantes. Assim, é provável que o número de assinantes seja mais elevado se a caixa for previamente assinalada.

Os conceitos comportamentais de inércia e saliência sugerem que é pouco provável que estas pequenas caixas no final ou ao lado de uma página *web* sejam desmarcadas, mesmo que o consumidor não tenha realmente vontade de, por exemplo, comprar um seguro de viagem ou subscrever mais uma *newsletter*.

Como discutido na subsecção anterior, a incorporação de *insights* comportamentais num argumento interpretativo pode não ser suficiente para convencer um juiz de que as caixas previamente preenchidas devem ser

¹⁰⁴ *W.e Outros/Sanofi Pasteur*, Processo C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 [37], ver também [41].

inaplicáveis. No entanto, o artigo 22º da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores estabelece claramente que é esse o caso¹⁰⁵. Nesta ocasião, a decisão foi claramente tomada pela legislação da UE¹⁰⁶. No entanto, o julgamento da Corte em *Sanofi Pasteur* dá muito espaço para construir um argumento contra esta prática com base numa mera revisão da literatura comportamental.

Assim, o discurso jurídico da UE não pode ser protegido contra a incorporação de *insights* comportamentais simplesmente contestando o grau de robustez dos dados subjacentes ou invocando a falta de consenso científico sobre os mesmos. Ou seja, a incerteza científica não é uma razão categórica contra a incorporação de *insights* comportamentais na legislação da UE.

6. Balanço: sugestões para a investigação em matéria de direito europeu do consumo e ciências comportamentais

Este artigo fez duas coisas. Em primeiro lugar, dar orientações sobre como se orientar na crescente literatura sobre direito e ciências do comportamento, especialmente no campo da pesquisa de consumo. Em segundo lugar, apresentar sugestões (talvez instigantes) para questões de investigação no domínio do direito do consumo e das ciências comportamentais. A primeira é indiscutivelmente instrutiva para a segunda. Bases sólidas são úteis para compreender para onde vai o debate e qual o contributo que podemos dar.

Há muito trabalho a ser feito em todos os níveis de investigação (descritivo, axiológico e prescritivo). Ao nível descritivo, a contribuição das outras ciências comportamentais (por exemplo, a psicologia social, a economia, sociologia e antropologia) é largamente inexplorada e muito promissora. Dentro da área mais estabelecida da economia

¹⁰⁵ 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 [2011] JOL 304/64.

¹⁰⁶ Lourenço et al. (n 81), 16.

comportamental, verificou-se que a heurística e a investigação jurídica também têm muito a oferecer.

Ainda mais pormenorizadamente, as falhas comportamentais do mercado são de grande importância para o direito do consumo. A nível axiológico, foi salientado que os quadros baseados na autonomia e no bem-estar enfrentam dificuldades semelhantes na conceptualização das implicações das ciências comportamentais quando se trata do papel das preferências individuais. A este respeito, foi sugerido que o estudioso do direito pode contribuir para este debate refletindo sobre o papel que as preferências individuais realmente desempenham na prática jurídica. Por último, a nível prescritivo, o artigo sublinhou, em primeiro lugar, a oportunidade de desenvolver propostas inteligentes de políticas públicas, como a opção de retratação *default* de (alguns) contratos. Em seguida, enfatizou a necessidade de refletir sobre como otimizar cognitivamente o direito do consumo. O artigo concluiu com algumas propostas sobre o que é, na opinião deste autor, o problema arquimedeu da investigação jurídica em direito e ciências comportamentais, nomeadamente oferecendo a orientação aos membros da comunidade jurídica sobre como incorporar os *insights* comportamentais no discurso jurídico, em particular através da identificação de conceitos jurídicos comportamentalmente porosos.

Uma observação final. Neste contexto, é importante que os juristas mantenham o compasso na direção de perguntas juridicamente relevantes, e como os *insights* comportamentais podem contribuir para lhes dar melhores respostas é digno de ênfase. A este respeito, a conclusão do ponto 5.2 – a legislação da UE está também aberta a conclusões comportamentais incertas – tem consequências particulares para a investigação sobre os consumidores. A relevância jurídica das provas científicas quando não existe consenso científico implica que a investigação jurídica pode contribuir ativamente para a incorporação de *insights* comportamentais no direito do consumo europeu. Se devidamente explorada, esta consideração torna mais provável que os pedidos de financiamento apresentados por académicos do direito, também ao setor privado, sejam bem-sucedidos.

Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*

MADALENA NARCISO

Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestrado Científico em Direito Privado e Metodologia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Tilburg. Doutoranda e professora na Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht. Investigadora no Maastricht European Private Law Institute (MEPLI) e no Maastricht Law and Tech Lab

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados como contraprestação: impossibilidade conceptual ou impossibilidade jurídica? 2.1. Limitações impostas pelo Direito da proteção de dados. 2.1.1. Direito à proteção de dados como direito de personalidade. 2.1.2. Consequências contratuais de dados como contraprestação. 2.2. A opinião 4/2017 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. 2.2.1. Dados como contraprestação – um conceito heterogéneo. 2.2.2. A não-equivalência de dados pessoais a uma prestação monetária (preço). 3. O regime geral de dados como contraprestação na Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais. 2.1. A Proposta de Diretiva. 2.2. A versão final. 2.3. Contradições entre a Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados? 3. Conclusão.

1. Introdução

Todos os dias são celebrados contratos onde o produto (na maioria dos casos, os conteúdos digitais) são fornecidos ao consumidor não a troco de uma prestação pecuniária, mas sim a troco de dados pessoais (contratos a troco de dados)¹. Este tipo de contratos tem, nos últimos

* Este artigo é uma versão resumida e adaptada do *working paper* apresentado no painel ‘Contract law 2020’ na Ius Commune Conference, organizado pela KU Leuven em Lovaina, Bélgica, em novembro de 2019. Para acesso ao artigo original ou para colocar uma questão, contacte a autora através de madalena.narciso@maastrichtuniversity.nl.

¹ Pense-se nos contratos entre o utilizador de redes sociais e as plataformas de redes sociais (por exemplo, Facebook, Snapchat, Twitter), nos contratos de download de aplicações móveis ‘gratuitas’ (como é o caso da aplicação do Google Maps) ou nos contratos de

anos, chamado a atenção do legislador europeu. A definição de dados pessoais pode ser encontrada no Artigo 4/1 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)². Nomeadamente, são considerados dados pessoais todas as informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável. Em dezembro de 2015, reconhecendo o aumento de contratos a troco de dados concluídos por consumidores, a Comissão Europeia propôs uma Diretiva que, pela primeira vez, incluía explicitamente este tipo de contratos no seu âmbito de aplicação³. Em abril de 2018, a Comissão Europeia propôs novas alterações ao Direito dos contratos de consumo europeu e, referindo-se novamente à questão de dados como contraprestação, afirmou que dado o aumento do valor económico dos dados pessoais, esses serviços não podem ser considerados como «gratuitos»⁴.

No entanto, de um ponto de vista jurídico – tanto legislativo como doutrinário –, não é pacífico ou claro que dados possam funcionar como contraprestação contratual. A doutrina europeia diverge sobre o assunto, apesar de, recentemente, existir uma transição notória no sentido da adoção desta perspetiva⁵. A relevância do tratamento doutrinário

utilização de websites (como é o caso da navegação no Youtube). Especialmente sobre este último, veja-se Eliza Mik, “Contracts governing the use of websites.” *Singapore Journal of Legal Studies* (2016).

² Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

³ Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD).

⁴ 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, COM/2018/185 final – 2018/0090 (COD), p. 3.

⁵ Sobre o tema, entre outros, ver Axel Metzger, “Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?”, 8 *JIPITEC* 2 (2017); Giuseppe Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *European Review of Contract Law*, (2018); Philipp Hacker,

deste tópicos não pode ser subestimada: para além de, hoje em dia, um número elevado de contratos (de consumo e não só) de fornecimento de conteúdos digitais serem concluídos a troco de dados pessoais, há outros modelos de negócio emergentes que expandem a utilização de dados pessoais como contraprestação a outros contratos. Por exemplo, contratos onde se adquirem produtos ou serviços *offline* (e não conteúdo digital) a troco de dados pessoais. A título ilustrativo, veja-se o caso da Shiru Cafe, uma cadeia japonesa com estabelecimentos comerciais também na Índia e nos Estados Unidos que decidiu ‘oferecer’ café a troco de dados pessoais dos clientes, tais como o nome, data de nascimento e experiência de trabalho⁶.

Outro exemplo prende-se com a crescente consciência por parte dos consumidores do valor económico da sua privacidade e dos seus dados pessoais. Hoje em dia, existem vários serviços oferecidos a utilizadores que queiram diretamente lucrar com base na venda dos seus dados pessoais. Alguns destes serviços funcionam como bancos de dados pessoais ou como um serviço de investimento: o utilizador ‘deposita’ os seus dados pessoais na plataforma, a plataforma encontra um comprador para os dados do utilizador (que são anonimizados e agregados com os dados dos restantes utilizadores) e o utilizador recebe, normalmente, tokens (ou cripto moedas) em troca dos seus dados⁷. Por exemplo, a premissa da Weople é que os dados pessoais de cada utilizador (tais como o número de ‘gostos’ que o utilizador coloca em publicações nas redes sociais ou descontos que o utilizador receba ao utilizar cartões personalizados de supermercados) estão, neste momento, a gerar lucro para alguém. A questão que a Weople coloca é por que razão esse ‘alguém’ não é o consumidor-utilizador. Desta maneira, este serviço (e outros serviços do mesmo género) transformam o que, da perspectiva do consumidor-

“Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive.”, disponível no SSRN 3391772 (2019); Madalena Narciso, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law.”, *Journal of European Consumer and Market Law* 6.5 (2017); Carmen Langhanke and Martin Schmidt-Kessel, “Consumer data as consideration.”, *Journal of European Consumer and Market Law* 4.6 (2015).

⁶ <https://global.shirucafe.com/student.php>.

⁷ Este exemplo corresponde ao modelo de negócio da Weople, disponível em <https://weople.space/en/>.

-utilizador, são normalmente práticas obscuras em negócios lucráveis e transparentes.

Não é difícil imaginar uma realidade próxima onde mais e mais contratos de venda de bens ou serviços sejam concluídos utilizando dados como uma contraprestação em vez de dinheiro. Tudo isto indica que a construção social de contratos está a evoluir, o que, por sua vez, significa que a construção jurídica de contratos ‘gratuitos’ deve sofrer uma alteração de paradigma⁸. Contudo, para determinar o regime aplicável a contratos em troca de dados, é necessário desenvolver o conceito jurídico de dados como contraprestação. É neste contexto que o presente artigo se insere. Esta breve reflexão introduz o papel do Direito dos contratos na regulação da utilização de dados pessoais como elemento fulcral de atuais modelos de negócio. Em primeiro lugar, este artigo discute alguns obstáculos levantados em relação à aceitação de dados como contraprestação. Em segundo lugar, este artigo discute brevemente a Diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (Diretiva sobre conteúdos digitais)⁹ e o regime que veio estabelecer no que toca a contratos a troca de dados¹⁰. Cumpre, todavia, salientar que esta perspetiva, mesmo do ponto de vista contratual, ficará sempre incompleta sem uma análise conjunta de outros ramos do Direito, tais como o Direito da proteção de dados e Direitos reais, que não será aqui feita¹¹.

⁸ Axel Metzger (op. cit. 7) página 2.

⁹ 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 (Texto relevante para efeitos do EEE.) JO L 136 de 22.5.2019, p. 1-27.

¹⁰ A Diretiva, recentemente aprovada, deverá ser transposta até julho de 2021 e entrará em vigor em janeiro de 2022.

¹¹ Por exemplo, determinar se as partes têm direitos reais sobre dados pessoais contratualmente transmitidos – e, em caso de resposta positiva, quais – influenciará também o regime contratual ou a necessidade de adaptação do regime contratual. O conceito de *data ownership* tem sido bastante discutido pela doutrina europeia. Ver, entre outros, Eric Tjong Tjin Tai, ‘Data ownership and consumer protection’, 7 *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 4 (2018).

2. Dados como contraprestação: impossibilidade concetual ou impossibilidade jurídica?

Como foi mencionado acima, não é pacífico que dados possam funcionar como contraprestação num contrato entre um consumidor e um comerciante. Existem várias razões para a falta de clareza nesta questão. A principal razão advém de uma (aparente) colisão entre o Direito da proteção de dados e o Direito da privacidade (*privacy law*) de um lado e o Direito das obrigações e o Direito dos contratos do outro.

2.1. Limitações impostas pelo Direito da proteção de dados

O direito à privacidade e à proteção de dados é um direito fundamental, constando, por exemplo, dos Artigos 7 e 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹². Por essa razão, de acordo com a perspetiva tradicional de Direito da proteção de dados (que transparece, aliás, no atual Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), a lei não devia reconhecer ao indivíduo a possibilidade de comercializar o seu direito à privacidade¹³. Esta perspetiva postula que o legislador e os tribunais considerem os contratos a troco de dados como ilegais¹⁴. Ilustrando este ponto, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) salientou recentemente que contratos a troco de dados não deverão ser considerados válidos, tal como não o são contratos de venda de órgãos humanos¹⁵. Este tipo de argumentação – cuja premissa implícita é a proibição da contratualização de direitos fundamentais – abre a porta a considerar contratos a troco de dados inválidos não só por serem ilegais

¹² Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

¹³ Este argumento transparece, também, na opinião 4/2017 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados.

¹⁴ Philipp Hacker (op. cit. 7), p. 10.

¹⁵ Opinião 4/2017 AEPD, p. 7. Uma das frases mais representativas da controvérsia sobre este tema é exatamente a que compara contratos a troco de dados com contratos a troco de órgãos humanos – “[t]here might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation”.

mas por também serem contrários à ordem pública¹⁶. Recentemente, HACKER pronunciou-se sobre o assunto, contrariando este argumento e afirmando que o Direito da proteção de dados não considera a transferência de dados do consumidor para a contraparte ilegal ou proibida, mas que considera apenas que algumas práticas relacionadas com essa transferência podem ser ilegais¹⁷. Isto significa que, se as regras impostas por instrumentos do Direito da proteção de dados (como o RGPD) forem observadas, não parece haver razão para considerar ilegal (nem, portanto, inválido) o contrato concluído a troco de dados¹⁸.

2.1.1. Direito à proteção de dados como direito de personalidade

Assim, do ponto de vista jurídico, dados podem ser caracterizados como uma contraprestação contratual válida, mas com limitações impostas pelo Direito da proteção de dados. Outros exemplos existem de contraprestações com limitações de Direito público ou especificamente de direitos fundamentais; por exemplo, direitos relativos à propriedade intelectual ou direitos de personalidade¹⁹. Relativamente a este último exemplo, cumpre salientar que um dos traços comuns à maior parte dos sistemas de *civil law* é a aceitação da disponibilidade contratual de direitos de personalidade²⁰. No entanto, o regime aplicável a contratos sobre direitos de personalidade adota traços diferentes de outros regimes contratuais. Por exemplo, no caso português, o Artigo 81 do Código Civil estabelece que limitações contratuais ao exercício de um direito de personalidade são nulas no caso de tais limitações serem contrárias aos princípios de ordem pública. Desta formulação é possível retirar que a lei portuguesa não considera todas as limitações contratuais aos direitos de personalidade imediatamente nulas por contradições de princípios de ordem pública. As limitações aos direitos de personalidade que não

¹⁶ Nos termos do Artigo 280 do Código Civil.

¹⁷ Philipp Hacker (op. cit. 7), p. 10.

¹⁸ Para um maior desenvolvimento desta linha de argumentação, ver Philipp Hacker (op. cit. 7) pp. 11 e 12.

¹⁹ Desenvolvendo este argumento, Giuseppe Versaci (op. cit. 7).

²⁰ Giuseppe Versaci (op. cit. 7) p. 387.

contrariem princípios de ordem pública são válidas. Mais relevante é a segunda parte do Artigo 81: qualquer limitação contratual dos direitos de personalidade é sempre revogável. Esta norma significa que contratos que limitem direitos de personalidade são sempre unilateralmente rescindíveis pela parte que limita os seus direitos de personalidade, desde que indenize os prejuízos causados à outra parte por frustração de legítimas expectativas. Ora, dados pessoais são inerentes à personalidade individual e o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais encontra até base legal no Artigo 80 do Código Civil²¹.

A defesa do direito fundamental à privacidade e à proteção de dados não é incompatível com uma proteção dos dados pessoais através do Direito das obrigações e dos contratos: na verdade, parecem, na minha opinião, ser complementares. Considerar dados como uma contraprestação e reconhecer os direitos e deveres que daí advêm não implica uma renúncia aos direitos conferidos, pelo exemplo, pelo RGPD – os dois regimes devem ser (e são, neste momento) conciliáveis²². Na minha opinião, a questão fulcral não é apenas se dados podem ser jurídico-concetualmente considerados uma contraprestação, mas sim quais são as consequências contratuais de olhar para dados como uma contraprestação²³.

2.1.2. Consequências contratuais de dados como contraprestação

Falar de dados como uma contraprestação num contrato (de consumo ou não) implica consequências jurídicas importantes. Em primeiro lugar,

²¹ Neste sentido, Giuseppe Versaci (op. cit. 7) p. 386.

²² Para um desenvolvimento deste ponto, ver abaixo ponto 3.

²³ Em sistemas jurídicos da família da *common law* (tal como é o caso, na Europa, da Inglaterra ou do País de Gales), a questão torna-se mais urgente. Para considerar um acordo entre partes como um contrato, é necessário o elemento da *consideration* (consideração) – um *quid pro quo*, uma contrapartida de ambas as partes (sobre a definição de *consideration* ver, entre muitos outros, o caso *Currie v Misa* de 1875). Ver Ewan McKendrick, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, 7 edição, Oxford University Press (2016) p. 147. Desta maneira, a qualificação de dados pessoais como uma contraprestação contratual não influencia apenas o regime específico aplicável ao contrato, mas a própria classificação do acordo como um contrato.

como bem salienta METZGER, olhar para dados como uma contraprestação em contratos sinalagmáticos intensifica os direitos e deveres das partes²⁴. Apesar de em sistemas jurídicos que adotam uma perspectiva de *civil law* a questão ser menos urgente, não deixa de ser controversa e relevante: para além dos aspetos já referidos, classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito. De acordo com PAIS DE VASCONCELOS, um contrato oneroso implica um sistema de contrapartidas, sendo que '(...) a contrapartida é o corresponsivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor (...)'²⁵. Esta classificação, por sua vez, influencia o regime jurídico aplicável: por exemplo, por força do Artigo 939 do Código Civil, o regime do contrato de compra e venda aplica-se *mutatis mutandis* a outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens, desde que tal regime seja conforme com a natureza desse contrato²⁶. Por outro lado, se dados não forem reconhecidos como uma contrapartida contratual, então temos um contrato gratuito, 'em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral'²⁷. O regime da doação representa os traços gerais do regime aplicável a contratos gratuitos.

A principal diferença entre os regimes jurídicos aplicáveis a contratos onerosos (representados pelo contrato de compra e venda) e a contratos gratuitos (representados pelo contrato de doação) é a nível da responsabilidade contratual e dos meios de ressarcimento. Num contrato de doação, de acordo com o Artigo 957 do Código Civil, o doador não é responsável por vícios da coisa doada, excetuando nos casos em que tenha agido com dolo ou nos casos em que tenha expressamente assumido a responsabilidade. Em contrapartida, num contrato de compra e venda, o vendedor responde pelos vícios da coisa e, nomeadamente,

²⁴ Axel Metzger (op. cit. 7) p. 8.

²⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6 edição, Almedina (2010), p. 447.

²⁶ O regime aplicável a contratos de prestação de serviços não tipificados no Código Civil é o do mandato (Artigo 1156 do Código Civil). O regime jurídico do contrato de mandato também estabelece diferenças consoante o mandato seja gratuito ou oneroso (ver, por exemplo, o Artigo 1172/c) do Código Civil).

²⁷ Pedro Pais de Vasconcelos (op. cit. 25) pp. 447-448.

pode ter o dever de indemnizar, de reparar ou substituir a coisa ou de reduzir o preço (Artigos 913 e seguintes do Código Civil). Isto significaria que, por exemplo, considerar contratos a troco de dados como um contrato gratuito desprotegeria o consumidor, que, na perspectiva da lei, estaria a receber um bem, serviço ou conteúdo digital sem sofrer qualquer perda patrimonial e, portanto, teria um acesso mais limitado a mecanismos de ressarcimento²⁸. Outras diferenças no regime jurídico aplicável a contratos gratuitos e onerosos podem ser observadas no Artigo 237 do Código Civil, que estabelece critérios de interpretação diferentes consoante o contrato seja gratuito ou oneroso. Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece a interpretação menos gravosa para o disponente em contratos gratuitos e a interpretação que conduzir ao maior equilíbrio das prestações nos contratos onerosos²⁹.

2.2. A opinião 4/2017 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados

Em março de 2017, a AEPD emitiu a sua Opinião sobre a proposta de Diretiva sobre conteúdos digitais. A perspectiva defendida pela AEPD nessa Opinião representa as dificuldades concetuais que o Direito da proteção de dados enfrenta relativamente à aceitação de dados pessoais como contraprestação. Apesar de a AEPD ter aplaudido a iniciativa da Comissão Europeia relativa à proteção contratual de consumidores que fornecem dados pessoais em troco de serviços, a Autoridade referiu, para além dos aspetos já referidos, dois pontos de relevo³⁰.

²⁸ Condenando esta solução, Philipp Hacker (op. cit. 7) p. 12.

²⁹ Evidentemente, esta regra não impede a aplicação da regra *contra proferentem* com origem no Artigo 5 da Diretiva relativa a cláusulas abusivas. De acordo com esta norma, no caso de dúvida sobre a interpretação de um termo contratual, prevalece o sentido mais favorável ao consumidor, independentemente da classificação do contrato como gratuito ou oneroso.

³⁰ A posição oficial da AEPD tem sido a de apelar a uma maior cooperação e sinergia entre direito da proteção de dados e direito dos contratos. Ver, por exemplo, Opinião 4/2017, p. 7 e p. 10.

2.2.1. Dados como contraprestação – um conceito heterogêneo

Num contrato com um profissional, o consumidor-utilizador fornece diferentes tipos de dados pessoais ou, melhor dizendo, fornece dados pessoais para diferentes finalidades. Os mesmos dados pessoais podem ser utilizados para efeitos de execução do contrato (por exemplo, a morada do consumidor é essencial para cumprir um contrato de compra e venda à distância, porque o comerciante tem de enviar o bem para a morada do consumidor), para cumprir requisitos impostos pela lei ou para efeitos de publicidade personalizada. Dados que funcionam como contraprestação são dados que são utilizados para outros fins que não a execução do contrato e o cumprimento da lei, mas sim que funcionam como uma verdadeira contrapartida ou compensação (no sentido não técnico) do credor. Por outras palavras, ‘dados como contraprestação’ não é um conceito homogêneo – nem todo o tratamento de dados (ou nem todas as finalidades) significará que há uma contraprestação. É também importante realçar que o mesmo tipo e quantidade de dados pessoais recolhidos através de contratos ‘gratuitos’ (a troca de dados) são recolhidos também através de contratos pagos³¹. Isto significa que se dados forem considerados como uma contraprestação em contratos ‘gratuitos’ (isto é, em contratos onde não há mais qualquer outra contraprestação), então, logicamente, terão também de ser considerados uma contraprestação em contratos onde também existe uma contraprestação monetária.

A dificuldade está em entender, da perspetiva do consumidor, mas também da perspetiva dos tribunais, que finalidades têm os dados recolhidos e, mais do que isso, que finalidades justificam o tratamento dos dados como uma contraprestação. A solução passa por uma maior transparência dos comerciantes no que toca às finalidades específicas do tratamento dos dados recolhidos. No entanto, não só essas finalidades são formuladas em termos genéricos e pouco concretos nas políticas de privacidade e nos termos de serviço, como também a maioria das plataformas *online* não caracteriza explicitamente dados como uma

³¹ Veja-se, por exemplo, o caso do Spotify Premium e do Spotify grátis: a política de privacidade mostra como os dados recolhidos em ambos os casos são os mesmos.

contraprestação, mas utiliza expressões equivalentes³². A necessidade desta diferenciação entre os vários ‘tipos’ de finalidades é ilustrada pelo Artigo 6 do RGPD. O Artigo 6 do RGPD requer o consentimento do titular dos dados caso o tratamento de dados não se enquadre numa das restantes bases legais para a licitude do tratamento (que incluem, para além das duas já mencionadas, necessidade para defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, necessidade no exercício de funções de interesse público ou para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento). Só em situações em que os dados funcionem como uma contrapartida é que poderão ser considerados uma contraprestação. A falta de critérios na lei para diferenciar entre os vários tipos de dados (ou as várias finalidades para que são usados) no que toca ao seu regime contratual foi, aliás, uma das críticas justamente traçadas pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados na sua opinião 4/2017³³.

2.2.2. A não-equiparação de dados pessoais a uma prestação monetária (preço)

A AEPD salientou também que o papel de dados num contrato não pode ser comparado a uma prestação monetária (por exemplo, o preço que se paga por uma casa ou por uma garrafa de água)³⁴. Este é um ponto

³² Veja-se, por exemplo, o caso do Facebook, que refere nos seus termos de serviço que ‘[n]ão te será cobrada a utilização do Facebook ou de outros produtos e serviços abrangidos por estes Termos’ mas que, ‘[e]m vez disso, os negócios e organizações pagam-nos para te apresentar anúncios dos seus produtos e serviços’. Mais adiante, os termos de serviço do Facebook explicam que ‘[u]tilizamos os teus dados pessoais para ajudar a determinar os anúncios que te serão apresentados’, pelo que há uma clara ideia de contrapartida subjacente estabelecida entre o serviço prestado pelo Facebook e os dados fornecidos pelos utilizadores do Facebook. Ver <https://www.facebook.com/legal/terms> para “www.facebook.com/legal/terms”.

³³ Opinião 4/2017, pp. 9 e seguintes.

³⁴ Uma das razões invocadas pela AEPD relativamente à diferenciação entre prestações pecuniárias e prestações consistentes de dados pessoais foi a incapacidade dos consumidores em calcular o valor dos seus dados pessoais. Este argumento não parece inabalável: para além de o valor de dados pessoais ser mais e mais investigado e discutido tanto academicamente

válido, também da perspectiva do Direito das obrigações. A resposta à questão de saber se dados podem ser comparados a um preço é, também na minha opinião, tendencialmente negativa. Há várias características típicas de prestações monetárias que não estão presentes no que toca a prestações de dados pessoais. Em primeiro lugar, uma prestação monetária representa uma perda patrimonial na esfera do devedor. No entanto, não é claro que o fornecimento de dados pessoais represente qualquer perda patrimonial (pelo menos direta) no património do consumidor: os dados pessoais (dependendo, claro, do tipo de dados fornecidos no caso concreto) são bens inesgotáveis. Por exemplo, fornecer o meu endereço de email ou a minha lista de contatos no telemóvel a um determinado vendedor não impossibilita que eu faça o mesmo com os 10 vendedores seguintes. O valor dos meus dados pessoais, no meu património, não ficou diminuído. Este argumento é, aliás, outra das razões que alimenta a controvérsia gerada em volta da aceitação de dados como contraprestação³⁵. No entanto, o fornecimento de dados pessoais pelo consumidor ao comerciante importa, até certa medida, uma perda de privacidade. Para além disso, o fornecimento de dados pessoais representa indubitavelmente um ganho patrimonial na esfera do credor. Hoje em dia, é inegável que os dados pessoais dados pessoais são comercializáveis e, mais do que isso, comercializados. Por outras palavras, dados pessoais têm um valor económico determinável, tanto da perspectiva dos comerciantes como dos consumidores³⁶.

Estudos recentes têm discutido diferentes métodos de aferição do valor de dados pessoais³⁷. Evidentemente, o valor concreto dos dados pessoais recolhidos por empresas não é, geralmente, conhecido, porque

como na vida pública, parece que é também um problema simples de resolver, nomeadamente impondo maiores deveres de transparência aos comerciantes.

³⁵ Opinião 4/2017, pp. 9 e seguintes.

³⁶ Determinar o valor de dados pessoais como contraprestação é relevante não apenas para informar as expectativas dos consumidores relativamente aos produtos ou serviços que estão a adquirir, mas principalmente no que toca ao ressarcimento das partes no caso de incumprimento ou rescisão do contrato.

³⁷ Ver, por exemplo, Alessandro Acquisti, Curtis Taylor and Liad Wagman, 'The Economics of Privacy' 54 *Journal of Economic Literature* (2016) e Cass Sunstein and Angela Winegar, "How Much Is Data Privacy Worth? A Preliminary Investigation." (2019), disponível no SSRN.

as empresas não revelam números exatos. Contudo, é possível afirmar que o grau de personalização dos dados pessoais afeta o seu valor: quanto mais personalizados (ou quanto mais ‘pessoais’), maior o valor³⁸. Um dos métodos discutidos é, por exemplo, o de dividir os lucros da empresa pela quantidade de *data records* ou utilizadores³⁹. Se aplicarmos este método ao Facebook, no ano de 2015, concluímos que o Facebook recebeu aproximadamente 10\$ de receita através de publicidade por utilizador⁴⁰. Para além disso, um relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) de 2013 divulgou o preço de mercado de, por exemplo, uma morada (0.50\$) ou de uma data de nascimento (8\$)⁴¹. Finalmente, para além dos argumentos de origem económica, de um ponto de vista sistemático a noção de preço no Direito Europeu dos contratos de consumo não engloba dados pessoais: veja-se o Artigo 2/7 da recente Diretiva sobre o fornecimento de conteúdos digitais, que define preço como ‘o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos’.

A classificação de dados pessoais como contraprestação como sendo algo diferente do conceito jurídico de ‘preço’ tem importantes consequências. Por exemplo, HACKER arguiu que o Artigo 4/2 da Diretiva relativa a cláusulas abusivas deve ser interpretado restritivamente⁴², de maneira a que não seria aplicável a cláusulas que regulem o fornecimento de dados como uma contraprestação⁴³. O Artigo 4/2 da Diretiva relativa

³⁸ Philipp Hacker and Bilyana Petkova, “Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* (2017), p. 24.

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ OCDE, ‘Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value’

(2013), pp. 18 e seguintes. No entanto, tal como salienta Hacker, estes preços não são refletidos exatamente o valor dos dados per se, visto que estes preços se referem a mercados ilegais e, portanto, refletem também outro tipo de custos, como os custos equivalentes ao acrescido risco de deteção e castigo. Ver Philipp Hacker (op. cit. 7) p. 6.

⁴² Philipp Hacker (op. cit. 7) p. 17.

⁴³ É importante realçar que este artigo considera que políticas de privacidade são cláusulas contratuais que regulam a relação entre o consumidor (titular dos dados) e o

a cláusulas abusivas determina que a avaliação do caráter abusivo de uma cláusula não pode incidir sobre a adequação entre o preço (ou remuneração) e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida. Esta interpretação restritiva permitiria aos tribunais avaliar o caráter abusivo de cláusulas relativas ao tratamento de dados. Como bem salienta HACKER, isso significaria que a cláusula contratual que regule a recolha e tratamento de dados possa, em certos casos, ser considerada abusiva se, por exemplo, originar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações decorrentes do contrato. Este é, aliás, mais um dos argumentos no sentido da compatibilidade e complementaridade da proteção de dados enquanto direito fundamental sob o Direito da proteção de dados e sob o Direito dos contratos.

3. O regime geral de dados como contraprestação na Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais

A Diretiva sobre o fornecimento de conteúdos digitais regula contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais (Artigo 1). Nomeadamente, a Diretiva estabelece regras quanto à determinação da conformidade contratual, quanto a meios de ressarcimento em caso de incumprimento e quanto ao fornecimento de conteúdos digitais (Artigo 1). Para além de inovar por ser o primeiro instrumento da UE a regular exclusivamente contratos de conteúdo digital, esta Diretiva veio consolidar a alteração do paradigma dos contratos ‘gratuitos’ (contratos a troco de dados) ao incluí-los explicitamente no seu âmbito de aplicação (Artigo 3). No entanto, houve diferenças assinaláveis entre a versão proposta e a versão adotada.

3.1. A Proposta de Diretiva

A versão inicialmente proposta pela Comissão Europeia aplicar-se-ia a contratos em que o consumidor fornecesse outra contrapartida que

comerciante (responsável pelo tratamento, nos termos do Artigo 4(7) do RGPD). Neste sentido, ver também Axel Metzger (op. cit. 7) p. 4.

não dinheiro, sob a forma de, por exemplo, dados pessoais (Artigo 3). A Diretiva incluía, explicitamente, o termo ‘contrapartida’ (na versão inglesa, ‘counter-performance’; na versão francesa, ‘contrepartie’) no seu Artigo 3/1, referente ao âmbito de aplicação da Diretiva⁴⁴. Nessa medida, os dados fornecidos pelo consumidor em troca de conteúdos ou serviços digitais eram explicitamente caracterizados como uma contrapartida ou contraprestação. Em parte devido a este aspeto, a proposta de Diretiva sobre conteúdos digitais foi, inicialmente, bastante criticada. Outro motivo de crítica foi o facto de a proposta de Diretiva adotar uma noção restritiva de consumidores que ‘pagam’ com dados. A proposta de Diretiva excluía do seu âmbito de aplicação dados pessoais fornecidos passivamente pelo consumidor. Por outras palavras, a proposta de Diretiva aplicar-se-ia, apenas, a consumidores que fornecessem ativamente outra contrapartida que não dinheiro. Esta exclusão foi considerada pouco delimitada, injustificada e contraproducente, visto que, em primeiro lugar, a proposta de Diretiva não definia o termo ‘ativamente’ e, em segundo lugar, colocava o consumidor numa posição duplamente prejudicial: o consumidor não só fornecia dados ‘passivamente’ (e, possivelmente, sem consciência de o estar a fazer) como, conseqüentemente, não usufruía da proteção sugerida pela proposta de Diretiva⁴⁵.

3.2. A versão final

No entanto, a versão final da Diretiva gerou uma confusão adicional à volta do tema, porque não utiliza a expressão ‘contraprestação’, ao contrário do que sucedeu na versão proposta⁴⁶. De facto, como resposta

⁴⁴ O Artigo 3/1 da proposta de Diretiva lia ‘[a] presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados’.

⁴⁵ Sobre a crítica da proposta de Diretiva, ver Madalena Narciso (op. cit. 7), pp. 201 e seguintes.

⁴⁶ A versão adotada do Artigo 3/1 dizia 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’.

à Opinião 4/2017 da AEPD, a versão final eliminou não só qualquer referência ao termo ‘contrapartida’ do seu Artigo 3 como também eliminou qualquer elemento indicador de um sinalagma ou de uma troca recíproca⁴⁷. Para além disto, o atual Artigo 3 não distingue entre dados ativamente fornecidos e passivamente fornecidos, o que significa que ambos estão cobertos pela Diretiva. No entanto, os exemplos mencionados no Preâmbulo 24 permanecem exemplos de dados ativamente fornecidos. Interessantemente, o Artigo 3/1, interpretado conjuntamente com o Preâmbulo 25, estabelece que a Diretiva não é aplicável a situações em que o profissional recolhe dados pessoais exclusivamente com o objetivo de executar o contrato ou para efeitos de cumprimento das obrigações legais. Para além disso, a Diretiva também não é aplicável a casos de recolha de metadados (isto é, dados sobre dados) nem a casos em que o consumidor seja exposto a anúncios publicitários de modo a aceder a um determinado conteúdo ou serviço digital. Como vimos, estas finalidades não carregam o elemento necessário de ‘contrapartida’ e, portanto, nenhuma destas situações é considerada abrangida pela Diretiva porque em nenhuma destas situações dados desempenham um verdadeiro papel de contraprestação.

A principal inovação da Diretiva é o estabelecimento claro e inequívoco, no Artigo 14, de meios de ressarcimento em caso de incumprimento do contrato onde o consumidor ‘pagou’ com dados. Em caso de uma prestação desconforme com o contrato, o consumidor tem direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade (por exemplo, através de um *update*) ou a rescindir o contrato. A maior diferença entre contratos em que o consumidor paga com dinheiro e contratos em que o consumidor paga com ‘dados’ é que, no primeiro caso, o consumidor tem também direito, em caso de falta de conformidade, a uma redução do preço. Para além disto, em contratos onde o consumidor paga com dinheiro, não é permitido ao consumidor rescindir o contrato se a falta de conformidade for menor (ou seja, se a falta de conformidade não for suficientemente séria para justificar a rescisão do contrato). Isto não se verifica se o consumidor ‘pagar’ com dados: qualquer falta de

⁴⁷ É de salientar que, apesar de a versão portuguesa da Diretiva ter mantido a expressão ‘contrapartida’ em vários preâmbulos – se bem que, como foi dito, não no Artigo 3 –, as versões inglesa e francesa eliminaram qualquer referência ao termo.

conformidade, por mais insignificante que seja, permite ao consumidor rescindir o contrato, de acordo com o Artigo 14/6. Esta norma é justificada pela necessária coordenação com o RGPD. De acordo com o Artigo 7/3 do RGPD, o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento relativo ao tratamento dos seus dados pessoais a qualquer momento e o consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar. Na opinião 4/2017, a AEPD alertou para a necessidade de a então proposta de Diretiva não acrescentar requisitos desnecessários que pudessem restringir a livre escolha do titular de dados e o seu direito de retirar o consentimento⁴⁸.

Os Artigos 15, 16 e 17 da Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais regulam as obrigações do profissional e do consumidor em caso de rescisão. Interessantemente, o Artigo 16/2 remete as consequências contratuais da rescisão no que toca aos dados pessoais para o RGPD. Isto significa que os consumidores que ‘pagam’ com dados (e, evidentemente, também os que pagam com dinheiro, mas que também fornecem dados) têm direito ao apagamento dos dados (‘direito a ser esquecido’) e o direito à portabilidade dos dados, por virtude dos Artigos 17 e 20 do RGPD e por virtude da decisão de rescisão do contrato. Os restantes direitos das partes – e restantes regras sobre mecanismos de ressarcimento, como por exemplo a obrigação de indemnização – fica na disponibilidade dos Estados-membros.

3.3. Contradições entre a Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados?

O Artigo 7/4 do RGPD parece diretamente proibir a noção de dados como contraprestação, na medida em que estabelece que o consentimento para recolha e tratamento dos dados pessoais deve ser dado livremente. Para determinar se o consentimento foi dado livremente, o Artigo 7/4 impõe que se verifique ‘(...) com a máxima atenção (...)’ se a prestação do serviço está subordinada ao consentimento para tratamento de dados pessoais não necessários para a execução do contrato.

⁴⁸ Opinião 4/2017, pp. 14 e seguintes.

Como vimos acima, esta finalidade – externa à simples execução do contrato – é exatamente o que caracteriza e justifica a existência de dados pessoais como contraprestação. Isto significa que a noção de livre consentimento estabelecida no RGPD parece contrariar a noção de dados como contraprestação da Diretiva sobre o fornecimento de conteúdos digitais. Por outras palavras, o RGPD parece estipular que não se pode considerar haver livre consentimento se os dados são fornecidos como condição de acesso ao serviço. Ao mesmo tempo, o Artigo 3/8 da Diretiva determina que o RGPD prevalece sobre a Diretiva em caso de conflito. METZGER pronunciou-se recentemente sobre este assunto, defendendo que a expressão utilizada no Artigo 7/4 RGPD é flexível e que, portanto, não estabelece diretamente uma proibição de dados como contraprestação⁴⁹. De acordo com a versão inglesa da Diretiva, a obrigação é apenas a de ‘verificar com a máxima atenção’ (ou, em inglês, ‘utmost account should be taken’) se a prestação de serviço está subordinada ao consentimento. Assim, de acordo com METZGER, existe apenas uma obrigação de ‘(...) prestar especial atenção à natureza voluntária do consentimento do consumidor, quando este consentimento é dado no contexto de uma relação contratual’⁵⁰. Para além disto, há autores que afirmam que a possibilidade de o consumidor unilateralmente retirar o consentimento para tratamento dos dados (o que se traduziria num direito de rescisão unilateral) enfraquece a classificação de dados como contraprestação. No entanto, como vimos, o mesmo sucede com contratos que limitem direitos de personalidade: o titular dos direitos de personalidade tem sempre o direito de unilateralmente rescindir o contrato.

Finalmente, o preâmbulo 48 da Diretiva esclarece que o incumprimento do RGPD – incluindo os princípios fundamentais – pode significar uma falta de conformidade contratual. Contudo, o preâmbulo também esclarece, *a contrario*, que nem todas as faltas de conformidade com o RGPD significarão faltas de conformidade com os requisitos de conformidade objetivos ou subjetivos do contrato. Isto significa que

⁴⁹ Axel Metzger (op. cit. 7) p. 5.

⁵⁰ Ibid. Metzger refere que há vários fatores que podem indiciar um consentimento voluntário (e não condicional), como o facto de haver serviços concorrentes ou o caráter não-essencial do serviço para o consumidor.

há um alto grau de incerteza sobre o que acontece ao contrato se o profissional/responsável pelo tratamento violar o RGPD.

4. Conclusão

Apesar de ainda haver algum debate sobre se dados pessoais podem funcionar como uma contraprestação, a questão principal deve mover-se no sentido de entender como é o que o atual regime do Direito dos contratos em geral e do Direito dos contratos de consumo em específico se aplica contratos em troca de dados. Como foi referido, este tipo de contratos é muito comum; ignorar a realidade e insistir na contradição de princípios entre o Direito da proteção de dados e o Direito dos contratos resulta, apenas, numa maior desproteção do consumidor (e titular dos dados) e, também (até talvez principalmente), da posição contratual do comerciante. Por exemplo, que direitos tem o comerciante se os dados que o consumidor fornecer forem incorretos ou falsos? Que direitos tem o comerciante se o consumidor incumprir o contrato? Estas questões podem ser resolvidas pelo Direito das obrigações, mas é necessária mais reflexão e investigação, incorporando na discussão, também, outros ramos do Direito público e privado. Para além disso, uma das dificuldades relativamente à construção concetual de dados como contraprestação é a falta de conhecimento técnico de outras disciplinas fora do Direito, como *Data science*, Inteligência artificial ou Engenharia informática. É cada vez mais importante que o jurista adote uma perspetiva interdisciplinar e que entenda, neste caso, o processo de recolha de dados, de tratamento dos dados, o funcionamento dos modelos de negócios baseados na venda de dados pessoais e os meios de financiamento de comerciantes que adotam esses mesmos modelos de negócio. Apesar de facilitar a discussão académica, a falta de precisão nos termos técnicos pode levar a resultados pouco rigorosos. Num futuro próximo, será interessante analisar como será transposta a Diretiva sobre conteúdos digitais e qual será a relação estabelecida entre contratos a troca de dados e o regime geral de Direito das obrigações e de Direito dos contratos a nível nacional.

II

Teses

Os Sistemas de Avaliações Online: Proteção do Consumidor nos Mercados de Comércio Eletrónico*

EDUARDO MANUEL DE MELO FREITAS

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O regime das práticas comerciais desleais e as alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*. 2.1. Estrutura do regime das práticas comerciais desleais. 2.2. Cláusula geral. 2.2.1. Diligência profissional. 2.2.2. Distorção substancial do comportamento do consumidor. 2.2.3. Conceito de consumidor médio. 2.3. Práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas. 2.3.1. Práticas comerciais enganosas. 2.3.1.1. Ações enganosas. 2.3.1.2. Omissões enganosas. 2.3.2. Práticas comerciais agressivas. 2.3.2.1. Assédio. 2.3.2.2. Coação. 2.3.2.3. Influência indevida. 2.4. Listas Negras. 2.4.1. Ações consideradas enganosas em qualquer circunstância. 2.4.1.1. Falsas declarações quanto à certificação e qualidade dos produtos. 2.4.1.2. Oferta aparente ou oculta de bens ou serviços. 2.4.1.3. Criação de uma situação de pressão sobre o consumidor. 2.4.1.4. Aproveitamento do medo e da superstição do consumidor. 2.4.1.5. Falsas declarações no âmbito de concursos e promoções. 2.4.1.6. Falsas declarações

* Nota de agradecimento: A presente dissertação não estaria completa sem uma breve nota de especial agradecimento a todos aqueles que de algum modo contribuíram para a sua elaboração. Em primeiro lugar venho agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, por todo o apoio, empenho, dedicação, interesse e incansável disponibilidade que demonstrou não só no acompanhamento deste estudo, mas ao longo dos seis anos em que tive a honra e o privilégio de ser seu aluno. À Professora Madalena Narciso, pelos ensinamentos que transmitiu na fase embrionária deste estudo, fundamentais para a sua compreensão e estruturação. À Professora Joana Campos Carvalho, pela sua disponibilidade e pelas suas importantes indicações e sugestões. À Francisca Lopes, pela sua amizade, pelas horas de estudo que partilhámos, pela disponibilidade em ouvir as minhas frustrações e por todo o apoio e motivação que me ofereceu. Às colegas do Nova Consumer Lab, pela troca de ideias e palavras de incentivo. Aos amigos que, compreendendo a menor disponibilidade, estiveram sempre presentes. E por último, aos meus pais, a quem me faltam as palavras para demonstrar o mais profundo e sincero agradecimento por todo o apoio, esforço e dedicação que sempre transmitiram ao longo da minha vida. O oceano que nos separa transmite uma enorme saudade, mas o amor que nos une é infinitamente maior. Devo-lhes tudo aquilo que sou, e é por isso que lhes dedico este trabalho.

acerca do serviço de assistência pós-venda. 2.4.1.7. Transmissão de falsas informações sobre a lei aplicável. 2.4.1.8. Práticas comerciais relativas aos sistemas de avaliação online introduzidas pela nova Diretiva. 2.4.2. Práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância. 2.4.2.1. Retenção do consumidor no estabelecimento. 2.4.2.2. Visitas e contactos insistentes. 2.4.2.3. Dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos ao abrigo de uma apólice de seguro. 2.4.2.4. Exortação direta às crianças para que estas ou outros adultos adquiram bens ou serviços. 2.4.2.5. Exigência do pagamento, devolução ou guarda de bens ou serviços não solicitados. 2.4.2.6. Informar o consumidor que a sua recusa em contratar coloca em causa o emprego ou a subsistência do profissional. 2.4.2.7. Transmitir a falsa impressão de que o consumidor já ganhou ou vai ganhar um prémio ou vantagem inexistente ou gerador de custos. 2.5. Meios de reação. 2.5.1. Contraordenação. 2.5.2. Invalidez dos contratos. 2.5.3. Responsabilidade civil. 2.5.4. Direito de ação inibitória. 2.5.5. Medidas cautelares. 3. Os sistemas de avaliações online. 3.1. Paradigma da informação. 3.1.1. Novos deveres de informação. 3.2. Conceito de avaliações online. 3.2.1. Avaliações não fidedignas. 3.2.1.1. Ausência de avaliações. 3.2.1.2. Avaliações tendenciosas. 3.2.1.3. Avaliações falsas. 3.3. Arquitetura dos sistemas de avaliações online. 3.3.1. Submissão das avaliações. 3.3.1.1. Submissão anónima de avaliações. 3.3.1.2. Submissão recíproca de avaliações. 3.3.1.3. Avaliações pagas. 3.3.2. Processamento das avaliações. 3.3.3. Publicação das avaliações. 3.3.4. Consolidação das avaliações. 3.3.5. Direito de resposta. 3.4. Requisitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais aos sistemas de avaliações online. 3.4.1. Conceito de profissional. 3.4.2. Conceito de consumidor. 3.4.3. Estabelecimento de uma relação comercial. 3.4.3.1. Relação comercial entre o vendedor ou fornecedor e o consumidor. 3.4.3.2. Relação comercial entre a plataforma de avaliações online e o consumidor. 3.4.4. Subsunção da prática comercial a uma norma do regime. 3.5. Situações a título de exemplo. 3.5.1. Exemplo A. 3.5.2. Exemplo B. 3.5.3. Exemplo C. 3.5.4. Exemplo D. 4. Considerações finais.

Resumo: Atualmente vivemos numa era marcada por um constante e cada vez mais acelerado desenvolvimento tecnológico. A Internet revolucionou quase todos os aspetos das nossas vidas, alterando inclusive o modo como celebramos contratos de consumo. São cada vez mais os consumidores que realizam compras online e, desses, a grande maioria utiliza sistemas de avaliações online no seu processo decisivo, apoiando-se nas opiniões e experiências anteriores de outros consumidores para aferir a qualidade e credibilidade de determinado produto ou vendedor, dado que a distância impede a inspeção que tradicionalmente acontecia nos estabelecimentos comerciais. Tratam-se, por isso, de sistemas de reputação e certificação de qualidade, cuja utilidade se baseia na simples transmissão de informação, oferecendo assim uma solução ao problema da sobrecarga de informação, resultado da abordagem legislativa da União Europeia no que toca à proteção do consumidor. No entanto estes sistemas apresentam diversas falhas que podem ser exploradas pelos profissionais, que possuem um grande incentivo económico para manipular o sistema, aumentando artificialmente a sua reputação,

atacando a dos seus concorrentes ou prestando falsas informações sobre as suas ofertas. É, portanto, fundamental compreender a estrutura e o funcionamento destes sistemas, analisando as origens e possíveis soluções para os problemas que ameaçam os interesses dos consumidores. Apesar de não existir uma regulação direta sobre estes sistemas, o atual regime das práticas comerciais desleais contém normas que são úteis e, até certo ponto, eficazes para garantir uma proteção do consumidor face a esta nova realidade. Consciente da necessidade de modernização da legislação europeia, a Comissão Europeia veio propor recentemente um novo pacote de medidas, denominado *New Deal for Consumers*, no qual introduz alterações que abordam diretamente esta matéria e que foi aprovado a 27 de novembro de 2019 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. Apesar de a nova Diretiva se revelar pouco ambiciosa, deixando por solucionar algumas questões problemáticas já identificadas pela doutrina e que têm o potencial para aumentar os problemas de assimetria de informação já existentes, a proteção do consumidor é consideravelmente reforçada, parcialmente pela eliminação do ónus de prova que cabia ao consumidor nas situações mais gravosas de manipulação do sistema.

Palavras Chave: *Avaliações online; práticas comerciais desleais; comércio eletrónico; New Deal for Consumers; Direito do Consumo.*

Abstract: Today we live in a world marked by a constant and ever so faster technological development. The Internet has revolutionized almost every aspect of our lives, including the way we celebrate consumer contracts. The number of consumers who make their purchases online is increasingly growing and a large percentage of which uses online reviews systems on their decision-making process, relying on other consumers' opinions and previous experiences to assess product quality and seller credibility, given that the distance by which the deals are made makes it impossible to rely on previous traditional ways of assessment. Online reviews are therefore a reputation and quality certification mechanism that provides a solution to the overload of information problem caused by the European Union's approach to consumer protection law by offering simple and useful information to the consumer. However, there are some flaws on the system that may be explored by sellers and platforms, given the large economic incentives to manipulate the system by artificially increasing their reputation, by attacking its competition's or by providing fake information about their offers. Therefore, it is fundamental to understand the structure and workings of the system in order to provide possible solutions to these issues. Today, even though there is no direct regulation on this issue, the current unfair commercial practices regime has some useful rules that, to some extent, provide adequate protection to consumers. Aware of the necessity to modernize the current European legislation, the European Commission has proposed a new set of measures via the package called a *New Deal for Consumers*, approved by the European Parliament and the Council on November 27 of 2019, that introduces changes in the European legislation regulating this specific topic. Even though the new directive plays to be little ambitious, lacking

solutions to some well identified issues that have the potential to increase the existing information asymmetry issues, consumer protection is considerably increased by this new set of rules, partially by eliminating the burden of proof that fell on the consumer on the more serious system manipulation occurrences.

Keywords: *Online reviews; unfair commercial practices; eCommerce; New Deal for Consumers; consumer law.*

Lista de siglas e abreviaturas

| | |
|--------------------|--|
| Ac. | Acórdão |
| Al. | Alínea |
| Art. | Artigo |
| Arts. | Artigos |
| ASAE | Autoridade de Segurança Alimentar e Económica |
| CC | Código Civil |
| Cons. | Considerando |
| DL | Decreto-Lei |
| DPCP | Diretiva relativa às Práticas Comerciais Desleais |
| EM | Estado Membro |
| EM's | Estados Membros |
| LDC | Lei de Defesa do Consumidor |
| N. ^o | Número |
| N. ^{os} | Números |
| P. | Página |
| Par. ^{os} | Parágrafos |
| PCD | Práticas Comerciais Desleais |
| PP. | Páginas |
| Proc. | Processo |
| REFIT | Programa para a Adequação e a Eficácia da Regulamentação |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| TVDE | Transporte em Veículo Descaracterizado |
| UE | União Europeia |
| Vol. | Volume |

1. Considerações iniciais

O comércio teve a sua origem histórica na simples troca de animais, alimentos e utensílios entre os indivíduos de uma pequena comunidade.

Foi o surgimento do sistema monetário que permitiu o gradual crescimento dos mercados de comércio, em que determinados indivíduos assumiram o papel de comerciantes, expandindo a sua influência e garantindo a continuação de repetidas transações comerciais através da sua elevada reputação, criada pelo contacto e proximidade estabelecida entre si e os membros dessa mesma comunidade.

A evolução da tecnologia e dos meios de transporte permitiram a internacionalização do comércio, abrindo as portas dos mercados e estabelecimentos comerciais a bens produzidos noutros países, o que, naturalmente, aumentou a quantidade e qualidade de ofertas disponíveis aos consumidores, que continuavam a adquirir os seus produtos através dos profissionais de comércio local.

Este modelo de negócio persiste nos dias de hoje, verificando-se uma coexistência entre profissionais de grande e pequena dimensão, com a característica comum no exercício da sua atividade num estabelecimento com uma esfera de influência local, servindo os membros de uma determinada comunidade.

Porém, com o surgimento da internet, assistiu-se ao surgimento dos mercados de comércio online, que possibilitaram a abolição das fronteiras internacionais do comércio, dado que os consumidores têm agora pela primeira vez a possibilidade de celebrar frequentemente contratos de consumo com desconhecidos em qualquer parte do mundo.

A impossibilidade de estabelecer laços de reputação entre os utilizadores destes mercados online levou à criação de sistemas de avaliações online, que permitem exercer um controlo sobre as atividades desempenhadas no mercado, avaliando a qualidade e reputação dos seus produtos e vendedores, recuperando os níveis de confiança no mercado.

A eficácia destes sistemas levou ao surgimento de novos modelos de economia baseada na reputação dos seus utilizadores, que por sua vez impulsionou de modo exponencial o crescimento, desenvolvimento e popularidade destes sistemas de avaliações online, desafiando a estrutura legislativa tradicional de proteção dos direitos dos consumidores devido ao seu extraordinário ritmo de evolução tecnológica.

É neste contexto que se inicia o nosso estudo, no qual iremos, numa primeira fase, analisar o atual regime das práticas comerciais desleais, com as alterações introduzidas pela nova Diretiva europeia, aprovada no âmbito do programa *New Deal for Consumers*, verificando de que modo é que a legislação atual é capaz de regular e proteger os consumidores no contexto da utilização de plataformas online com sistemas de avaliações integrados no seu modelo de negócio.

Numa segunda fase, exploramos as circunstâncias que deram origem a este tipo de sistema de controlo da reputação, o seu modo de funcionamento e as principais questões que ameaçam os direitos dos consumidores que utilizam as informações recolhidas nestes sistemas no seu processo decisório, concluindo o nosso estudo com a análise de uma série de casos práticos ilustrativos das atividades levadas a cabo por profissionais e plataformas nos mercados de comércio online, de modo a compreender como estão salvaguardados os interesses dos consumidores alvos de práticas comerciais desleais nos sistemas de avaliações online.

2. O regime das práticas comerciais desleais e as alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*

O regime das práticas comerciais desleais está consagrado no DL 57/2008, que resulta da transposição da Diretiva 2005/29/CE para a ordem jurídica portuguesa, a qual é pautada pela ambição de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento do mercado interno europeu através da harmonização da legislação de Direito do Consumo aplicável nos EM¹.

O regime impõe uma proibição genérica da prática de atos desleais, o que acaba por se revelar complexo, visto que todo o diploma é caracterizado pelo conceito de “*deslealdade*”, cujo conteúdo não se encontra claramente expresso. Acresce que a proteção conferida é limitada às relações entre profissionais e consumidores² que tenham origem em

¹ Preâmbulo do DL 57/2008 e TFUE.

² Art. 1.º/1 do DL 57/2008, aplicando-se a exceção prevista no n.º 2, que estende a sua aplicação às relações entre empresas, no que respeita às ações enganosas previstas no art. 7.º/3.

práticas comerciais cujo intuito é “influenciar diretamente as decisões de transação dos consumidores em relação a produtos”³, mas fazendo depender ainda da circunstância de o consumidor ver o seu *interesse económico* distorcido de forma *substancial*⁴.

Para efeitos de aplicação do regime, distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores traduz-se na adoção de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo⁵. Este é um corolário do princípio da autonomia privada, que impõe que a decisão do agente em contratar seja livre e esclarecida⁶.

A *ratio* do regime consiste na proteção dos consumidores relativamente a atos que distorçam o seu comportamento económico e motivem a sua decisão de transação⁷. No entanto, é de salientar que a própria noção de “*transação*” poderá suscitar dúvidas, na medida em que a aceção constante no DL é estranha ao ordenamento jurídico português, que tradicionalmente define o conceito de “*transação*” como o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões⁸.

Em todo o caso, para efeitos de aplicação do regime, “decisão de transação” consiste na 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 agir⁹.

³ Cons. (7) da DPCD.

⁴ Cons. (6) da DPCD.

⁵ Art. 3.º e) do DL.

⁶ DIAS OLIVEIRA, *Práticas Comerciais Proibidas*, 2006, p. 154, considera que “subjacente a este requisito está a ideia de garantir a verdadeira autonomia privada, ou seja, que o consumidor possa decidir livre e esclarecidamente se, e em que condições, quer contratar”.

⁷ GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, 2014, p. 29.

⁸ Art. 1248.º do CC.

⁹ Art. 3.º l) do DL 57/2008.

Ao procurar incluir no seu escopo todo o tipo de ações ou omissões¹⁰ que ocorrem antes, durante ou depois¹¹ de uma transação comercial, o regime acaba por conter um conceito de *prática comercial* excessivamente lato, abrangendo potencialmente todo o tipo de atividades (com a virtualidade de persuadir o consumidor¹²) que ocorra no âmbito de uma relação de consumo¹³, configurando uma opção legislativa ambiciosa, por não ter em conta as especificidades das diversas áreas de atividade económica¹⁴.

Um segundo aspeto a ter em conta em relação à dificuldade de aplicação do regime das práticas comerciais desleais prende-se com o carácter de harmonização plena da Diretiva que lhe deu origem. Esta opção do legislador europeu tem como consequência uma efetiva limitação da capacidade de os EM's procederem a alterações legislativas que permitam atualizar e adequar o regime às alterações de mercado, nomeadamente às que são resultado da constante inovação tecnológica.

Neste seguimento, em 2015 a Comissão Europeia criou o programa REFIT¹⁵, assumindo como seus objetivos assegurar que a legislação europeia produz eficazmente os resultados esperados para os cidadãos, as empresas e a sociedade em geral e, simultaneamente, reduzir a burocracia e os custos associados à sua aplicação pelos EM's através da simplificação e adaptação da legislação europeia à realidade atual, eliminando encargos desnecessários.

¹⁰ MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2012, p. 284, entende que se trata de “uma noção bastante ampla no que respeita à materialização do comportamento do profissional, podendo estar em causa qualquer ação ou omissão”.

¹¹ Art. 1.º/1 do DL 57/2008.

¹² POMAR, *The Unfair Commercial Practices: A Law and Economics Perspective*, 2006, p. 8.

¹³ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais Desleais na Relação de Consumo*, 2011, p. 425, refere que se tratou “de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados”.

¹⁴ POMAR, *The Unfair Commercial Practices: A Law and Economics Perspective*, 2006, p. 13.

¹⁵ Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Relatório do balanço de qualidade relativo à legislação da UE em matéria de proteção dos consumidores e de comercialização, SWD (2017) 209, de 23/05/2017.

Em maio de 2017, após uma extensa avaliação das normas de proteção dos consumidores levada a cabo pelo balanço de qualidade REFIT e pela avaliação da Diretiva dos Direitos dos Consumidores¹⁶, a Comissão Europeia concluiu que, apesar de as normas europeias neste domínio terem contribuído para o funcionamento do mercado único, proporcionando um elevado nível de proteção dos consumidores (e não obstante as normas serem adequadas ao objetivo geral), a sua aplicação e execução devem ser melhoradas, sendo necessário modernizar algumas dessas normas e reforçar o seu nível de conformidade.

Baseando-se nestes estudos, a Comissão decidiu implementar um pacote de medidas designado por *New Deal for Consumers*, que tem como principal objetivo proceder à modernização da legislação europeia, procurando ultrapassar as barreiras que têm sido colocadas à proteção do consumidor pela rápida e crescente evolução tecnológica.

Para tal, a nova Diretiva vem alterar conceitos existentes, como o de “produto”, cuja definição passa a incluir serviços e conteúdos digitais, e introduzir novos conceitos, com particular destaque para o conceito de “classificação”, também designado “*ranking*”, que é definido como a importância relativa atribuída a produtos, apresentada, organizada ou comunicada pelo profissional, independentemente do meio tecnológico utilizado para tal. Igualmente relevante é o conceito de “mercado em linha”, também designado “mercado de comércio online”, definido como um serviço que permite aos consumidores concluir contratos à distância com outros profissionais ou particulares, utilizando software, incluindo um website, parte de um website ou uma aplicação que é operada pelo profissional ou por sua conta¹⁷.

Face a estas questões, importa proceder a uma análise do regime do DL 57/2008 e das duas Diretivas propostas pela Comissão Europeia em abril de 2018, relativas à alteração do regime das práticas comerciais desleais, com o objetivo de modernizar e reforçar a aplicação da legislação

¹⁶ Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores, COM (2017) 259, de 23/5/2017; Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão sobre a avaliação da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores, SWD (2017) 169, de 23/5/2017.

¹⁷ Art. 3.º/1 da Diretiva 2018/0090 (COD).

européia em matéria de Direito do Consumo, no âmbito do pacote de medidas inserido no programa *New Deal for Consumers*¹⁸.

2.1. Estrutura do regime das práticas comerciais desleais

O regime das práticas comerciais desleais assenta em três níveis de proteção, com uma estrutura orientada do geral para o particular¹⁹, de forma a permitir a sua aplicação a uma multiplicidade de atividades desleais.

O primeiro nível estabelece uma proibição geral das práticas comerciais desleais, através de uma cláusula geral que recorre a conceitos indeterminados, de modo a possibilitar uma adaptação a novos mercados e formas de atuação desleal, funcionando como uma rede de segurança do sistema²⁰. É necessário que o consumidor demonstre que o seu comportamento económico foi resultado de uma distorção substancial, resultante de uma prática comercial desconforme à diligência que é exigida ao profissional na sua atuação.

O segundo patamar de proteção, de carácter especial face ao primeiro, determina a proibição de práticas comerciais enganosas e agressivas, através de um elenco de cláusulas gerais cujo conteúdo reflete as práticas utilizadas mais frequentemente no mercado. Também aqui se exige que o consumidor tome uma decisão de transação que não corresponderia à sua vontade na ausência da atuação do profissional, mas prescinde-se da necessidade de demonstração da contrariedade da prática comercial face à diligência profissional²¹.

No terceiro nível, o DL fixa uma lista negra, cujo conteúdo se traduz numa série de práticas habituais no mercado, que, pela sua gravidade,

¹⁸ Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Relatório do balanço de qualidade relativo à legislação da UE em matéria de proteção dos consumidores e de comercialização, SWD (2017) 209, de 23/05/2017.

¹⁹ POMAR, *The Unfair Commercial Practices: A Law and Economics Perspective*, 2006, p. 17.

²⁰ VRIES, *Maximum Harmonization and General Clauses – Two Conflicting Concepts?*, 2011, p. 5; no mesmo sentido, PASSINHAS, *A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor*, 2017, pp. 160-161.

²¹ Ac. do TJUE de 19.09.2013, Proc. C-435/11.

são tidas como desleais em todas as circunstâncias²². Este elenco de práticas é de caráter fechado, o que implica uma acrescida dificuldade de adaptação do regime face às inovações do mercado, por não serem permitidas interpretações analógicas das normas que compõem a lista negra de práticas comerciais.

Face ao esquema descrito, que parte do geral para o especial, o intérprete deve seguir o percurso inverso, verificando em primeiro lugar se a prática em causa se encontra no elenco definido pela lista negra. Não se verificando, deverá aferir se esta se enquadra nas cláusulas que estabelecem a proibição de práticas enganosas e de práticas agressivas. Por fim, se a resposta continuar a ser negativa, resta verificar se a prática em causa se configura como proibida à luz da cláusula geral, que funciona como um mecanismo de salvação do sistema²³.

Todo o regime é pensado e construído na prossecução de um equilíbrio entre duas necessidades opostas: permitir a flexibilidade e adaptabilidade do sistema perante as constantes inovações do mercado, ao mesmo tempo que se procura garantir a segurança jurídica²⁴. Se, por um lado, a utilização de uma formulação genérica e rica em conceitos indeterminados permite uma adaptação às novas realidades do mercado²⁵, por outro lado, a utilização desta técnica legislativa gera uma enorme dificuldade de aplicação do regime legal²⁶, colocando em causa o objetivo de harmonização da legislação de Direito do Consumo a nível

²² Aqui não se exige a demonstração de que a prática é suscetível de geral uma distorção substancial no comportamento do consumidor.

²³ HOWELLS, TWIGG-FLESNER, PARRY e NORDHAUSEN, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, 2005, p. 39.

²⁴ GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, 2014, p. 35.

²⁵ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2008, p. 113, refere que os “Conceitos indeterminados e cláusulas gerais constituem por assim dizer a parte movediça e absorvente do mesmo ordenamento, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida”.

²⁶ Criticando o recurso a conceitos indeterminados, LIZ, *A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE)*, 2005, p. 76, refere que “Todas as noções têm uma característica comum – são totalmente subjetivas e insuscetíveis de uma verificação objetiva por padrões científicos ou comprováveis”.

dos EM's, que esteve na origem da Diretiva sobre as práticas comerciais desleais²⁷. A construção de uma cláusula tão ampla e maleável poderá, inclusive, traduzir-se num esvaziamento do seu conteúdo, dada a sua dificuldade de interpretação²⁸.

2.2. Cláusula geral

A cláusula geral constitui o primeiro nível de proteção contra as práticas comerciais desleais e tem a função de servir como uma válvula de segurança do sistema, dado o seu caráter subsidiário.

A norma é aplicável mediante a verificação de quatro²⁹ pressupostos cumulativos, nomeadamente: tratar-se de uma relação jurídica de consumo; existir uma prática comercial; verificar-se a desconformidade da prática comercial face à diligência profissional; e, por último, a distorção ou suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que o afete relativamente a certo bem ou serviço, utilizando-se como referência o consumidor médio ou o membro médio de um grupo quando, nos termos do art. 5.º, a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

Os pressupostos exigidos para a aplicação da norma são, portanto, construídos com base em conceitos indeterminados, cujo conteúdo não é suficientemente definido pela lista de definições que consta do art. 3.º, o que poderá significar uma menor proteção do consumidor devido ao seu caráter cumulativo e à complexidade da sua concretização³⁰.

²⁷ VRIES, *Maximum Harmonization and General Clauses – Two Conflicting Concepts?*, 2011, p. 7.

²⁸ MORAIS CARVALHO, *Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, 2011, p. 189, refere que “A complexidade destes preceitos, associada ao grande número de requisitos exigidos e à necessidade de se ter em conta, para a aplicação do art. 5.º/3, as definições constantes do art. 3.º do diploma (...) igualmente complexas e exigentes, torna praticamente inaplicável a cláusula geral do diploma”.

²⁹ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 107.

³⁰ RODRIGUES, *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, 2008, p. 8.

2.2.1. Diligência profissional

O DL define, no art. 3.º h), o conceito de *diligência profissional* como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da atividade profissional”. O regime será aplicável nas situações em que o profissional não respeite estes princípios.

No entanto, a definição não é clara, uma vez que recorre, mais uma vez, a uma série de conceitos indeterminados, como a boa fé, a relação com o consumidor e a prática honesta de mercado, o que implica novamente um esforço interpretativo por parte do aplicador do direito, gerando confusão³¹.

Neste sentido, coloca-se a questão de saber qual o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode esperar de um profissional. Este não será um padrão médio ou normalizado de conduta, mas sim de competência especializada, o que se traduz na observância de uma maior exigência na diligência com que o profissional deve atuar, precisamente por ser profissional, por oposição à diligência de uma pessoa comum³².

Não obstante, não está em causa a posição concreta quer do profissional, quer do consumidor, pelo que não são relevantes os seus conhecimentos específicos e a sua experiência concreta no mercado. Assim, é desconforme com a diligência profissional a prática que não seja razoável esperar de um profissional que intervenha no mercado de forma honesta, independentemente do setor de atividade³³.

³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Anteprojeto do Código do Consumidor e a Publicidade*, 2006, p. 28.

³² HOWELLS, TWIGG-FLESNER, PARRY e NORDHAUSEN, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices*, 2005, pp. 4-5, “Does the reference to «special» add anything to the ordinary duty of skill and care? Probably not a lot, it merely emphasizes that it is the skills of a trader, rather than an average person that are to be considered”.

³³ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 108, “A avaliação da expectativa razoável tem como referência as práticas honestas do mercado, o que significa que, se a expectativa em relação ao profissional for baixa, por serem conhecidos elementos nesse sentido, esta não releva, devendo colocar-se como padrão mínimo o padrão o do comportamento íntegro de um profissional colocado naquela posição”. Em sentido contrário, MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, 2012, p. 372.

De destacar que o regime também não se basta com a ocorrência habitual de determinada prática para que esta seja considerada leal, visto que isso permitiria aos profissionais a possibilidade de manter em vigor práticas desleais pelo simples facto de serem habituais. Efetivamente, a prática terá de ser aceite de acordo com critérios éticos, como as práticas honestas de mercado e a boa fé, aferidos em sentido puramente objetivo³⁴, não relevando as intenções do profissional, o conhecimento ou a previsibilidade das consequências do seu comportamento³⁵.

A honestidade traduz-se numa ideia de correta atuação profissional, que poderá variar conforme o setor comercial. Neste sentido, os códigos de conduta³⁶ constituem um instrumento importante, uma vez que contêm as práticas comerciais mais frequentes e genericamente aceites pelos agentes económicos de um determinado setor de atividade. Como já se referiu, não é pela sua frequência que determinada prática é honesta, pelo que o cumprimento de um código de conduta não garante que a prática é honesta, tal como o incumprimento das regras de um código de conduta ao qual o profissional não tenha aderido não constitui uma presunção de falta de honestidade da prática³⁷.

A boa fé, por sua vez, é consagrada no art. 227.º/1 do CC no que respeita à fase pré-contratual, e no art. 762.º/2, também do CC, no que concerne ao cumprimento das obrigações. No entanto, por nos encontrarmos no âmbito do Direito do Consumo, caracterizado por um desequilíbrio entre o profissional e o consumidor, dado que o consumidor carece da informação, experiência e poder económico de que beneficia o profissional³⁸, é necessário proceder a uma interpretação do conceito de boa

³⁴ RODRIGUES, *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, 2008, p. 15.

³⁵ ABRUNHOSA, *Práticas Comerciais Desleais — um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, 2011, p. 145.

³⁶ Definido no art. 3.º f) como “o acordo ou conjunto de normas, não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de atividade específicos”.

³⁷ PAVILLÓN, *The Interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct*, 2012, pp. 269-270.

³⁸ MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo — Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2012, p. 21.

fé adequado ao contexto de assimetria na relação contratual³⁹. Neste sentido, releva o art. 9.º/1 da LDC, que determina que o consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. A boa fé constitui, assim, uma válvula de escape do sistema⁴⁰.

2.2.2. Distorção substancial do comportamento do consumidor

Nos termos do art. 3.º 1), a distorção do comportamento económico traduz-se na influência indevida do profissional na decisão de transação do consumidor que, por sua vez, corresponde à decisão tomada 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.

Neste âmbito, não releva a simples influência no processo decisório, mas antes que a prática comercial distorça substancialmente a decisão, levando o consumidor a tomar uma decisão que, na ausência dessa mesma prática, não teria tomado ou teria tomado noutros termos.

No entanto, a prova de que o consumidor não teria celebrado o contrato (ou de que o teria celebrado noutros termos se não tivesse ocorrido a prática comercial em causa) é extremamente difícil, ou mesmo impossível, visto que o processo de decisão do consumidor ocorre internamente, sendo o seu comportamento correspondente à mera exteriorização da decisão que decorre desse processo interno⁴¹.

Acresce que a decisão do consumidor se irá formar, na maioria dos casos, pela conjugação de vários fatores, que não apenas a prática comercial, o que obriga a ter em conta o peso efetivo que a prática terá

³⁹ MORAIS CARVALHO, *Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, 2011, p. 192.

⁴⁰ OLVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, 2002, p. 182, “A boa fé é hoje em dia o grande ventilador da ordem jurídica”.

⁴¹ GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais*, 2014, p. 50.

tido sobre o comportamento do consumidor, de forma a verificar se esta influenciou o seu processo de decisão de tal modo que este teria contratado noutros termos ou não teria decidido contratar se não fosse pela prática em questão. A prática comercial deve ser apreciada de forma objetiva, atendendo às circunstâncias do caso concreto e utilizando o consumidor médio como referência⁴².

2.2.3. Conceito de consumidor médio

Perante uma prática potencialmente desleal, o DL determina que deve ser utilizado o conceito de *consumidor médio*⁴³, colocado no contexto do caso concreto, para averiguar se essa prática é efetivamente capaz de distorcer o comportamento do consumidor e não o destinatário individual concreto dessa mesma prática.

Apesar de se pretender introduzir objetividade na avaliação do caráter da prática comercial, surgem problemas de aplicação, nomeadamente no que respeita à caracterização do consumidor médio. Do ponto de vista prático não é realista que se possa aferir qual o nível real de diligência e informação que um consumidor médio possui, pelo que o conceito assenta numa ficção que não corresponde à realidade⁴⁴.

Não obstante a jurisprudência portuguesa considerar que o consumidor médio é apressado e distraído⁴⁵ ou desatento⁴⁶, em especial no que respeita a bens de preço baixo e de grande consumo⁴⁷, no que respeita às PCD, em especial no direito europeu⁴⁸, tem-se considerado como

⁴² GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais*, 2014, p. 51.

⁴³ Necessariamente pessoa singular. Neste sentido, MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 107, refere que “Adota-se um conceito restrito de consumidor, circunscrito às pessoas singulares”.

⁴⁴ LIZ, *A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE)*, 2005, p. 77.

⁴⁵ Ac. do STJ, de 26/9/1995.

⁴⁶ Ac. do TRL, de 25/2/2014.

⁴⁷ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 109.

⁴⁸ O cons. (18) da Diretiva 2005/29/CE, refere que “a presente Diretiva utiliza como marco de referência o critério de consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”.

médio o consumidor normal, com um nível de informação mediano e que utiliza uma diligência regular nos contratos que celebra, não relevando o consumidor com nível de informação baixo ou que seja pouco diligente nos seus negócios⁴⁹.

Ao utilizar como ponto de referência o padrão de consumidor médio, o regime acaba por proteger os consumidores mais atentos, informados e diligentes, deixando fora do escopo de proteção os consumidores com um grau de informação, atenção e diligência abaixo do padrão médio, sendo precisamente estes últimos os que necessitam de maior proteção por serem mais vulneráveis à distorção do seu comportamento perante a ocorrência de práticas comerciais desleais⁵⁰.

2.3. Práticas enganosas e práticas agressivas

O segundo nível de proteção baseia-se em duas modalidades de desconformidade à diligência profissional autónomas face à cláusula geral, que podem ser descritas como uma espécie de “pequena cláusula geral” na medida em que proporcionam uma primeira rede de segurança do sistema para as situações em que a conduta do profissional não se insere no elenco de práticas comerciais desleais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias⁵¹.

Nas práticas enganosas, verifica-se que o profissional atua representando falsamente a realidade, transmitindo ao consumidor informação errada (ação enganosa) ou ocultando elementos essenciais para uma decisão livre e informada (omissão enganosa).

Nas práticas agressivas, o profissional exerce pressão sobre o consumidor, forçando-o a celebrar um contrato, pelo que a sua decisão não é livre.

⁴⁹ MARTINS, *O Direito Comunitário do Consumo*, 2002, p. 78.

⁵⁰ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 110; MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, p. 77; LIZ, *A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária*, 2005, p. 77. Em sentido contrário, MAIA, *Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais*, 2015, p. 170, considera que “a excessiva proteção acaba por induzir irresponsabilidade na atuação dos consumidores”.

⁵¹ ZBEDNARZ, *Commercial and Economic Law*, 2018, p. 164.

Mais uma vez, o regime não se basta com a mera verificação de uma situação agressiva ou de engano, mas antes exige que esta prática seja substancial, ou seja, a prática tem de ser forte o suficiente para provocar uma alteração no comportamento do consumidor, levando-o a tomar uma decisão que de outra forma não teria tomado, utilizando como referência o conceito de consumidor médio.

2.3.1. Práticas comerciais enganosas

2.3.1.1. Ações enganosas

O art.º 7.º prevê três modalidades de ações enganosas, todas elas resultado de uma conduta ativa por parte do profissional. A prática comercial enganosa difere do ato gerador de erro (tal como regulado no CC), especialmente porque não é excluída com a declaração de factos verdadeiros, desde que a apresentação destes contribua para o insuficiente esclarecimento do consumidor, através de sugestão, omissão de desvantagens ou limitações, exagero ou descontextualização⁵².

As ações enganosas *strictu sensu* encontram-se reguladas no art.º 7.º/1, que determina que “é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir o consumidor em erro em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo”.

Esta modalidade de ação enganosa pode ocorrer por duas vias. Na primeira, o profissional transmite informações falsas ao consumidor, situação em que a prática será enganosa por si só⁵³. Na segunda, apesar de factualmente correta, atendendo ao contexto concreto em que é transmitida, a informação induz ou é suscetível de induzir o consumidor em erro

⁵² FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V – Invalidade*, 2018, p. 164.

⁵³ HOWELLS, TWIGG-FLESNER, PARRY e NORDHAUSEN, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, 2005, p. 43.

acerca dos elementos⁵⁴ referidos no art.º 7.º/1, que constituem o elenco de informações pré-contratuais fundamentais para que o consumidor tome uma decisão informada e esclarecida em relação ao negócio em causa⁵⁵.

Deve entender-se que se pode tratar de qualquer elemento essencial ao contrato, ainda que não se encontre expressamente previsto no elenco, uma vez que o objetivo da norma passa pela proteção contra qualquer indução em erro que seja suscetível de afetar a decisão do consumidor⁵⁶.

Na segunda modalidade, é considerada ação enganosa, nos termos do art. 7.º/2, “qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”. Nesta situação, o profissional induz o consumidor em erro, levando-o a adquirir um produto na expectativa de estar a adquirir outro produto ou a outro profissional, devido às semelhanças que um ou outro apresentam.

A desconformidade à diligência profissional não constitui pressuposto da qualificação da prática comercial como enganosa, desde que estejam verificados os pressupostos indicados no art.º 7.º/1⁵⁷.

Em terceiro lugar, o art.º 7.º/3 determina constituir ação enganosa “o incumprimento pelo profissional de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que está vinculado, no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código”. Neste

⁵⁴ O elenco determina que os elementos sobre os quais pode recair a situação de engano são: a existência ou a natureza do bem ou serviço; as características principais do bem ou serviço, o conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio, o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço, a necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem, a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente e os direitos do consumidor e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

⁵⁵ MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, p. 80.

⁵⁶ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 111. Contra: LIZ, *A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária*, 2005, p. 80; GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, 2014, p. 72.

⁵⁷ Ac. do TJUE, de 16/4/2015, Proc. C-388/13.

caso, o profissional assume perante o consumidor que está vinculado ao cumprimento de determinada norma de um código de conduta, criando no consumidor a legítima expectativa desse cumprimento, que posteriormente não se verifica.

2.3.1.2. Omissões enganosas

De acordo com o art. 9.º do DL, as omissões enganosas ocorrem quando o profissional, no âmbito de uma prática comercial e atendendo ao seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, não refere a intenção comercial da prática⁵⁸, omite determinada informação, ou quando oculta ou apresenta de modo pouco claro, ininteligível ou tardio informação com requisitos substanciais⁵⁹ para uma decisão esclarecida do consumidor, conduzindo-o ou sendo suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

De acordo com o regime, os profissionais não estão obrigados a transmitir aos consumidores toda e qualquer informação existente e ao seu dispor, mas apenas a informação de carácter substancial. A noção de informação substancial deverá conter toda a informação que é necessária para que os consumidores tomem uma decisão esclarecida, pelo que a falha do profissional em transmitir corretamente esta informação

⁵⁸ Se tal não se puder depreender do contexto.

⁵⁹ De acordo com o art.º 10.º, são consideradas substanciais as informações relativas às características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço; o endereço geográfico, a identidade e a designação comercial do profissional por conta de quem atua; o preço, incluindo impostos e taxas, ou quando, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, o modo como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição, de entrega e de serviços postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficam a cargo do consumidor; as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, na medida em que se afastem das obrigações de diligência profissional; a existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato.

substancial tem o potencial de levar o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado se tivesse tido acesso a essa mesma informação⁶⁰.

A concretização do conceito de informação substancial, bem como a verificação sobre a transmissão ou não dessa informação ao consumidor pelo profissional, deverá ser realizada caso a caso pelos tribunais nacionais⁶¹.

Não obstante a atribuição desta função aos tribunais nacionais, o DL estabelece duas situações em que a informação é considerada sempre substancial⁶² para efeitos de aplicação do regime. A primeira das situações é a que se reporta o art. 9.º/3, determinando que são considerados substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias, elencadas a título exemplificativo (e portanto não exaustivo⁶³) no n.º 4 do mesmo artigo. A segunda situação em que é dispensada a verificação pelos tribunais nacionais do carácter substancial da informação reporta-se aos casos em que o profissional emite ao consumidor um convite a contratar. Este conceito é definido pelo art. 3.º i) como a comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efetue uma aquisição.

Nestes casos, é considerada substancial a informação relativa aos cinco elementos previstos no art. 10.º: as características principais do bem ou serviço; o endereço geográfico, identidade do profissional e a sua designação comercial; o preço, incluindo impostos e taxas, ou o seu modo de cálculo, bem como, se for caso disso, todos os custos adicionais a cargo do consumidor; as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e ao mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional; e por último, a existência dos direitos de resolução ou de anulação, sempre que resultem da lei ou do contrato.

⁶⁰ DUROVIC, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, 2015, pp. 736-737.

⁶¹ TJUE, 18/10/2012, C-428/11, *Purely Creative e.a.*, par.ºs 55-56.

⁶² DUROVIC, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, 2015, p. 739.

⁶³ Cons. (15) DPCD.

Foi precisamente em relação a estes critérios elencados pelo art. 10.^o do DL que a Comissão, através do programa de avaliação REFIT, encontrou a necessidade de proceder a uma alteração das normas, com vista a uma modernização da legislação, de modo a fazer frente às inovações tecnológicas que se verificam no mercado europeu.

Para tal, a nova Diretiva vem adicionar três novas situações em que a omissão, apresentação pouco clara, ininteligível, ambígua ou tardia da respetiva informação é considerada substancial para efeitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais.

Em primeiro lugar, a nova Diretiva vem determinar que, relativamente aos produtos oferecidos em mercados de comércio online, é substancial a informação sobre se a terceira parte que oferece os produtos é um profissional ou não, com base na declaração dessa terceira parte à plataforma que gere o mercado de comércio online⁶⁴.

De seguida, consta da nova Diretiva que quando for dada a possibilidade aos consumidores de pesquisar produtos oferecidos por diferentes profissionais ou particulares com base numa busca por palavra-chave, frase ou outro método, independentemente de a transação comercial vir ou não a ser concluída, a informação geral sobre os principais parâmetros que determinam o *ranking* dos produtos apresentados ao consumidor como resultado da pesquisa, e a importância relativa desses parâmetros por oposição a outros disponibilizada numa secção específica da interface online que seja direta e facilmente acessível a partir da página onde os resultados da pesquisa são apresentados, deve ser considerada substancial. A Diretiva agora publicada acrescenta ainda que este parágrafo não é aplicável aos prestadores de motores de pesquisa online⁶⁵.

Por último, a Diretiva vem introduzir um novo artigo, no qual determina que quando o profissional proporciona ao consumidor o acesso a um sistema de avaliações de produtos, a informação sobre se e de que modo é que o profissional garante que essas avaliações publicadas têm origem em consumidores, que compraram ou utilizaram o produto, deve ser considerada substancial⁶⁶.

⁶⁴ Art. 3.^o/4 a) ii) da Diretiva 2018/0090 (COD).

⁶⁵ Art. 3.^o/4 b) da Diretiva 2018/0090 (COD).

⁶⁶ Art. 3.^o/4 c) da Diretiva 2018/0090 (COD).

2.3.2. Práticas comerciais agressivas

O regime prevê, no art. 11.º, três meios de concretização de uma prática agressiva, sendo eles o assédio, a coação e a influência indevida, através das quais o profissional gera no consumidor uma sensação de perigo ou incômodo com o intuito de limitar significativamente a sua liberdade de escolha, forçando-o a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria, para evitar continuar a ser importunado pelo profissional.

2.3.2.1. Assédio

Apesar de o DL não definir o conceito de *assédio*, conjugando o sentido comum da palavra com a definição que consta do art. 29.º/1 do Código do Trabalho e com os exemplos do art.º 12.º b) e c), poderá considerar-se que o assédio, para efeitos do regime das práticas comerciais desleais, enquanto prática comercial agressiva, consiste na repetida e indesejada insistência por parte do profissional face ao consumidor, com o objetivo de o levar a tomar uma decisão de transação que não tomaria se não fosse essa insistência⁶⁷.

Nestes casos o consumidor poderá decidir contratar com o mero intuito de interromper a situação de assédio.

2.3.2.2. Coação

A coação pode assumir duas vertentes: coação moral e coação física.

Adaptando o conceito previsto no CC ao regime das PCD, é realizada sob coação moral a decisão de transação do consumidor que for determinada pelo receio de um mal de que foi ilicitamente ameaçado pelo profissional, podendo a ameaça respeitar tanto à pessoa como à honra ou fazenda do consumidor ou de terceiro⁶⁸. Nestes casos, o consumidor

⁶⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V – Invalidez*, 2018, p. 165.

⁶⁸ Art. 255.º do CC.

funda a sua decisão de transação no receio de consumação da ameaça, e não na sua vontade.

A coação física distingue-se da coação moral porque não existe uma decisão por parte do consumidor, que vê retirada a sua liberdade de movimento corporal e obrigado a adotar determinado comportamento (levantar a mão num leilão) ou a abster-se dele (omissão com valor declarativo), por via do uso da força na atuação do profissional. A comunicação através da fala ou a escrita linguística são incompatíveis com a coação física porque pressupõem um mínimo de liberdade cooperativa⁶⁹.

De acordo com o art. 246.º do CC, nos casos em que se verifica coação física, a declaração não produz qualquer efeito.

2.3.2.3. *Influência indevida*

A influência indevida⁷⁰ traduz-se, de acordo com o art. 3.º j), na utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, limitando significativamente a capacidade do consumidor em tomar uma decisão esclarecida.

Nesta situação, o profissional utiliza a relação de superioridade que possui face ao consumidor e explora essa posição de poder com a intenção de influenciar a liberdade de decisão do consumidor. Esta prática é especialmente eficaz quando existe uma relação de dependência do consumidor face ao profissional, levando a que tome a decisão com base no receio de deterioração dessa mesma relação.

Na formulação utilizada no DL, basta a utilização de uma posição de poder do profissional para pressionar o consumidor a celebrar um contrato sem uma decisão esclarecida, sem necessidade de que esse poder seja causador de desequilíbrio no contrato celebrado, pelo que a mera celebração do contrato em situação de influência indevida é requisito mínimo para a sua anulabilidade⁷¹.

⁶⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V – Invalidade*, 2018, p. 101.

⁷⁰ A figura é inspirada na *undue influence* dos direitos de *common law*.

⁷¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V – Invalidade*, 2018, p. 165.

2.4. Listas negras

No terceiro patamar de proteção, temos as chamadas “listas negras”. Distinguem-se dois tipos de listas: as *ações enganosas em qualquer circunstância* e as *práticas agressivas em qualquer circunstância* (arts. 8.º e 12.º, respetivamente). Estas normas contêm um elenco fechado de práticas que, pela sua gravidade, são consideradas desleais em todas as circunstâncias, dispensando-se a verificação da suscetibilidade de distorção substancial do comportamento decisório do consumidor.

2.4.1. Ações consideradas enganosas em qualquer circunstância

No que concerne à lista de práticas comerciais enganosas prevista no art. 8.º, apesar de o DL não apresentar um critério uniforme de ordenação das práticas comerciais que compõem o elenco, é possível agrupar as práticas comerciais em categorias⁷², com base na semelhança e conteúdo das práticas que as compõem.

A Diretiva 2018/0090 (COD) contém uma alteração ao anexo I da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, introduzindo no seu art. 3.º/7 três novas práticas comerciais com particular relevo para os sistemas de avaliações online, no âmbito da modernização da legislação inserida no pacote de medidas do *New Deal for Consumers*, e que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

2.4.1.1. Falsas declarações quanto à certificação e qualidade dos produtos

Fazem parte desta categoria as práticas em que o profissional afirma falsamente ser signatário de um código de conduta⁷³, que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade⁷⁴, exhibir uma marca de certificação,

⁷² Inspiradas na classificação proposta por L. MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, pp. 82-86.

⁷³ Art. 8.º a).

⁷⁴ Art. 8.º c).

marca de qualidade ou equivalente sem autorização⁷⁵, afirmar falsamente ou em desrespeito dos termos que regem a aprovação, reconhecimento ou autorização que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais (ou um bem ou um serviço) foram aprovadas, reconhecidas ou autorizadas por um organismo público ou privado⁷⁶, bem como a promoção de um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico, de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja o caso, o bem ou o serviço provém do mesmo fabricante⁷⁷.

Este conjunto de práticas tem como objetivo atribuir falsa credibilidade ao produto ou serviço em causa, o que irá gerar no consumidor uma legítima expectativa de proteção e de qualidade que não possui correspondência nas características do produto ou serviço efetivamente fornecido ou prestado.

2.4.1.2. Oferta aparente ou oculta de bens ou serviços

Neste conjunto de práticas comerciais inserem-se as situações em que o profissional propõe a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço, sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que possa ter para acreditar que não pode, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os bens ou serviços em questão ou equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades razoáveis⁷⁸.

Igualmente desleal é a situação em que o profissional propõe a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusa posteriormente apresentar aos consumidores o bem ou serviço publicitado⁷⁹, recusa as encomendas relativas a este bem ou serviço, a sua entrega ou fornecimento num prazo razoável⁸⁰, ou apresenta uma amostra defeituosa do produto⁸¹.

⁷⁵ Art. 8.º b).

⁷⁶ Art. 8.º d).

⁷⁷ Art. 8.º p).

⁷⁸ Art. 8.º e).

⁷⁹ Art. 8.º f).

⁸⁰ Art. 8.º g).

⁸¹ Art. 8.º h).

A proibição deste tipo de prática comercial justifica-se pelo facto de que, com esta ação, o profissional pretende atrair o consumidor com uma proposta aliciante, para depois, frustrando as expectativas do consumidor em relação a essa mesma proposta, lhe impingir um bem ou serviço diferente, aproveitando-se do facto de o consumidor já se encontrar no seu estabelecimento ou plataforma de comércio online.

É também desleal, em qualquer circunstância, a prática em que o profissional utiliza um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, ou quando tal não for indicado claramente no conteúdo⁸². Nesta situação, o consumidor julga estar perante um conteúdo informativo e imparcial, quando na verdade está a ser alvo de um anúncio publicitário, o que poderá criar falsas expectativas face ao produto em causa, dada a falta de transparência da informação que é veiculada. Estão, no entanto, salvaguardadas as situações em que determinado produto é notícia pela sua originalidade ou outros factos dignos de reportagem, proibindo-se somente a publicidade simulada de conteúdo informativo.

2.4.1.3. Criação de uma situação de pressão sobre o consumidor

Neste âmbito, são consideradas desleais as práticas em que o profissional declara falsamente que o bem ou serviço está disponível apenas durante um período muito limitado ou que só está disponível em condições especiais por um período muito limitado⁸³; as práticas em que o profissional alega que está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponda à verdade; e a transmissão de informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado.

Aqui, o profissional faz apelo à vertente emocional do consumidor, procurando fazer com que este aja por impulso e tome uma decisão

⁸² Art. 8.º n).

⁸³ Art. 8.º i).

imediate, sem que seja capaz de ponderar e obter a informação necessária para tomar uma decisão esclarecida sobre a transação comercial, que é assente numa falsa proposição, que lhe é prejudicial.

2.4.1.4. Aproveitamento do medo e da superstição do consumidor

Estamos perante uma das práticas que fazem parte desta categoria quando o profissional realiza afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço⁸⁴, alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar⁸⁵ ou alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações⁸⁶.

Nestes casos, o profissional explora, apercebendo-se de uma especial fragilidade do consumidor devido a fatores de saúde ou pela sua superstição, o medo e desejo de cura, alegando que o bem ou serviço possui propriedades curativas, bem como a sua ambição em vencer nos jogos de fortuna e azar. Devido a esse especial estado de fragilidade em que o consumidor se encontra, este está naturalmente mais suscetível a ceder aos seus receios ou ilusões, tomando a decisão com base numa informação que poderá colocar em causa o seu interesse económico e até a sua própria saúde.

2.4.1.5. Falsas declarações no âmbito de concursos e promoções

O profissional pratica estas ações enganosas quando declara a existência de um prémio no âmbito de um concurso ou promoção e não procede à entrega do prémio descrito ou equivalente razoável⁸⁷, quando descreve o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem

⁸⁴ Art. 8.º o).

⁸⁵ Art. 8.º t).

⁸⁶ Art. 8.º u).

⁸⁷ Art. 8.º x).

encargos» ou equivalente, se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega⁸⁸, bem como quando o profissional inclui no material de promoção comercial uma fatura ou documento equiparado, solicitando o seu pagamento, transmitindo falsamente ao consumidor a impressão de que este já encomendou o bem ou serviço solicitado⁸⁹.

Nas situações descritas, o profissional utiliza sistemas de concursos ou promoções para captar a atenção do consumidor, com a promessa de prémios ou brindes, que depois não se concretizam ou implicam um custo para o consumidor. Além da frustração das expectativas do consumidor, a prática é agravada pela frequente baixa qualidade dos produtos utilizados para este tipo de práticas comerciais, pelo que é claramente lesiva dos interesses económicos do consumidor.

2.4.1.6. *Falsas declarações acerca do serviço de assistência pós-venda*

Esta categoria de práticas comerciais tem lugar quando o profissional se compromete a fornecer o serviço de assistência pós-venda na língua que foi usada para comunicar antes da decisão negocial, que não seja uma das línguas oficiais do EM em que o profissional se encontra estabelecido e, posteriormente, assegura este serviço apenas em língua diversa, não tendo anunciado de forma clara esta alteração ao consumidor antes da sua vinculação⁹⁰. Ocorre igualmente quando o profissional dá falsamente a impressão de que o serviço pós-venda relativo ao bem ou serviço está disponível em EM distinto daquele em que o bem ou serviço é vendido⁹¹.

Perante estas práticas, o consumidor cria uma falsa expectativa de confiança no produto ou serviço, que mais tarde será frustrada por não ser disponibilizada a assistência pós-venda nos termos anunciados, colocando assim em risco o seu interesse económico.

⁸⁸ Art. 8.º z).

⁸⁹ Art. 8.º aa).

⁹⁰ Art. 8.º j).

⁹¹ Art. 8.º ac).

2.4.1.7. Transmissão de falsas informações sobre a lei aplicável

A seguinte categoria diz respeito às situações em que o profissional transmite a impressão, ou declara falsamente, que a compra ou a venda de um bem ou a prestação de um serviço é lícita⁹², apresenta como característica distintiva da sua oferta direitos do consumidor já previstos na lei⁹³, dá a impressão ou alega falsamente que não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, ou se apresenta falsamente como consumidor⁹⁴.

Nos casos em que o profissional tenta transparecer, perante o consumidor, que não está a atuar para fins relacionados com a sua atividade profissional, fá-lo com a intenção de afastar a aplicação da legislação de Direito do Consumo, visto que o regime só será aplicável aos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor. Assim, perante a falsa alegação do profissional de que é um mero particular, o consumidor fica convencido de que não está protegido pelas leis de consumo e, conseqüentemente, não irá fazer uso dos seus direitos em caso de litígio.

A situação em que o profissional se faz passar por consumidor será, no âmbito dos sistemas de avaliação online, objeto do nosso estudo, a prática comercial de maior relevo no contexto do regime atual, na medida em que se o profissional utilizar um sistema de avaliações online destinado aos consumidores para promover um dos seus produtos, independentemente do conteúdo da sua avaliação, a sua prática será sempre caracterizada como desleal, constituindo deste modo o mais forte instrumento de proteção do consumidor no âmbito dos sistemas de avaliação online nos dias de hoje.

2.4.1.8. Práticas comerciais relativas aos sistemas de avaliações online introduzidas pela nova Diretiva

A principal resposta da Comissão face às questões suscitadas pelo balanço de qualidade REFIT, no âmbito das plataformas de avaliações

⁹² Art. 8.º l).

⁹³ Art. 8.º m).

⁹⁴ Art. 8.º ab).

online, consiste na adição de novas práticas comerciais ao elenco de práticas que, pela sua especial gravidade, são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

A primeira destas alterações consiste na introdução da proibição de disponibilização de resultados no âmbito de uma pesquisa online realizada pelo consumidor, sem transmitir claramente a informação sobre a existência de qualquer publicidade paga ou qualquer outro pagamento para que seja alcançada uma posição mais elevada no *ranking* de produtos apresentados no âmbito dessa pesquisa⁹⁵.

Esta norma distingue-se da que é prevista pelo art. 3.º/4 b) da nova Diretiva uma vez que, ao contrário desta que não se aplica aos prestadores de motores de pesquisa online, será aplicável não só às pesquisas sobre produtos realizadas pelos consumidores nos mercados de comércio online, como também o será às pesquisas realizadas através de plataformas de comparação de preços e motores de pesquisa⁹⁶. Esta maior abrangência é um aspeto positivo, pois permite a salvaguarda do consumidor em relação a este tipo de prática, não só na plataforma onde irá concluir o negócio, mas também nas plataformas intermediárias ou motores de pesquisa que poderá utilizar para encontrar determinado produto, procurando-se assim garantir que o consumidor possui ao longo de todo o processo a informação necessária para tomar uma decisão esclarecida, tendo conhecimento de que determinado produto lhe foi apresentado em primeiro lugar não por possuir maior qualidade, relevância ou um melhor preço, mas porque o seu vendedor ou fornecedor pagou um preço para obter um melhor *ranking* nos resultados da pesquisa.

Para o cumprimento desta obrigação de informação, não é requerido que os profissionais divulguem informação detalhada sobre o funcionamento dos seus sistemas de *ranking*, incluindo os seus algoritmos, mas sim que disponibilizem uma descrição geral dos principais parâmetros utilizados por defeito pelo profissional e a sua importância relativa, por oposição a outros parâmetros⁹⁷.

A segunda prática comercial que passará a ser considerada desleal em todas as circunstâncias e, portanto, proibida, será a afirmação de que as

⁹⁵ Art. 3.º/7 a) da Diretiva 2018/0090 (COD).

⁹⁶ Cons. (20) da Diretiva 2018/0090 (COD).

⁹⁷ Cons. (23) da Diretiva 2018/0090 (COD).

avaliações dos produtos são submetidas por consumidores que utilizaram ou adquiriram esses produtos, sem que sejam tomadas medidas razoáveis e adequadas para que se verifique que, de facto, as avaliações têm origem nesses mesmos consumidores.

Esta proibição não é contrária à proibição de uma obrigação geral de vigilância estabelecida pelo art. 12.º do DL relativo ao Comércio Eletrónico, visto que não é estabelecida uma obrigação de garantir que as avaliações são, de facto, publicadas por consumidores que tenham adquirido ou utilizado os produtos aos quais a avaliação se refere. O que a Diretiva vem proibir é que, numa tentativa de aumentar a sua credibilidade e legitimidade, as plataformas de avaliações online declarem, sem tomar quaisquer medidas que permitam verificar a veracidade dessa afirmação, que as avaliações publicadas na sua plataforma têm origem em consumidores reais.

Esta norma justifica-se pela importância que as avaliações representam na atualidade, sendo que a informação em si contida possui um peso significativo na decisão de transação do consumidor médio. Naturalmente, a confiança do consumidor em relação ao conteúdo dessa informação depende em grande escala da sua origem, na medida em que o consumidor procura informação que lhe seja útil, que represente a experiência de utilização que ele próprio irá experienciar na eventualidade de adquirir esse mesmo produto e não a informação que é transmitida por um profissional, cujo interesse não passa por refletir uma experiência real de utilização de determinado produto, mas sim a sua promoção com vista à finalização de uma transação comercial.

Também a plataforma de avaliações online deseja que a informação publicada sob a forma de avaliações seja fidedigna, na medida em que quanto mais o consumidor confiar na plataforma, maior será o retorno financeiro para esta. Como tal, se a plataforma de avaliações transmitir ao consumidor a informação de que as avaliações disponibilizadas no seu sistema têm origem noutros consumidores que de facto utilizaram determinado produto, terá de garantir que toma as medidas adequadas e razoáveis para verificar a veracidade dessa declaração.

A terceira (e última) introdução levada a cabo pela nova Diretiva considera desleal em quaisquer circunstâncias a prática comercial em que se submete ou se encarrega uma pessoa singular ou coletiva a submeter avaliações de consumidores ou recomendações falsas, ou em que se

deturpa as avaliações de consumidores ou recomendações sociais, com vista à promoção de produtos.

O art. 6.º da atual Diretiva e o correspondente art. 7.º do DL já determinam ser uma ação enganosa a prática comercial que contiver informações falsas ou que seja suscetível de induzir o consumidor em erro e que conduza, em ambos os casos, a uma decisão de transação que o consumidor não teria tomado de outro modo.

Com esta alteração, porém, o regime vai mais longe, pois ao passo em que atualmente a deturpação do conteúdo informativo das avaliações constitui uma ação enganosa apenas se disser respeito a um dos elementos elencados pelo art. 6.º da Diretiva e 7.º do DL e, ainda, se cumprir o requisito de suscetibilidade de indução do consumidor em erro, levando-o ou sendo suscetível de o levar a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, com a introdução desta nova norma, essa deturpação da avaliação submetida pelo consumidor ou de uma recomendação social configura, independentemente das circunstâncias, uma prática comercial desleal.

De igual modo, apesar de já constar da lista negra de práticas que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias a prática em que o profissional se faz passar por um consumidor, submetendo avaliações num sistema de avaliações destinado aos consumidores, ou em que o profissional encarrega outrem para o fazer em seu nome (na medida em que, de acordo com o art. 3.º b), é considerado profissional quem atua por conta desse profissional), a nova Diretiva vem estabelecer explicitamente que submeter ou encarregar outrem para submeter avaliações ou recomendações falsas ou com vista à promoção de produtos constitui uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias, afastando assim qualquer dúvida acerca do caráter desleal desta prática.

As recomendações sociais a que a norma introduzida faz referência consistem, por exemplo, na falsificação de “gostos” em publicações nas redes sociais online⁹⁸, em que determinada pessoa cuja influência é significativa nessa rede social adquire, a mando do profissional, “gostos” de forma fraudulenta, com vista a aumentar a credibilidade e popularidade de determinado produto, de modo a promover a sua venda. De notar,

⁹⁸ Constituem exemplos as plataformas Facebook, Twitter e Instagram.

igualmente, que a deturpação referida pode ocorrer por via da eliminação de avaliações negativas ou pela utilização de avaliações ou recomendações num contexto diferente, criando a aparência de que o consumidor toma uma posição positiva em relação ao produto promovido pelo profissional⁹⁹.

É importante, todavia, ter em atenção que a prática comercial em que um profissional encarrega outra pessoa singular ou coletiva para a publicação de avaliações ou recomendações não é, por si só, considerada desleal, na medida em que se o conteúdo informativo presente na avaliação ou recomendação for verídico e se for devidamente comunicado ao consumidor que essa mesma avaliação ou recomendação foi submetida mediante o pagamento de um preço ou promovida de outro modo pelo profissional, estão cumpridos todos os deveres de informação e, se forem igualmente respeitadas as normas reguladoras da publicidade e da concorrência, constitui uma prática comercial legítima e em conformidade com a lei em vigor.

A inclusão destas práticas comerciais no elenco das listas negras surge como resposta à necessidade de regular os sistemas de avaliação online, na medida em que possuem um elevado potencial lesivo para os consumidores que, face a estas práticas, podem facilmente tomar uma decisão de transação que não teriam tomado de outro modo.

2.4.2. Práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância

A segunda parte da lista negra de práticas consta do art. 12.º do DL e contém o elenco de práticas comerciais que são consideradas agressivas, independentemente do contexto em que se verifica a sua ocorrência.

2.4.2.1. Retenção do consumidor no estabelecimento

Nesta situação, prevista no art. 12.º a), o profissional cria no consumidor a impressão de que este apenas será livre para sair do estabelecimento após a tomada de uma decisão de transação positiva, o que retira a

⁹⁹ Cons. (49) da Diretiva 2018/0090 (COD).

liberdade de decisão do consumidor, que se vê forçado a celebrar um contrato para pôr fim à situação em causa.

2.4.2.2. Visitas e contactos insistentes

Esta modalidade constitui a situação mais recorrente de assédio, em que o profissional visita frequentemente o consumidor na sua residência ou contacta-o sistematicamente e de forma não solicitada por telefone, em ambas as situações quando o consumidor já referiu não querer contratar o bem ou o serviço, conforme consta do art. 12.º b) e c). Devido à forte pressão colocada pelo profissional sob o consumidor, este sente que só deixará de ser incomodado se celebrar o contrato proposto pelo profissional.

2.4.2.3. Dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos ao abrigo de uma apólice de seguro

Nesta situação, o DL determina ser, no art. 12.º d), uma prática agressiva em qualquer circunstância a colocação de exigências documentais desproporcionadas ou deixar sistematicamente sem resposta os consumidores que pretendam solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro. Esta qualificação tem como objetivo impedir que as seguradoras utilizem expedientes dilatórios para recusar o cumprimento de contratos de seguro celebrados com os consumidores.

2.4.2.4. Exortação direta às crianças para que estas ou outros adultos adquiram bens ou serviços

Nestes casos, o profissional dirige a sua prática diretamente às crianças, para que estas ou outros adultos adquiram bens ou serviços. Esta prática, prevista no art. 12.º e), é considerada agressiva, não só pelo facto de as crianças serem especialmente vulneráveis por serem mais facilmente influenciáveis, mas também pela maior dificuldade que os adultos tendencialmente têm em recusar os seus pedidos.

2.4.2.5. Exigência do pagamento, devolução ou guarda de bens ou serviços não solicitados

Nesta situação, prevista no art. 12.º f), a prática do profissional consiste na exigência do pagamento de bens ou serviços que não foram solicitados, como é exemplo o envio de um produto não solicitado pelo correio. A *ratio* da norma vai no sentido de não permitir que se verifiquem situações em que o destinatário do produto ou serviço não solicitado se sinta forçado a pagar pelo facto de já se encontrar na posse do produto ou de se ter verificado a prestação do serviço¹⁰⁰.

2.4.2.6. Informar o consumidor que a sua recusa em contratar coloca em causa o emprego ou a subsistência do profissional

Esta prática é igualmente considerada agressiva nos termos do art. 12.º g) porque coloca uma grande pressão para que o consumidor tome a decisão de contratar, motivado pelo seu espírito de solidariedade e não por sua livre vontade, que é fortemente diminuída pelo sentido de culpa que o profissional lhe causa.

2.4.2.7. Transmitir a falsa impressão de que o consumidor já ganhou ou vai ganhar um prémio ou vantagem inexistente ou gerador de custos

A adoção desta prática, prevista no art. 12.º h), é considerada agressiva em qualquer circunstância pelo facto de o consumidor ser levado a celebrar um contrato com base em pressupostos erróneos, julgando estar a receber um prémio ou vantagem quando, na verdade, poderá estar a ser colocado numa situação de desvantagem.

¹⁰⁰ O art. 9.º/4 da Lei de Defesa do Consumidor determina 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, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa”.

2.5. Meios de reação

Importa agora uma análise aos meios de reação que o DL confere aos consumidores afetados por práticas comerciais desleais, bem como às alterações introduzidas no âmbito do *New Deal for Consumers* acerca desta matéria.

2.5.1. Contraordenação

No seguimento do balanço de qualidade REFIT, a Comissão considerou que um dos principais fatores na origem do incumprimento das normas de proteção do consumidor é o valor das sanções aplicáveis que, além de variar de forma acentuada entre os diferentes EM's, também se revela insuficiente para dissuadir os profissionais do seu incumprimento.

A título de exemplo, no regime atual, a sanção máxima aplicável face ao incumprimento da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais corresponde apenas a 8.688€ na Letónia, o que se revela manifestamente insuficiente para dissuadir os grandes agentes económicos do mercado europeu. A disparidade entre EM's é comprovada ao verificar que a sanção máxima corresponde a 10% do lucro anual gerado pelo profissional na Polónia, na França e na Holanda¹⁰¹.

Em Portugal, nos termos do art. 21.º/1 do regime vigente, a adoção de uma prática comercial considerada desleal constitui uma contraordenação, punível com coima no valor de 250€ a 3740,98€ se o infrator for pessoa singular e de 3000€ a 44891,81€ se o infrator for pessoa coletiva, com a possibilidade de serem igualmente aplicáveis sanções acessórias em função da gravidade da infração e da culpa do agente¹⁰², pela duração máxima de dois anos contados a partir da decisão condenatória final¹⁰³. De

¹⁰¹ *Briefing of Modernisation of EU consumer protection rules*, 2019, p. 3.

¹⁰² Art. 21.º/2: “perda de objetos pertencentes ao agente; interdição do exercício de profissões ou atividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; publicidade da aplicação das coimas e das sanções acessórias, a expensas do infrator”.

¹⁰³ À exceção da sanção acessória de publicidade da aplicação das coimas e sanções acessórias.

salientar que a negligência é sempre punível, sendo os limites máximos e mínimos das coimas reduzidos a metade.

Com o objetivo de elevar o grau de cumprimento da legislação europeia e, conseqüentemente, proteger mais eficazmente os consumidores, a Comissão pretende, com a nova Diretiva, proceder à alteração do regime sancionatório aplicável às contraordenações verificadas no âmbito da legislação relativa às práticas comerciais desleais¹⁰⁴, determinando no art. 3.º/6 que os EM's deverão estabelecer as regras relativas às sanções aplicáveis ao incumprimento da legislação nacional transposta, tomando as provisões necessárias para garantir a sua implementação, bem como que essas respetivas sanções deverão ser efetivas, adequadas e dissuasivas.

Nos termos da nova Diretiva, a Comissão apresenta uma lista indicativa e não exaustiva de critérios, cuja utilização na determinação da imposição das sanções deve ser garantida pelos EM's. Estes critérios correspondem à natureza, gravidade, escala e duração do incumprimento; a qualquer ação tomada pelo profissional no sentido de minimizar ou reparar os danos sofridos pelos consumidores; qualquer outro incumprimento por esse profissional; os ganhos financeiros ou as perdas evitadas pelo profissional devido a esse incumprimento, se essa informação estiver disponível; as sanções impostas ao mesmo profissional pela mesma violação noutra EM em casos transfronteiriços, quando a informação sobre tais sanções estiver disponível através do mecanismo de cooperação estabelecido pelo regulamento 2017/2394 (UE); e a qualquer outro fator agravante ou mitigante aplicável às circunstâncias do caso.

A nova Diretiva determina ainda que os EM's devem garantir que quando as sanções são aplicadas de acordo com o art. 21.º do Regulamento relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores¹⁰⁵, estas devem incluir a possibilidade de as coimas serem aplicadas através de procedimento administrativo ou a possibilidade de iniciar procedimentos legais para a aplicação de coimas, ou ambas as possibilidades. O valor máximo da coima deve ser de pelo menos 4% do volume de negócios anual do profissional no EM ou EM's em causa.

¹⁰⁴ O regime sancionatório é alterado no mesmo sentido no que se refere à Diretiva 2011/83/EU, à Diretiva 93/13/EC e, em parte, à Diretiva 98/6/EC.

¹⁰⁵ Regulamento (EU) 2017/2394.

Nos casos em que a sanção será aplicada nos termos do referido art. 21.º do Regulamento, mas em que a informação acerca do volume de negócios do profissional não está disponível, os EM's deverão introduzir a possibilidade de aplicação de coimas, cujo valor máximo deve ser de, pelo menos, 2 milhões de euros.

O art. 21.º do Regulamento prevê as medidas de aplicação no âmbito de ações coordenadas e determina que as 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, aplicando sanções ao profissional responsável simultaneamente em todos os EM's aos quais essa infração diz respeito, como coimas ou sanções pecuniárias temporárias.

Ainda neste âmbito, a nova Diretiva prevê que, nos casos em que a infração generalizada se refere ao incumprimento das disposições constantes da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, por motivos constitucionais os EM's podem limitar a aplicação destes tetos mínimos para o valor máximo da coima aplicável à violação do disposto nos arts. 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e Anexo I da Diretiva, ou seja, às situações em que o profissional adota uma conduta correspondente a uma ação enganosa, omissão enganosa, prática agressiva ou às práticas consideradas desleais em qualquer circunstância.

Esta limitação pode ainda estender-se às situações de violação da diligência profissional nos casos em que o profissional continue a praticar um ato que tenha sido declarado desleal pela autoridade nacional competente ou tribunal.

Por último, de acordo com a nova Diretiva, os EM's são livres de estabelecer um valor máximo superior ao indicado, pois ao estabelecer um teto mínimo comum para o valor máximo da coima aplicável nas situações de infração generalizada pelos profissionais no mercado da União, a Comissão pretende harmonizar as sanções aplicáveis pelos EM's nos casos de incumprimento da legislação, com o objetivo de fortalecer a sua aplicação coerciva e garantir que as coimas aplicáveis têm um real poder dissuasor sobre os profissionais. Neste sentido, ao estabelecer uma harmonização mínima em relação ao valor mínimo para o montante máximo aplicável, a Comissão atribui uma margem discricionária aos EM's para que possam aplicar sanções mais severas, que poderá revelar-se decisivo

para a eficácia dissuasora nos EM's com economias mais desenvolvidas e em que os profissionais exibem um maior poder económico para fazer face às coimas aplicadas pela infração de legislação europeia.

2.5.2. Invalidade dos contratos

O DL estabelece no seu art. 14.º/1 que os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do art. 287.º do CC, que determina que apenas o consumidor tem legitimidade para arguir a anulabilidade do contrato e apenas dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento, exceto nos casos em que o negócio ainda não tenha sido cumprido, situação em que a anulabilidade pode ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção.

O art. 14.º/2 admite que o consumidor, em vez de arguir a anulabilidade, possa requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Esta solução é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais, uma vez que estas não se caracterizam por conduzir a um desequilíbrio contratual que necessite de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em ações ou omissões enganosas ou agressivas¹⁰⁶.

A lei estabelece ainda no art. 14.º/3 que, se a invalidade afetar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, o consumidor pode optar pela sua manutenção, reduzindo-o ao seu conteúdo válido. Isto significa que, no âmbito das práticas comerciais desleais, a invalidade parcial afeta todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução¹⁰⁷, diferindo assim do regime geral da redução negocial que estabelece, no art. 292.º do CC, que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.

O estabelecimento de um regime próprio de invalidade para os contratos celebrados na sequência de práticas comerciais desleais, que contém desvios ao regime geral da invalidade, é justificado pelo caráter

¹⁰⁶ MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, p. 93.

¹⁰⁷ MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, p. 93.

maioritariamente privado dos interesses que estão em causa. Neste sentido, numa ótica de efetiva proteção do consumidor, não seria adequado recorrer à figura da nulidade, mas antes ao regime da anulabilidade, que permite, à semelhança do que acontece nos regimes gerais do erro, da coação e da usura, que o consumidor lesado avalie, caso a caso, se lhe é vantajoso invalidar, modificar ou manter o contrato celebrado na sequência de uma prática comercial desleal¹⁰⁸.

2.5.3. Responsabilidade civil

Face aos resultados da avaliação REFIT, a Comissão considerou igualmente insuficientes e ineficazes as reparações individuais à disposição dos consumidores vítimas de uma prática comercial desleal pois, apesar de a atual Diretiva proibir as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas, não determina que recursos devem estar disponíveis aos consumidores.

Apesar de alguns EM's terem estabelecido reparações individuais aquando da transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, como foi, aliás, o caso de Portugal, cujo DL relativo às práticas comerciais desleais determina no seu art. 15.º que o consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida pelo DL é ressarcido nos termos gerais da responsabilidade civil, verifica-se que a maioria dos EM's optou por disponibilizar aos consumidores apenas reparações de âmbito contratual, nomeadamente a possibilidade de resolver o contrato e de ser restituído pelo montante pago, por oposição a soluções de âmbito extracontratual que permitiriam o ressarcimento pelos danos sofridos pelo consumidor alvo de uma prática comercial desleal.

Em Portugal, face ao regime atualmente em vigor, o âmbito do dano indemnizável irá variar consoante o contrato seja ou não anulado ao abrigo do art. 14.º. Na situação em que se verifica a anulação do contrato, o carácter da indemnização será limitado ao interesse contratual negativo.

¹⁰⁸ CRISTAS, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, 2007, p. 154.

Pelo contrário, se o contrato não for anulado, o consumidor terá direito a ser indenizado de acordo com o interesse contratual positivo¹⁰⁹.

Perante a necessidade de garantir que os consumidores afetados por práticas comerciais desleais possuem vias para uma efetiva reparação dos danos sofridos por essas práticas, a nova Diretiva vem inserir um novo artigo (11.º-A) na Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, determinando que os consumidores lesados por práticas comerciais desleais devem ter acesso a soluções adequadas e efetivas, incluindo a compensação por danos sofridos pelo consumidor e, quando relevante, à redução do preço ou à resolução do contrato, sem prejuízo da aplicação de outras soluções decorrentes de legislação nacional ou europeia.

Este novo artigo estabelece ainda que os EM's devem determinar os critérios de aplicação e os efeitos dessas soluções tendo em consideração, quando apropriado, a gravidade e natureza da prática comercial desleal, os danos sofridos pelo consumidor e quaisquer outras circunstâncias relevantes.

A sua formulação, no entanto, parece demasiado vaga, na medida em que faz pouco mais do que requerer aos EM's que adotem soluções de reparação individual, deixando uma margem de discricção muito grande para os EM's e deixando em aberto várias questões, como saber se devem ter acesso a reparações todos os consumidores afetados por uma prática comercial desleal ou apenas aqueles que forem alvo de determinadas práticas¹¹⁰. Na ausência de qualquer limitação no art. 11.º-A, introduzido pela nova Diretiva, poderá assumir-se que as reparações individuais deverão ser admissíveis mediante a verificação de qualquer prática comercial desleal¹¹¹.

Outra questão suscitada pelo artigo em causa é em relação à quantificação dos danos, que poderá ser de difícil apuramento nos casos em que, apesar de não ter sido celebrado um contrato, o consumidor sofreu danos na sequência da prática comercial desleal¹¹². Adicionalmente, coloca-se a questão de saber se a reparação poderá abranger também os danos

¹⁰⁹ MENEZES LEITÃO, *A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais*, 2016, p. 94.

¹¹⁰ A Diretiva prevê quatro tipos de práticas comerciais desleais – desconformidade à diligência profissional; ação enganosa; omissão enganosa e prática agressiva.

¹¹¹ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The “New Deal” for EU Consumers*, 2018, p. 5.

¹¹² TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The “New Deal” for EU Consumers*, 2018, p. 6.

morais, como a frustração de expectativas. De igual forma, o prazo e o modo de apresentação da reclamação deverá ser determinado pelos EM's aquando da transposição, podendo ser impostas limitações ao tipo e valor máximo de danos que poderão ser reclamados pelos consumidores. Neste sentido, será importante determinar critérios razoavelmente previsíveis para a reclamação de danos, de modo a manter a responsabilidade dos profissionais dentro dos limites expectáveis¹¹³.

Finalmente, será também necessário determinar a quem compete o ónus de prova. Por um lado, nem todos os profissionais realizam práticas comerciais desleais com a intenção de enganar ou prejudicar o consumidor, sendo possível em determinados casos agir deslealmente sem que se apercebam que a sua conduta está a violar os direitos dos consumidores, pelo que os EM's poderão estabelecer pré-requisitos de aplicação, como a intenção, negligência ou consistência da prática comercial desleal para efeitos de atribuição do direito de reparação ao consumidor¹¹⁴. Esta solução poderá colocar o ónus da prova do lado do consumidor, que teria de demonstrar a intenção ou negligência na conduta desleal do profissional ou, em alternativa, poderá colocar esse ónus na esfera do profissional, ao estabelecer uma presunção de admissibilidade da reparação individual, que poderá ser ilidida pelo profissional se demonstrar que não agiu negligentemente ou com a intenção de levar o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo¹¹⁵.

A questão do ónus da prova é ainda relevante no que diz respeito à legitimidade do consumidor para exigir uma reparação pelos danos sofridos, na medida em que, apesar de se verificar uma prática comercial desleal direcionada ao consumidor, esta poderá não ter afetado o seu comportamento económico, pois o consumidor teria celebrado o contrato independentemente da verificação dessa prática desleal. Os EM's poderão, neste sentido, determinar que o consumidor deve fazer prova de que o seu comportamento económico foi, de facto, influenciado pela conduta do profissional e que ocorreram efetivamente danos em consequência dessa mesma prática comercial desleal¹¹⁶.

¹¹³ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 6.

¹¹⁴ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 6.

¹¹⁵ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 6.

¹¹⁶ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 6.

Concluindo, entendemos ser positiva a inclusão da possibilidade de reparações individuais para os consumidores afetados por práticas comerciais desleais, especialmente por possibilitar o pedido de compensação pelos danos diretamente ao fabricante, nas situações em que a prática comercial desleal não é realizada pelo profissional vendedor, mas sim pelo produtor, e em que anteriormente o consumidor era deixado desprotegido e sem possibilidade de ser diretamente recompensado pelos danos sofridos no seguimento dessa prática desleal¹¹⁷.

No entanto, considerando as questões suscitadas anteriormente, que terão de ser resolvidas pelos EM's aquando da transposição da nova Diretiva para as respetivas jurisdições nacionais, o objetivo de harmonização da legislação aplicável no mercado único poderá ser colocado em causa, na medida em que o elevado grau de discricionariedade atribuído aos EM's na concretização do regime irá certamente levar a diferentes soluções legislativas de âmbito nacional, resultando numa divergência entre os pré-requisitos, limitações e ónus de prova relevantes para o acesso às reparações individuais para os consumidores entre os diversos EM's da UE¹¹⁸.

2.5.4. Direito de ação inibitória

O DL determina ainda a possibilidade de qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais, recorrer à instauração de ação inibitória¹¹⁹ com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas¹²⁰. A sentença proferida

¹¹⁷ A Comissão cita como exemplo o caso *Dieselgate* (Volkswagen), em que muitos consumidores não foram capazes de exigir o ressarcimento dos danos sofridos ao produtor dos automóveis. *Documento COM (2018) 185 final*, p.13.

¹¹⁸ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 6.

¹¹⁹ Prevista no art. 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, admitindo o recurso à ação inibitória de forma a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, nomeadamente as que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

¹²⁰ Art. 16.º.

em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória¹²¹, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar¹²².

2.5.5. Medidas cautelares

Sem prejuízo do direito de ação inibitória, o DL prevê a possibilidade de aplicação de medidas cautelares como meio de reação contra uma situação em que se verifica uma prática comercial desleal¹²³. O DL determina que qualquer pessoa (incluindo os profissionais concorrentes) que detenha um interesse legítimo em opor-se às práticas comerciais desleais proibidas pode submeter a questão, por qualquer meio ao seu dispor, à autoridade administrativa competente¹²⁴ que, por sua vez, pode ordenar medidas cautelares de cessação temporária da prática comercial desleal ou determinar a proibição prévia de uma prática comercial desleal iminente, independentemente de culpa ou da prova da ocorrência de um prejuízo real. A aplicação destas medidas cautelares está sujeita a um juízo prévio de previsibilidade da existência dos pressupostos da ocorrência de uma prática comercial desleal.

Nos termos do art. 19.º, a autoridade administrativa competente para ordenar as medidas cautelares é a ASAE ou a entidade reguladora do setor no qual ocorra a prática comercial desleal, cabendo sempre recurso da medida adotada para o tribunal judicial da área onde a prática se verificou, de acordo com o art. 20.º/7.

3. Os Sistemas de avaliações online

Os sistemas de avaliações online constituem, nos dias de hoje, um instrumento tecnológico fundamental para o funcionamento e desenvolvimento do mercado único europeu e da economia digital a nível global.

¹²¹ Art. 829.º-A do CC.

¹²² Art. 10.º/2 da LDC.

¹²³ Art. 20.º.

¹²⁴ Nos termos do art. 19.º/1, a autoridade administrativa competente será a ASAE ou a entidade reguladora do setor no qual ocorra a prática comercial desleal.

Porém, ao mesmo tempo que vêm facilitar o comércio e propiciar o seu desenvolvimento, têm também a capacidade de aumentar as assimetrias de informação existentes entre profissionais e consumidores¹²⁵, levantando novas questões acerca da regulação dos mercados.

De facto, o rápido desenvolvimento tecnológico e a rápida expansão de novas formas de comércio online, impulsionadas em parte pelos próprios sistemas de avaliações online, representam atualmente um dos maiores desafios para o legislador europeu em matéria de Direito do Consumo, que tem a tarefa não só de atualizar as normas existentes à realidade presente, como também o difícil desafio de estabelecer normas que sejam capazes de acompanhar a constante evolução tecnológica de modo a garantir a relevância e a eficácia da legislação relativa à proteção dos consumidores no futuro.

É precisamente devido a este contexto que o principal foco das alterações decorrentes das medidas inseridas no âmbito do *New Deal for Consumers* se centra na modernização dos conceitos e regimes legais, com particular destaque para os mercados de comércio online e os problemas que têm origem na sua atuação, em especial os sistemas de avaliações online.

Assim, antes de proceder à definição do conceito de avaliações online, é necessário explorar e entender as circunstâncias que deram origem a este sistema, quais os seus méritos e os motivos que explicam a sua extrema relevância atual, para depois procedermos à identificação dos problemas que são suscitados pela utilização deste tipo de instrumento, as suas causas e as suas possíveis soluções.

3.1. Paradigma da informação

A abordagem da UE em relação à matéria de proteção do consumidor tem sido fortemente baseada na construção de legislação que tem na sua base a imposição de obrigações de transmissão de informações pré-contratuais aos consumidores pelos profissionais¹²⁶, o que vai ao

¹²⁵ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 7.

¹²⁶ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 18.

encontro do disposto no art. 114.º do TFUE, que determina que a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar a sua defesa, a UE contribuirá para a proteção dos seus interesses económicos e para a promoção do seu direito à informação.

Esta estratégia legislativa da UE visa a prossecução de três linhas de ação relacionadas com o objetivo geral de promoção do mercado interno, conforme previsto no art. 24.º do TFUE¹²⁷, traduzindo-se no combate às assimetrias de informação existentes nos contratos de consumo através da disponibilização de informações pré-contratuais à parte que possui um défice de informação.

Numa primeira linha, ao corrigir-se o problema da assimetria de informação que afeta o consumidor através da transmissão de informações pré-contratuais, este é capaz de tomar uma decisão de transação informada, selecionando a melhor das ofertas no mercado, o que consequentemente irá promover a competição entre os profissionais nesse mesmo mercado, aumentando a qualidade da globalidade de bens e serviços oferecidos.

Num segundo plano, as medidas que estabelecem perante os profissionais a obrigação de clarificar aos consumidores as condições das suas ofertas terá como reflexo o aumento da transparência no mercado, aumentando o nível de proteção do consumidor e o seu grau de confiança, que por sua vez contribui para o crescimento do mercado.

No terceiro patamar, a harmonização dos requerimentos de informação nos diversos EM's tem como consequência o aumento da segurança jurídica que, por sua vez, se reflete no aumento da confiança dos consumidores e na eliminação de encargos e entraves aos profissionais no acesso ao mercado europeu, contribuindo assim para a concretização do mercado único¹²⁸.

Apesar das vantagens enunciadas, este modelo de abordagem legislativa não é irrepreensível, deixando margem para o surgimento de várias questões que colocam em causa os objetivos de proteção do consumidor e de desenvolvimento do mercado único europeu.

¹²⁷ KÄSTLE-LAMPARTER, *Pre-contractual Information Duties*, 2018, pp. 402-403.

¹²⁸ Cons. (6) e (7) do TFUE.

A primeira questão está relacionada com o excesso de informação¹²⁹. A abordagem adotada pela UE pressupõe que os consumidores tomam melhores decisões com base na informação que lhes é disponibilizada, mas estudos nas áreas da economia comportamental e da psicologia cognitiva têm contrariado esta ideia, demonstrando que a capacidade humana para receber e processar informação é limitada e que a informação tem uma utilidade marginal. De facto, o consumidor poderá ficar saturado com informação excessiva, momento a partir do qual a transmissão de informação adicional é inútil e poderá inclusive ter efeitos adversos¹³⁰. Exemplo desta situação são os documentos referentes aos termos e condições utilizados no mercado, especialmente no setor tecnológico e online, cuja dimensão¹³¹ e complexidade tornam a sua leitura (e ainda mais a sua efetiva compreensão) simplesmente impraticáveis para o consumidor médio, que opta por não analisar ou utilizar a informação transmitida¹³².

De facto, a atenção humana é um recurso escasso, tal como o são o alcance da memória imediata e a habilidade para distinguir diferentes categorias de particular dimensão¹³³, situação que é agravada se o consumidor tentar comparar diversas ofertas e as respetivas informações pré-contratuais emitidas pelos profissionais¹³⁴, especialmente se, como acontece frequentemente, o consumidor se encontrar pressionado por limitações de tempo¹³⁵.

¹²⁹ NARCISO, no âmbito do European Consumer Law Seminars, promovido pelo Nova Consumer Lab a 18/03/2019; KÄSTLE-LAMPARTER, *Pre-contractual Information Duties*, 2018, p. 405.

¹³⁰ KÄSTLE-LAMPARTER, *Pre-contractual Information Duties*, 2018, p. 405.

¹³¹ A título de exemplo, o documento referente ao *Contrato do Utilizador para o Serviço PayPal*, em vigor até 19/08/2019, possui 162 páginas.

¹³² DUROVIC, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/CE on Unfair Commercial Practices*, 2015, p. 736.

¹³³ MILLER, *The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on our Capacity for Processing Information*, 1956, p. 91; PAREDES, *Blinded by the Light: Information Overload and its Consequences for Securities Regulation*, 2003, p. 441.

¹³⁴ JACOBY, SPELLER e KOHN, *Brand Choice Behavior as a Function of Information Load*, 1974, pp. 63-69.

¹³⁵ BETTMAN, LUCE e PAYNE, *Constructive Consumer Choice Processes*, 1998, p. 200.

A vasta diversidade e quantidade de informação irá eventualmente diminuir a qualidade do processo decisório, na medida em que os consumidores não só se encontram distraídos e sobrecarregados com informação menos relevante, como também irão recorrer a estratégias de decisão simplificadas, utilizando menos informação para a tomada de decisão¹³⁶.

Neste seguimento, surge a segunda questão, que se prende com o facto de que toda a estrutura legal é construída com base na presunção de que o consumidor é um agente económico racional. No entanto, a verdade é que existem limitações às habilidades cognitivas dos consumidores¹³⁷, na medida em que mesmo que a informação chegue aos consumidores, não se pode esperar que estes a utilizem de modo efetivamente perfeito no seu processo de tomada de decisão, que será antes afetado por uma “racionalidade limitada”¹³⁸.

Os consumidores recorrem a uma série de regras de senso comum baseadas em processos heurísticos ou cognitivos para as suas tomadas de decisão e a sua racionalidade é normalmente afetada por diversos preconceitos e falsas percepções¹³⁹. De facto, os processos heurísticos envolvem uma troca entre a simplificação e a otimização da informação, pelo que no contexto da tomada de decisão é inteiramente possível que os consumidores selecionem opções heurísticas que limitem o esforço cognitivo, mas que não levam à seleção da melhor ou até da mais satisfatória decisão¹⁴⁰.

A solução para o problema da sobrecarga de informação exige uma redução da quantidade absoluta de informação, limitando a transmissão de informação apenas aos elementos essenciais para a tomada de decisão¹⁴¹, o que é parcialmente conseguido através do art. 9.º do DL relativo

¹³⁶ PAREDES, *Blinded by the Light: Information Overload and its Consequences for Securities Regulation*, 2003, pp. 440-442.

¹³⁷ KÄSTLE-LAMPARTER, *Pre-contractual Information Duties*, 2018, p. 407.

¹³⁸ KAHNEMAN, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, 2003, pp. 1449-1475.

¹³⁹ KÄSTLE-LAMPARTER, *Pre-contractual Information Duties*, 2018, p. 407.

¹⁴⁰ MALHOTRA, *Reflections on the Information Overload Paradigm in Consumer Decision Making*, 1984, pp. 436-438.

¹⁴¹ EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER e ZIMMERMANN, *Towards a Revision of the Consumer-acquis*, 2011, pp. 36-37.

às práticas comerciais desleais, que procura minimizar este problema ao estabelecer que apenas constitui uma omissão enganosa a não transmissão de informação que seja considerada substancial¹⁴².

Não obstante, persiste o problema da acumulação de informação¹⁴³, na medida em que por mais que esta seja reduzida ao seu conteúdo essencial, o consumidor médio continua a ser sobrecarregado com informação relativa aos diversos produtos e serviços que contrata ou utiliza diariamente.

3.1.1. Novos deveres de informação

Com a nova Diretiva, que vem introduzir alterações à Diretiva relativa aos direitos dos consumidores no âmbito do pacote de medidas incluído no *New Deal for Consumers*, o legislador europeu mantém a mesma estratégia regulatória analisada no ponto anterior, ao adicionar novos deveres de informação específica para os contratos celebrados através dos mercados de comércio online, procurando assim combater os desafios colocados por este novo modelo de negócio.

O novo artigo determina que, sem prejuízo do disposto na Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, antes de o consumidor se encontrar vinculado a um contrato celebrado à distância ou a qualquer oferta correspondente, num mercado de comércio online, o prestador desse mercado de comércio online deve fornecer determinada informação de modo claro, compreensível e de forma adequada aos meios de comunicação à distância¹⁴⁴.

A primeira informação adicional a ser prestada aos consumidores no seguimento da nova Diretiva é relativa à informação geral sobre os parâmetros que determinam o *ranking* das ofertas apresentadas ao consumidor como resultado de uma pesquisa e a importância relativa desses parâmetros, por oposição a outros parâmetros, e que deve ser disponibilizada numa secção específica da interface online que seja direta e facilmente acessível a partir da página em que as ofertas são apresentadas ao consumidor.

¹⁴² SCHOLES, *Information Requirements*, 2009, p. 93.

¹⁴³ BEN-SHAHAR e SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, 2011, p. 746.

¹⁴⁴ Art. 4.º/5 da Diretiva 2018/0090 (COD).

De acordo com um estudo recente¹⁴⁵, os produtos apresentados ao consumidor em primeiro lugar na sequência de uma pesquisa têm uma probabilidade de ser adquiridos pelo consumidor 47% superior aos restantes produtos, o que se justifica pelo facto de 80% dos consumidores consultar apenas a primeira página de resultados, pelo que, naturalmente, os produtos apresentados em primeiro lugar tenderão a ser seleccionados mais frequentemente.

Esta situação não é, no entanto, problemática por si só, na medida em que revela apenas o comportamento económico dos consumidores, que não têm por hábito consultar mais do que uma página de resultados. O problema coloca-se nos casos em que o consumidor não tem conhecimento dos critérios que levaram a que determinados produtos fossem apresentados em primeiro lugar, visto que a ordem de apresentação não é necessariamente baseada no melhor preço ou melhor qualidade dos produtos. Trata-se, portanto, fundamentalmente de um problema de falta de informação transmitida ao consumidor, que a nova Diretiva pretende combater.

Em segundo lugar, a nova Diretiva veio introduzir como requisito a obrigação de informar se a contraparte que fornece os bens ou serviços é ou não um profissional, com base na declaração que esse terceiro transmite à plataforma de comércio online. Nesta sequência, nas situações em que a contraparte que fornece os bens ou serviços não é um profissional, a nova Diretiva exige que se informe o consumidor que os direitos de protecção do consumidor, decorrentes da legislação europeia, não são aplicáveis ao contrato em questão. Devido à complexidade destes dois pontos no que diz respeito à sua incapacidade de resolver o problema subjacente à sua proposição, este tema será melhor explorado, posteriormente, neste estudo.

Adicionalmente, a nova Diretiva vem estabelecer que, quando aplicável, o consumidor deve ser informado sobre o modo como as obrigações contratuais são partilhadas entre a terceira parte que fornece os bens ou serviços e o prestador da plataforma de mercado de comércio online. Esta informação não prejudica a responsabilidade que a plataforma de

¹⁴⁵ *Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704 (acedido a 22/04/2019).

mercado de comércio online ou o profissional possam ter em relação ao contrato, sob outra legislação nacional ou europeia.

Este requisito de informação adicional é extremamente importante, na medida em que 60% dos consumidores e 40% dos profissionais afirma não ter conhecimento dos seus direitos e deveres¹⁴⁶, o que é agravado pela circunstância de que cada vez mais assistimos a um fenómeno de contratação triangular¹⁴⁷, envolvendo não só o consumidor e o profissional, mas também uma plataforma¹⁴⁸. Exige-se, assim, que o consumidor possua um maior conhecimento em relação a quem se poderá dirigir em caso de litígio, o que poderá contribuir para a taxa de sucesso na resolução dos conflitos.

Por último, a nova Diretiva determina que, sem prejuízo da Diretiva relativa ao comércio eletrónico, nomeadamente quanto ao seu art. 15.^º que proíbe a existência de uma obrigação de vigilância por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação, os EM's não estão proibidos de impor requisitos de informação adicionais, adequados, não discriminatórios e com base justificatória na proteção dos consumidores.

3.2. Conceito de avaliações online

Finalizada a análise do paradigma da informação, podemos concluir que a questão colocada por este modelo, em relação ao processo decisório, é “o que é que os consumidores *devem* saber?”, enquanto que a questão deveria ser “o que é que os consumidores *querem* saber?”. A resposta a esta segunda questão é a de que os consumidores não pretendem ter acesso a informação pré-contratual, mas sim a conselhos, recomendações e níveis de satisfação de terceiros em relação a determinado produto que estes tenham utilizado e cujo consumidor tem interesse em adquirir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704 (acedido a 22/04/2019).

¹⁴⁷ CAMPOS CARVALHO, *A Proteção do Consumidor na Sharing Economy*, 2016, pp. 300-301.

¹⁴⁸ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 2.

¹⁴⁹ BEN-SHAHAR e SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, 2011, p. 746.

Seguindo o modelo da procura e da oferta¹⁵⁰, perante a procura deste tipo de informação por parte dos consumidores, os mercados reagiram e criaram espontaneamente sistemas que permitem a agregação de avaliações de determinados produtos e serviços por utilizadores desses mesmos sistemas¹⁵¹.

Estes sistemas de avaliações online consistem numa plataforma na qual é dada aos consumidores a possibilidade de classificar, recomendar, elogiar ou criticar determinado produto, serviço ou profissional através de comentários escritos ou pela atribuição de uma classificação, tipicamente numa escala de 1 a 5, na qual os seus usuários descrevem a sua experiência de utilização do produto ou serviço em causa ou a sua relação com o profissional ao longo de uma transação comercial¹⁵².

As avaliações online podem ser vistas como uma espécie de versão digital do tradicional marketing boca a boca¹⁵³, que é caracterizado como o meio através do qual a informação circula por via de conversas entre conhecidos e pela distribuição de rumores¹⁵⁴, cuja esfera de influência se restringe às comunidades locais¹⁵⁵. Este fenómeno de marketing boca a boca constitui um mecanismo de construção da confiança entre consumidores e profissionais através da proximidade, reciprocidade e repetidas e continuadas interações¹⁵⁶, que geram responsabilidade e contribuem para o cumprimento dos contratos¹⁵⁷. No caso dos sistemas de avaliações online, o princípio orientador continua a ser o mesmo mas a esfera de influência assume uma escala global, com o potencial de

¹⁵⁰ SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, p. 512, refere que “o consumo é o único propósito de toda a produção; e o interesse do produtor deve ser atendido apenas e na medida que seja necessária para a promoção do interesse do consumidor”.

¹⁵¹ BEN-SHAHAR e SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, 2011, p. 746.

¹⁵² NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 3.

¹⁵³ GODES e MAYZLIN, *Using Online Conversations to Study Word-of-Mouth Communication*, 2004, pp. 545-560.

¹⁵⁴ ELLICKSON, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 1991, p. 133.

¹⁵⁵ BROWN e REINGEN, *Social Ties and Word-of-Mouth Referral Behavior*, 1987, pp. 350-362.

¹⁵⁶ BERNSTEIN, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 1992, pp. 115-157.

¹⁵⁷ LOBEL, *The Law of the Platform*, 2016, p. 146.

alcançar milhões de utilizadores espalhados por todo o mundo por via da internet¹⁵⁸.

É esta capacidade de alcançar e influenciar um número quase ilimitado de pessoas que revela todo o potencial destes sistemas de avaliações online na economia atual, sendo a internet o seu elemento essencial e diferenciador. De facto, foi com o crescimento da internet e a sua acessibilidade a um número cada vez maior de utilizadores que se verificou um crescimento exponencial dos mercados de comércio online¹⁵⁹, também conhecidos por plataformas online, que podem ser definidos como qualquer website ou aplicação móvel que funciona como intermediário entre indivíduos para a celebração de contratos relativos a bens e serviços¹⁶⁰.

É neste contexto de rápido desenvolvimento dos mercados de comércio online que, aliado aos também elevados desenvolvimentos tecnológicos, surge um novo modelo de negócio – a economia partilhada, que pode ser definida como qualquer mercado ou plataforma online que permita o encontro entre indivíduos para a partilha ou troca de bens outrora subutilizados¹⁶¹. Por outras palavras, estas plataformas permitem a colaboração espontânea entre indivíduos que não faziam parte do mercado e que, por esta via, comercializam bens aos quais não davam uso, como as suas habitações (por via de plataformas como o Airbnb) ou os seus automóveis (por via de plataformas como a BlaBlaCar). Esta colaboração entre desconhecidos só é possível se estiver em vigor algum tipo de mecanismo de reputação que injete confiança no próprio sistema colaborativo, como é o caso dos sistemas de avaliações online, que indicam a qualidade e credibilidade do produto ou indivíduo em causa¹⁶², satisfazendo deste modo a principal função do Direito

¹⁵⁸ CHEN e XIE, *Online Consumer Review: Word-of-Mouth as a New Element of Marketing Communication Mix*, 2008, p. 479.

¹⁵⁹ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 2.

¹⁶⁰ Constituem exemplos de plataformas online: Amazon, Airbnb, Booking, eBay, Google Play Store, etcetera.

¹⁶¹ KOOPMAN, MITCHELL e THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, 2015, p. 531.

¹⁶² NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 3.

Privado, facilitando as trocas comerciais ao possibilitar que os agentes económicos conciliem as suas mútuas expectativas e, conseqüentemente, cooperem¹⁶³.

Atualmente, praticamente todas as plataformas utilizam algum tipo de mecanismo de reputação, nomeadamente através de avaliações qualitativas ou de classificações numéricas¹⁶⁴ o que, por sua vez, explica a importância que as avaliações desempenham no dia a dia dos consumidores, que recorrem a este tipo de sistemas quando procuram informação referente a praticamente todas as suas decisões de transação comercial¹⁶⁵, como por exemplo que telemóvel comprar, qual o restaurante a visitar ou qual o seu próximo destino de férias.

Representativos desta realidade são os números que indicam a quantidade de avaliações publicadas em algumas das principais plataformas online. A título de exemplo, a plataforma TripAdvisor reporta um total superior a 760 milhões de avaliações nos seus últimos 15 anos de atividade¹⁶⁶. Por sua vez, no que respeita à plataforma Amazon, a análise estatística demonstra que nos últimos 12 meses foram realizadas mais de 103 milhões de avaliações¹⁶⁷. Os números são ainda mais impressionantes ao analisar a atividade reportada na plataforma eBay, que indica terem sido realizadas mais de 709 milhões de avaliações apenas nos últimos 12 meses da sua atividade¹⁶⁸, o que é equivalente a cerca de 1350 avaliações publicadas por minuto.

No que respeita à análise estatística acerca dos consumidores, é estimado que cerca de 82% dos consumidores leem avaliações online antes de realizar uma compra e que um número superior a 70% se sente mais confortável acerca da sua decisão de compra quando tem as avaliações

¹⁶³ CALLIESS, *Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce*, 2007, p. 1.

¹⁶⁴ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 3.

¹⁶⁵ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 559.

¹⁶⁶ <https://tripadvisor.mediaroom.com/PT-content-integrity-policy> (acedido a 18/06/2019).

¹⁶⁷ <https://www.marketplacepulse.com/amazon/seller-feedback-reviews> (acedido a 18/06/2019).

¹⁶⁸ <https://www.marketplacepulse.com/ebay/seller-feedback-reviews> (acedido a 18/06/2019).

em conta no seu processo de decisão. Adicionalmente, é estimado que 60% dos consumidores confia mais nas avaliações escritas por outros consumidores do que na informação prestada pelos profissionais¹⁶⁹.

Perante estes dados, não será exagerado dizer que os sistemas de avaliação são o coração de muitas plataformas online e que a chamada economia colaborativa também poderá ser referida como uma “economia de reputação”¹⁷⁰, em que os comportamentos oportunistas são revelados e a informação é disseminada pelos restantes membros do mercado¹⁷¹, reduzindo as assimetrias de informação. Os vendedores, prestadores de serviços ou consumidores que demonstraram não ser de confiança são punidos pela atribuição de avaliações negativas e eventualmente serão marginalizados. Do lado oposto, aqueles que cumprem as regras de mercado são beneficiados com avaliações positivas que afetam diretamente e de forma positiva o lucro gerado pelos vendedores¹⁷².

De facto, o carácter positivo ou negativo das avaliações é frequentemente refletido, respetivamente, no número de vendas elevadas, baixas ou inexistentes¹⁷³. Os mecanismos de reputação servem, portanto, como um modo de controlo social ou regulamentação da comunidade ao prestar a transmissão e disponibilização de informação, verificação e controlo, que incentivam à adoção de uma boa postura¹⁷⁴.

3.2.1. Avaliações não fidedignas

Apesar de todas as vantagens mencionadas no ponto anterior, os sistemas de avaliações online apresentam diversos problemas no que

¹⁶⁹ *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, 2014, disponível em: <https://www.publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5> (acedido a 18/06/2019).

¹⁷⁰ MASUM e TOVEY, *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, 2012.

¹⁷¹ DIETZ, *Global Order Beyond Law: How Information and Communication Technologies Facilitate Relational Contracting in International Trade*, 2014, p. 225.

¹⁷² LUCA, *Reviews, Reputation and Revenue: The Case of Yelp.Com*, 2016, p. 4.

¹⁷³ FINLEY, *Trust in the Sharing Economy: An Explorative Study*, 2013, p. 18.

¹⁷⁴ LEE, *Trust and Social Commerce*, 2015, p. 166.

respeita à proteção do consumidor, na medida em que o conteúdo das avaliações nem sempre é fidedigno¹⁷⁵.

Os sistemas de avaliações online alcançaram uma dimensão de tal modo importante que estão a tornar-se o principal meio através do qual os consumidores procuram informação para fundamentar a sua decisão de transação comercial nas plataformas de comércio online, substituindo muitos dos deveres de informação pré-contratual¹⁷⁶.

Esta informação pré-contratual fornecida pelas avaliações online é particularmente relevante no comércio eletrónico, porque permite ao consumidor ultrapassar o obstáculo colocado pela impossibilidade de inspecionar pessoalmente os bens que pretende adquirir à distância, por via da transmissão de anteriores experiências e aceções de qualidade reportadas por outros consumidores na mesma posição¹⁷⁷.

Deste modo, a falta de fidedignidade no sistema transmite aos consumidores uma visão distorcida dos riscos, das condições e dos benefícios associados à aquisição de determinado produto em determinado mercado¹⁷⁸, o que terá como consequência a tomada de decisões sub-ótimas¹⁷⁹, que não só levarão o consumidor a tomar decisões de transação que não teria tomado de outro modo¹⁸⁰, como também a perder a confiança nos sistemas de avaliações, colocando em causa a própria utilidade do sistema¹⁸¹ que, por sua vez, levará a que os consumidores deixem de submeter avaliações, introduzindo novamente

¹⁷⁵ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 3.

¹⁷⁶ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 3.

¹⁷⁷ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, pp. 6-7.

¹⁷⁸ DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 2.

¹⁷⁹ MAYZLIN, DOVER e CHEVALIER, *Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation*, 2012, p. 2.

¹⁸⁰ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 8.

¹⁸¹ MAYZLIN, DOVER e CHEVALIER, *Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation*, 2012, p. 1; DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 2.

problemas de assimetria de informação nos mercados de comércio online¹⁸².

Importa, assim, analisar as causas e as circunstâncias que tornam as avaliações não fidedignas para os consumidores.

3.2.1.1. *Ausência de avaliações*

A primeira circunstância que gera problemas de fidedignidade nos sistemas de avaliações online relaciona-se com a ausência de avaliações, ou seja, quando os consumidores não submetem uma avaliação reportando a sua experiência de utilização com determinado produto que tenham adquirido nos mercados de comércio online¹⁸³.

As avaliações online são consideradas bens públicos, na medida em que a sua submissão, apesar de representar um custo, beneficia todos os outros consumidores¹⁸⁴, que podem utilizar essa informação sem reduzir a sua disponibilidade para os outros utilizadores do sistema, motivo pelo qual uma parte dos consumidores irá utilizar e beneficiar do sistema, sem depois contribuir para a sua construção quando adquirem eles próprios produtos ou serviços nos mercados de comércio online¹⁸⁵.

De facto, estudos recentes indicam que apenas 40% dos consumidores submetem avaliações regularmente¹⁸⁶, o que se justifica pelo facto de a submissão das avaliações ser voluntária, o que fará com que a maioria dos consumidores não proceda à avaliação dos bens ou serviços que

¹⁸² NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 8.

¹⁸³ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 562.

¹⁸⁴ DUAN, GU e WHINSTON, *Do Online Reviews Matter? – An Empirical Investigation of Panel Data*, 2008, p. 1011.

¹⁸⁵ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverce Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, pp. 7 e 12.

¹⁸⁶ *Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, p. 14, disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=77704 (acedido em 19/06/2019); *The Deloitte Consumer Review: The Growing Power of Consumers*, 2014, p. 4, disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/consumer-business/consumer-review-8-the-growing-power-of-consumers.pdf> (acedido em 19/06/2019).

tenha adquirido por não ter em consideração o benefício que a sua ação poderá ter para outros consumidores¹⁸⁷ ou porque o custo em termos de tempo que implica o registo na plataforma e a submissão da avaliação não é suficiente para compensar o benefício que o consumidor retira da sua publicação¹⁸⁸.

Acresce que, tendencialmente, os consumidores irão submeter avaliações apenas quando a sua experiência for positiva¹⁸⁹ ou extremamente negativa¹⁹⁰, abstendo-se de submeter uma avaliação quando a sua experiência com o profissional ou o produto ou serviço adquirido é mediana¹⁹¹, o que faz com que o sistema de avaliações se torne tendencialmente positivo, gerando uma situação de “reputação inflacionada”¹⁹², como é o caso da plataforma eBay, em que 99% das avaliações submetidas são positivas, apesar de o valor real de satisfação estar estimado em 79% para os consumidores e 86% para os vendedores¹⁹³.

Perante a ocorrência desta situação, o consumidor fica desprotegido, na medida em que poderá não ter acesso à informação pré-contratual que procura na forma de avaliações e, quando essa informação existe, o seu conteúdo poderá não ser fidedigno devido à pequena dimensão da amostra de avaliações face ao número potencialmente elevado de vendas.

Uma solução que poderia resolver, em parte, este problema seria a indicação do número total de consumidores que adquiriram um determinado produto, mas que não procederam à sua avaliação¹⁹⁴. Esta

¹⁸⁷ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 562.

¹⁸⁸ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 12.

¹⁸⁹ DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 3.

¹⁹⁰ MAYZLIN, DOVER e CHEVALIER, *Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation*, 2012, p. 3

¹⁹¹ DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 3.

¹⁹² HORTON e GOLDEN, *Reputation Inflation: Evidence from an Online Labor Market*, 2015, p. 27.

¹⁹³ DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 3.

¹⁹⁴ DELLAROCAS e WOOD, *The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias*, 2008, p. 3.

informação permitiria aos consumidores ter uma melhor percepção da importância relativa que as avaliações publicadas no sistema possuem em relação ao total de vendas¹⁹⁵.

Outra possível solução seria a implementação de um sistema de incentivos à submissão de avaliações sob a forma de créditos, descontos ou atribuição de níveis de reputação aos consumidores que mais contribuem para o sistema. No entanto, a existência de incentivos extrínsecos coloca em causa o próprio valor da contribuição, gerando dúvidas acerca da intensão do consumidor ao submeter a avaliação¹⁹⁶. Adicionalmente, a criação de um sistema de incentivos tem o potencial para prejudicar o funcionamento dos sistemas de avaliações, na medida em que poderá gerar-se um ambiente de competição entre os membros do sistema, por oposição à cooperação entre os utilizadores¹⁹⁷ que é desejável neste tipo de mecanismos de modo a combater as assimetrias de informação.

Apesar da longa crença de que os incentivos externos e económicos motivam os comportamentos, estes resultados negativos foram comprovados por um estudo, ainda que limitado, indicando que estes incentivos extrínsecos reduzem os incentivos intrínsecos dos consumidores, como são exemplos a sua generosidade e vontade de ajudar, ao promover comportamentos oportunistas, fomentando o distanciamento social entre os utilizadores do sistema¹⁹⁸.

3.2.1.2. *Avaliações tendenciosas*

As avaliações consideram-se tendenciosas quando o conteúdo da avaliação ou o nível de classificação atribuído pelo consumidor a um produto ou a um profissional não possui correspondência com a sua verdadeira opinião¹⁹⁹, estando na origem deste tipo de problema essen-

¹⁹⁵ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 15.

¹⁹⁶ BÉNADOU e TIROLE, *Incentives and Prosocial Behavior*, 2006, p. 1654.

¹⁹⁷ GAGNÉ e DECI, *Self-Determination Theory and Work Motivation*, 2005, p. 44.

¹⁹⁸ GU e JARVENPAA, *Online Discussion Boards for Technical Support: The Effect of Token Recognition on Customer Contributions*, 2003, p. 119.

¹⁹⁹ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 562.

cialmente o receio de retaliação e o desejo de manutenção das relações sociais²⁰⁰.

Antes de mais, é necessário proceder à distinção entre o “receio de reciprocidade” (*este tema será melhor desenvolvido no ponto 3.3.1.2.*) e o “receio de retaliação”. O receio de reciprocidade ocorre quando se verifica a existência de um mecanismo de avaliação recíproca num sistema de avaliações online, onde além de o consumidor avaliar o produto e a atuação do profissional, também o profissional avalia a conduta do consumidor. Este tipo de sistema é propício ao surgimento de incentivos que levam à omissão de aspetos negativos e de ênfase ou criação de aspetos positivos no conteúdo das avaliações por parte dos consumidores, que avaliam a sua experiência com base no receio de que o profissional também os avalie negativamente (prejudicando a sua reputação) e não com base nos seus verdadeiros sentimentos²⁰¹.

Apesar do “receio de reciprocidade” estar incluído no “receio de retaliação”, este último é mais abrangente, incluindo na sua esfera as situações em que não existe a possibilidade de reciprocidade²⁰².

Nestes casos, o consumidor submete avaliações positivas que não correspondem à sua experiência real, não por ter receio de que a sua reputação seja afetada, mas por receio de comportamentos retaliatórios do profissional no mundo real, através da ocorrência de situações de assédio por via de ações legais fundadas no conteúdo da avaliação ou por via de ameaças²⁰³, que poderão ser extremamente efetivas se tivermos em conta que, frequentemente, principalmente no âmbito dos mercados de comércio online, o profissional tem acesso aos dados pessoais do consumidor, nomeadamente o seu contacto telefónico, endereço de e-mail e o seu endereço postal.

O desejo de manutenção das relações sociais é também um fator importante e tido em conta pelos consumidores aquando da submissão

²⁰⁰ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 563.

²⁰¹ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 10.

²⁰² NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, pp. 10-11.

²⁰³ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 11.

das suas avaliações, tendo o potencial de levar o consumidor a escrever uma avaliação positiva (mesmo quando a sua experiência foi negativa) por pretender voltar a contratar com o mesmo profissional e tem, por isso, receio que a sua honestidade venha a quebrar essa relação, uma vez que o consumidor estabeleceu uma relação de empatia com o profissional e, como tal, não tem intenção de prejudicar a reputação do profissional, evitando assim a inclusão de elementos negativos no conteúdo da sua avaliação referente aos produtos ou à atuação desse mesmo profissional²⁰⁴.

As avaliações tendenciosas são o tipo de avaliações não fidedignas mais problemático, na medida em que são mais difíceis ou mesmo impossíveis de identificar e, conseqüentemente, são mais difíceis de combater²⁰⁵, sendo para tal necessário reduzir os custos inerentes à submissão de uma avaliação de carácter negativo²⁰⁶.

3.2.1.3. *Avaliações falsas*

As avaliações falsas podem assumir duas formas. A primeira caracteriza-se pelo seu conteúdo positivo, cujo intuito consiste na promoção de bens ou serviços com recurso a informações falsas sobre o produto. A segunda é definida pelo carácter negativo do seu conteúdo, cuja finalidade consiste na diminuição da reputação e credibilidade dos produtos de um profissional concorrente, de modo a prejudicar o seu negócio e reduzir a competição²⁰⁷.

Ao contrário das avaliações tendenciosas, que têm origem numa transação real, as avaliações falsas caracterizam-se por, frequentemente, não serem baseadas numa experiência real²⁰⁸.

²⁰⁴ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 11.

²⁰⁵ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 10.

²⁰⁶ NOSKO e TADELIS, *The Limits of Reputation in Platform Markets: An Empirical Analysis and Field Experiment*, 2015, p. 11.

²⁰⁷ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 563; MUNZEL, *Assisting Consumers in Detecting Fake Reviews: The Role of Identity Information Disclosure and Consensus*, 2016, p. 105.

²⁰⁸ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 563.

Apesar de não ser possível quantificar um valor exato, as estimativas apontam para que cerca de 16% das avaliações online sejam falsas²⁰⁹, o que é explicado pelo forte impacto económico que o carácter positivo ou negativo das avaliações representa nos lucros do profissional²¹⁰, existindo cada vez mais incentivos à manipulação do sistema à medida que a sua relevância e influência sobre as decisões dos consumidores também aumenta, especialmente devido aos baixos custos que a criação de avaliações falsas apresenta²¹¹ quando comparados com os possíveis lucros, particularmente no caso dos profissionais com menor dimensão e menor volume de negócios²¹².

Estes valores irão variar, naturalmente, conforme o setor e o tipo de produto em questão, podendo em alguns casos apresentar valores substancialmente superiores, como é o caso de alguns produtos na plataforma Amazon, onde se estima que a percentagem de avaliações falsas possa atingir os 67%²¹³.

Uma das ferramentas que permite diminuir a percentagem de avaliações falsas é a implementação de um sistema fechado em que apenas as avaliações baseadas em transações confirmadas são admitidas no sistema, conforme analisaremos no ponto seguinte. Este sistema tem a vantagem de aumentar os custos de submissão das avaliações falsas, na medida em que o profissional teria de realizar uma transação verdadeira para aceder ao sistema de avaliações fechado²¹⁴.

²⁰⁹ LUCA e ZERVAS, *Fake It Till You Make It: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud*, 2015, p. 3.

²¹⁰ LUCA, *Reviews, Reputation and Revenue: The Case of Yelp.Com*, 2016, p. 4.

²¹¹ DELLAROCAS, *Reputation Mechanisms*, 2005, p. 22.

²¹² MAYZLIN, DOVER e CHEVALIER, *Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Review Manipulation*, 2012, pp. 3-4.

²¹³ Conforme reportado pelo The Washington Post, disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/economy/how-merchants-secretly-use-facebook-to-flood-amazon-with-fake-reviews/2018/04/23/5dad1e30-4392-11e8-8569-26fda6b404c7_story.html?utm_term=.cf37b7c05a75 (acedido a 20/06/2019).

²¹⁴ MAYZLIN, DOVER e CHEVALIER, *Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Review Manipulation*, 2012, p. 2.

3.3. Arquitetura dos sistemas de avaliações online

Apesar de não existir um modelo único de construção e arquitetura aplicável aos sistemas de avaliações online, é possível identificar cinco fases²¹⁵ que podem ocorrer durante a relação entre a plataforma de avaliações online e o consumidor, conducente à disponibilização de determinada avaliação aos restantes utilizadores do sistema.

A identificação das diversas fases, a sua adoção ou prescindência, bem como a existência ou inexistência de requisitos mais ou menos exigentes revela-se crucial para uma melhor compreensão dos problemas relacionados com as avaliações online, tornando possível revelar as suas origens e possíveis medidas preventivas, mitigantes ou sanadoras.

3.3.1. Submissão das avaliações

A primeira fase diz respeito à submissão das avaliações e é um elemento necessariamente comum a todos os sistemas de avaliações online. A sua adoção irá, porém, variar em diversos níveis, nomeadamente quanto ao grau de exigência na verificação da credibilidade das avaliações submetidas.

A principal distinção, neste âmbito, será quanto ao carácter aberto, fechado ou semifechado do mecanismo de submissão. O critério diferenciador será a verificação ou não da transação comercial. Os sistemas de avaliação fechados²¹⁶ caracterizam-se por permitir a submissão de avaliações pelos consumidores sobre determinado produto apenas após a verificação e confirmação dessa respetiva transação comercial²¹⁷.

Alternativamente, os sistemas semifechados²¹⁸ têm como característica o facto de que todos os consumidores registados na plataforma estão aptos a submeter avaliações sobre quaisquer produtos, independentemente da

²¹⁵ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, pp. 9-14.

²¹⁶ Constituem exemplos as plataformas Uber e Airbnb.

²¹⁷ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 9.

²¹⁸ Constituem exemplos a plataforma Amazon e HostelWorld.

confirmação da transação comercial relativa ao produto que é avaliado, mas com a distinção de que quando essa confirmação é realizada, a informação de que a compra desse determinado produto foi verificada é disponibilizada junto dessa mesma avaliação²¹⁹.

O terceiro modelo diz respeito aos sistemas de submissão abertos²²⁰, em que o elemento caracterizador é a inexistência de uma ligação a qualquer plataforma de comércio online, o que torna impossível proceder à confirmação da transação comercial. Neste tipo de sistema, todos os usuários registados têm a capacidade de submeter avaliações acerca dos produtos visados pela plataforma de avaliações²²¹.

Regra geral, a credibilidade das avaliações submetidas estará diretamente relacionada com o grau de abertura do sistema, considerando-se que, quanto mais fechado for o sistema, mais fidedignas serão as avaliações e, pelo contrário, quanto maior o nível de abertura, maior será o risco de que as avaliações submetidas sejam falsas, por não terem origem em consumidores que, de facto, utilizaram ou experienciaram o produto em causa. Não obstante as plataformas de avaliações online serem livres de determinar qual o modelo de sistema que desejam adotar, o novo art. 6.º, introduzido pela Diretiva 2018/0090 (COD), determina a obrigação de informar o consumidor sobre se e como é que a plataforma garante que as avaliações publicadas têm origem em consumidores cuja transação foi confirmada, sob pena de ser considerada uma omissão desleal.

Neste âmbito, se a plataforma de avaliações online indicar que possui um sistema fechado ou semifechado, terá de implementar medidas razoáveis e adequadas a garantir a verificação da confirmação da transação comercial do consumidor em relação ao produto avaliado, podendo recorrer à obrigação de registo por parte do consumidor, à verificação do endereço IP utilizado para submeter a avaliação ou a outros requerimentos, como apresentação de números de reserva²²².

²¹⁹ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 9.

²²⁰ Constituem exemplos as plataformas Zomato e TripAdvisor.

²²¹ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 9.

²²² *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão relativo às Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE.*

Apesar de o art. 12.º do DL relativo ao Comércio Eletrónico impor a ausência de um dever geral de vigilância que beneficia as plataformas de avaliações online, o art. 23.º-B, introduzido pela nova Diretiva, que altera a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, determina ser uma prática comercial desleal, em quaisquer circunstâncias, a plataforma de avaliações afirmar que as avaliações submetidas no seu sistema provêm de consumidores verificados sem que tenha tomado as medidas necessárias para garantir a veracidade dessa afirmação, pelo que se pode concluir que os sistemas de submissão de avaliação fechados e os semifechados, nos casos em que procedem à indicação de que a transação foi confirmada, possuem uma obrigação de implementar medidas que permitam assegurar, com um elevado grau de certeza, a confirmação de que o consumidor concluiu uma transação comercial relativa ao produto avaliado por si.

Esta norma não constitui uma violação do dever geral de vigilância porque a plataforma é livre de implementar qualquer um dos sistemas, tendo a possibilidade de optar pelo sistema aberto, em que não existe qualquer obrigação de vigilância ou controlo da sua parte.

Assim, nestes casos, a plataforma terá a obrigação de transmitir ao consumidor em que termos é que a verificação dessa avaliação é feita, indicando simultaneamente o modo como as avaliações são processadas, se são publicadas todas as avaliações (quer sejam positivas ou negativas) e se essas avaliações foram promovidas ou influenciadas por uma relação contratual com um profissional²²³, sob pena de a declaração que diz respeito à origem da submissão das avaliações ser considerada uma prática comercial desleal.

3.3.1.1. Submissão anónima de avaliações

Uma questão colocada acerca da submissão das avaliações é sobre a anonimidade do consumidor que submete a avaliação. Por um lado, o consumidor cuja identidade não é revelada tenderá a ser mais honesto por não estar afetado pelo receio de retaliação do profissional, caso submeta uma avaliação de conteúdo negativo²²⁴. Mas por outro, o carácter

²²³ Cons. (47) da Diretiva 2018/0090 (COD).

²²⁴ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 10.

anônimo da avaliação poderá criar um ambiente propício à submissão de avaliações falsas, dada a maior dificuldade em garantir a credibilidade da sua origem, bem como de avaliações de caráter difamatório²²⁵. Tal como na questão anterior, deve ser dada à plataforma de avaliações a capacidade de decidir qual o sistema que pretende implementar, exigindo-se-lhe o cumprimento dos respetivos deveres de informação e transparência na sua atividade.

3.3.1.2. *Submissão recíproca de avaliações*

As avaliações recíprocas consistem no mecanismo adotado por diversas plataformas²²⁶, em que se permite não só que o consumidor avalie o produto fornecido ou prestado pelo profissional, mas também que o profissional avalie a conduta do consumidor ao longo da transação comercial²²⁷.

Esta circunstância, em que o consumidor também é avaliado, levanta diversas questões, desde logo sobre o possível receio de retaliação que recai sobre o consumidor na circunstância de este submeter uma avaliação de conteúdo negativo. De modo a evitar que o profissional lhe atribua igualmente uma classificação negativa, ou motivado pelo desejo de manutenção da relação comercial, o consumidor terá tendência a avaliar o profissional ou os seus produtos de modo positivo, ainda que não seja essa a sua real apreciação²²⁸.

Consequentemente, é criado um sistema de incentivo à submissão de avaliações excessivamente positivas motivadas pelo receio de retaliação²²⁹, distorcendo todo o sistema de reputação. Este incentivo pode, no entanto, ser ultrapassado pela implementação de um sistema de “revelação

²²⁵ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 10.

²²⁶ Constituem exemplos as plataformas Airbnb e eBay.

²²⁷ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 10.

²²⁸ NARCISO, *Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis*, 2017, p. 11.

²²⁹ BOLTON, GREINER e OCKENFELS, *Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information*, 2013, pp. 265-285.

simultânea”²³⁰, em que a avaliação do consumidor só será visível quando o profissional também submeter a sua respetiva avaliação, sendo ambas publicadas ao mesmo tempo, impedindo assim que qualquer uma das partes atue em retaliação.

Esta solução não é, porém, suficiente para combater a outra questão suscitada pelas avaliações recíprocas, que tem a ver com o potencial para o surgimento de situações de discriminação contra consumidores que tenham um baixo nível de reputação no sistema. Foi, aliás, de modo a prevenir a ocorrência de situações deste género que o legislador português veio recentemente, no art. 19.º/5 da Lei n.º 45/2018²³¹, estabelecer a proibição da criação e utilização de mecanismos de avaliação de utilizadores por parte dos motoristas de TVDE ou dos operadores dessas plataformas eletrónicas.

3.3.1.3. *Avaliações pagas*

Uma questão que poderia ser suscitada, mas que fica, no nosso entender, esclarecida com a introdução das alterações constantes do *New Deal for Consumers*, é sobre a admissibilidade de avaliações pagas, ou seja, sobre a admissibilidade de os profissionais pagarem um preço para que determinado ou determinados consumidores submetam avaliações sobre esse mesmo profissional ou os seus produtos.

Seguindo a lógica definida pelo paradigma da informação, os profissionais poderão fazer tudo aquilo que não for expressamente proibido desde que informem os consumidores acerca da sua atuação²³², sob pena de ser considerada uma omissão enganosa, nos termos do art. 9.º/1 c) do DL 57/2008, por não referirem a intenção comercial da prática.

O novo art. 23.º-C, constante da nova Diretiva de modernização do regime das práticas comerciais desleais, vem estabelecer que será

²³⁰ REICHLING, *Effects of Reputation Mechanisms on Fraud Prevention in eBay Auction*, 2004, p. 38.

²³¹ Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica.

²³² NARCISO, no âmbito do European Consumer Law Seminars, promovido pelo Nova Consumer Lab a 18/03/2019.

considerada uma prática comercial desleal, em quaisquer circunstâncias, a situação em que o profissional encarrega outrem para submeter uma avaliação falsa ou distorcer uma avaliação de modo a promover um produto. Assim, não restam dúvidas de que se a avaliação paga for falsa, a atuação do profissional será claramente considerada desleal. Porém, se o conteúdo da avaliação for honesto, situação em que o profissional paga para que seja realizada a avaliação, mas deixa inteira liberdade para que o utilizador submeta as suas considerações reais acerca do produto, a prática não será subsumível à norma, dado que o seu conteúdo não é falso e a falsidade da avaliação é critério de aplicação da norma.

Este tipo de prática é, ainda assim, pouco desejável, no sentido em que poderá facilmente levar a situações em que o utilizador pretende satisfazer o profissional que pagou para a submissão da avaliação, levando-o a escrever uma avaliação tendencialmente positiva, com o potencial de gerar dúvidas sobre a sua admissibilidade²³³, visto que poderá considerar-se que a avaliação, apesar de não ser falsa, possui algum nível de distorção, o que a tornaria uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias.

O profissional nunca poderá ele próprio submeter uma avaliação, sob pena dessa prática ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias, nos termos do art.º 8.º ab), pois estaria a apresentar-se falsamente como um consumidor.

3.3.2. Processamento das avaliações

Após a submissão, as avaliações são normalmente sujeitas a algum tipo de processamento, de modo a garantir o cumprimento dos termos e condições da plataforma, o que poderá suscitar dúvidas acerca da

²³³ De acordo com o The Washington Post, a plataforma Amazon proibiu em 2015 a submissão de avaliações pagas, dada a sua dificuldade em assegurar a veracidade do conteúdo das mesmas. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/economy/how-merchants-secretly-use-facebook-to-flood-amazon-with-fake-reviews/2018/04/23/5dad1e30-4392-11e8-8569-26fda6b404c7_story.html?utm_term=.cf37b7c05a75 (acedido a 19/06/2019).

responsabilidade da plataforma de avaliações face à publicação de avaliações cujo conteúdo seja ofensivo, falso ou gerador de danos²³⁴.

Importa, assim, analisar o DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe²³⁵ para a ordem jurídica portuguesa o regime relativo ao comércio eletrónico, aplicável aos prestadores intermediários de serviços em rede, definido pelo art. 4.º/5 como aqueles que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço. Neste sentido, o regime será aplicável às plataformas de avaliações online, na condição de que a sua atuação no armazenamento e transmissão das avaliações revista carácter puramente técnico, automático e de natureza passiva²³⁶, ou seja, que não tenham qualquer interferência no conteúdo, no modo de apresentação, na disponibilidade e na organização das avaliações inseridas pelos consumidores no sistema de avaliações operado pela plataforma.

Esta qualificação é relevante na medida em que o art.º 16 do regime determina que o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude seja manifesta e não retirar, ou impossibilitar de imediato, o acesso a essa informação.

Esta norma constitui uma exclusão de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em rede, pelo que se a atuação da plataforma de avaliações for passiva, esta não poderá ser responsabilizada pelos danos que resultem da publicação de avaliações falsas, tendenciosas ou injuriosas²³⁷. No entanto, se a plataforma de avaliações adotar uma postura ativa no tratamento das avaliações, não se verifica a exclusão de responsabilidade e esta poderá ser responsável pelos danos causados por avaliações falsas, tendenciosas ou injuriosas ou pela própria manipulação do conteúdo das avaliações²³⁸.

²³⁴ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 11.

²³⁵ A partir da Diretiva 2000/31/CE.

²³⁶ Cons. (42) da Diretiva 2000/31/CE.

²³⁷ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 569.

²³⁸ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 570.

Decidiu neste sentido o Supremo Tribunal francês, considerando que a otimização da apresentação da informação ou a sua promoção constitui um papel ativo do prestador intermediário do serviço em rede. Em causa estava a atuação de uma plataforma de comparação de preços que apresentava, em primeiro lugar, os produtos de determinado vendedor mediante o pagamento de um preço, o que constitui uma postura ativa, não se verificando, conseqüentemente, a exclusão de responsabilidade²³⁹.

O TJUE também já se pronunciou sobre esta questão, decidindo que o art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE deve ser interpretado no sentido de que a regra que enuncia se aplica ao prestador de um serviço de referenciamento na internet, quando esse prestador não tenha desempenhado um papel ativo suscetível de lhe facultar um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados. Se não tiver desempenhado esse papel, o referido prestador não pode ser considerado responsável pelos dados que tenha armazenado a pedido de um anunciante a menos que, tendo tomado conhecimento do caráter ilícito desses dados ou de atividades do anunciante, não tenha prontamente retirado ou tornado inacessíveis os referidos dados²⁴⁰.

Efetivamente, para beneficiar da exclusão de responsabilidade, a plataforma de avaliações online tem a obrigação de retirar ou tornar inacessíveis os dados de caráter ilícito, nomeadamente a verificação de uma qualquer prática comercial desleal, quando tenha conhecimento da existência dos mesmos²⁴¹. Esta obrigação, à exceção dos casos de difamação, será aplicável apenas face a avaliações publicadas por profissionais, na medida em que a legislação europeia relativa à transmissão de informações pré-contratuais é aplicável apenas aos profissionais e não aos consumidores²⁴².

²³⁹ Cass. Com. 4 Décembre 2012, 11-27729, Publicité Sté Pewterpassion.com c/ Sté Leguide.com.

²⁴⁰ Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 23 de março de 2010. Google France SARL e Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL contra Viaticum SA e Luteciel SARL (C-237/08) e Google France SARL contra Centre National de Reserche en Relations Humaines (CNRRH) SARL e outros (C-238/08).

²⁴¹ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 569.

²⁴² NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 569.

Neste sentido, não existe obrigação de proceder à eliminação de avaliações tendenciosas, mas sim das avaliações falsas que sejam publicadas por profissionais com o objetivo de promover os seus produtos ou com o objetivo de prejudicar a reputação de profissionais concorrentes, bem como as avaliações com conteúdo difamatório, mesmo que tenham origem em consumidores²⁴³.

Não obstante, estas obrigações surgem apenas quando a plataforma tem conhecimento da existência desses dados e, nos termos do art. 12.º do regime do comércio eletrónico, as plataformas não estão sujeitas a uma obrigação de vigilância sobre as informações que constam das avaliações submetidas, não estando nomeadamente obrigadas a fazer um controlo da sua veracidade²⁴⁴.

A não obrigatoriedade de monitorização, aliada ao requisito de passividade para que a plataforma possa beneficiar da exclusão de responsabilidade, constitui um incentivo direto para que as plataformas operadoras dos sistemas de avaliação assumam um papel passivo, não monitorizando possíveis infrações²⁴⁵. Apesar deste incentivo, um estudo recente indicou que a maioria das plataformas, incluindo todas as que foram analisadas durante o estudo, assumem um papel ativo na gestão antes, durante e após a conclusão das transações comerciais²⁴⁶, o que parece indicar que, na prática, a maioria das plataformas poderá ser responsabilizada por não se encontrarem protegidas pela exclusão de responsabilidade conferida pelo regime do comércio eletrónico²⁴⁷.

A eliminação das avaliações cujo conteúdo constitui uma infração ocorre normalmente por via de processos total ou parcialmente automatizados²⁴⁸, recorrendo a algoritmos que detetam padrões repetitivos ou anormais de escrita, característicos das avaliações falsas²⁴⁹.

²⁴³ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 570.

²⁴⁴ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 571.

²⁴⁵ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 571.

²⁴⁶ *Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, p. 113.

²⁴⁷ NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, 2019, p. 572.

²⁴⁸ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 11.

²⁴⁹ JINDAL e LIU, *Opinion Spam and Analysis*, 2008, pp. 5-6.

Neste sentido, é útil a lista de situações em que será indicado proceder à eliminação das avaliações, que consta da secção 8 das diretrizes publicadas pelo Provedor do Consumidor Dinamarquês²⁵⁰. Fazem parte desta lista as situações em que o conteúdo da avaliação é incompreensível; que contenham conteúdos ofensivos; que contenham dados pessoais não autorizados; que contenham informações sensíveis que possibilitem o roubo de identidade; ou que contenham conteúdos falsos ou ilícitos. A secção 8 deste documento indica ainda que caso uma avaliação seja eliminada, o consumidor que a submeteu deverá ser informado dessa situação, bem como dos motivos que a justificam.

Nos termos do novo art. 23.º-C da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, a manipulação do conteúdo das avaliações constitui uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias.

3.3.3. Publicação das avaliações

Um bom sistema de reputação deve refletir rapidamente as alterações de qualidade das ofertas ou dos profissionais que fazem parte da plataforma²⁵¹, pelo que, seguindo as recomendações do *French Standard NF Z 74-501*, é desejável que as avaliações sejam publicadas no intervalo máximo de um mês após a data de submissão²⁵².

Também de modo a garantir a atualidade e relevância das informações constantes das avaliações, será útil a indicação da data de submissão da avaliação²⁵³, tal como determina o art. 24.º/5 da proposta francesa para a *Loi pour la République Numérique*.

Pelos mesmos motivos, será também importante estabelecer um “prazo de validade” para as avaliações, após o qual seriam eliminadas, o que permitiria, também, a remoção de barreiras para novos profissionais

²⁵⁰ *Danish Guidelines on Publication of User Reviews*, 2015, pp. 14-15.

²⁵¹ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 12.

²⁵² Sec. 6.2.4.

²⁵³ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 12.

do mercado²⁵⁴. As *Danish Guidelines* indicam, na secção 9, que este prazo de validade não deverá ser inferior a 12 meses, seguindo o modelo atualmente em vigor na plataforma eBay.

As alterações legislativas introduzidas pelo *New Deal for Consumers* vêm estabelecer novos requisitos que têm de ser cumpridos aquando da publicação das avaliações por parte da plataforma que opera o sistema de avaliações online.

A primeira destas alterações impõe à plataforma a obrigação de indicar se determinado produto a que determinada avaliação diz respeito é oferecido por um profissional ou não, com base na declaração que esse terceiro transmitiu à plataforma. A plataforma terá também de informar os consumidores acerca dos principais parâmetros que determinam o *ranking* dos produtos nos resultados de pesquisa e, ainda, sobre se garante ou não (e de que modo) que as avaliações publicadas têm origem em consumidores que utilizaram os produtos em questão. O não cumprimento destes deveres significa que a plataforma realizou uma omissão enganosa, que se reflete na adoção de uma prática comercial desleal²⁵⁵.

Adicionalmente, a plataforma terá de informar os consumidores acerca de quaisquer avaliações pagas que sejam publicadas ou se foi pago um preço para que determinadas avaliações sejam apresentadas em primeiro lugar, conforme determina o novo art. 11.º-A.

3.3.4. Consolidação das avaliações

A maioria das plataformas de avaliações online opta por adotar um sistema cujo mecanismo permite ao consumidor não só partilhar a sua experiência através de um comentário escrito, mas também possibilita a atribuição de uma classificação, normalmente numa escala de um a cinco, através da qual o consumidor revela o seu grau de satisfação com o produto, com o profissional e/ou com a experiência de transação em geral²⁵⁶.

²⁵⁴ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 12.

²⁵⁵ Diretiva 2018/0090 (COD), pp. 43-44.

²⁵⁶ A plataforma eBay, por exemplo, permite ao consumidor a atribuição de uma classificação relativa ao produto, ao vendedor, ao custo de transporte e à velocidade de entrega.

A facilidade de interação com este tipo de sistema justifica a sua popularidade, dado que o consumidor não necessita de dispor do seu tempo para escrever um texto a descrever a sua experiência, pois tudo o que necessita de fazer é clicar num botão para submeter a sua avaliação. Esta dinâmica reduz os custos associados à submissão de avaliações, contribuindo para o aumento da quantidade de informação disponível.

Apesar dos benefícios inerentes a uma maior base de dados de informação, a vasta quantidade de avaliações gera o mesmo problema de sobrecarga de informação que o sistema de avaliações pretendia originalmente combater, possivelmente tornando todo o sistema ineficaz e inútil.

É neste contexto que a consolidação das avaliações assume um papel fundamental, pois permite ultrapassar as limitações da atenção humana, agrupando num só elemento²⁵⁷ toda a informação disponível acerca de determinado produto ou profissional²⁵⁸ (refletindo o valor médio das avaliações submetidas) e possibilitando assim ao consumidor o uso de uma ferramenta extremamente rápida e eficaz para determinar e comparar a qualidade de determinado produto ou a credibilidade de um certo vendedor antes de tomar a sua decisão de transação²⁵⁹.

Essas limitações não são, no entanto, completamente ultrapassadas, na medida em que apesar de os consumidores atribuírem grande importância à classificação média dos produtos, não têm em conta o número de avaliações que compõe esse resultado agregado, negligenciando assim informação relevante para uma tomada de decisão informada. Esta tendência é justificada pelo facto de que, apesar de tanto o valor médio das avaliações como o número individual de avaliações submetidas constituírem indicações heurísticas que permitem processar a informação relativa à qualidade do produto de modo eficaz, o valor correspondente à classificação média está mais facilmente acessível e requer um menor

²⁵⁷ Por exemplo, a plataforma Amazon procede à consolidação de todas as avaliações acerca de um determinado produto numa classificação numa escada de 1-5, que corresponde à qualidade desse mesmo produto. Por outro lado, a plataforma eBay realiza a consolidação de todas as avaliações num valor percentual de 0-100, que é indicativo da reputação do vendedor.

²⁵⁸ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 12.

²⁵⁹ SIMONSON, *Mission (Largely) Accomplished: What's Next for Consumer BDT-JDM Researchers?*, 2015, p. 21.

esforço cognitivo, o que resulta no desprezo pela informação relativa ao número individual de avaliações²⁶⁰.

O número individual de avaliações é, no entanto, uma informação igualmente importante, na medida em que permite realizar um julgamento acerca da credibilidade do valor médio de avaliações, na medida em que uma amostra pequena poderá não ser fidedigna no que respeita à real qualidade do produto ou à reputação do vendedor. É neste sentido que a secção 9 do *Danish Guidelines on Publication of User Reviews* e a secção 6.2.2 do *French Standard NF Z74-501* estabelecem que a plataforma que opera o sistema de avaliações online deve indicar, de forma clara, de que modo é que as avaliações foram consolidadas e qual é o número total de avaliações individuais que compõe esse mesmo valor.

O algoritmo que é utilizado para consolidar as avaliações poderá ter um impacto relevante no cálculo do valor médio classificativo, pois o algoritmo poderá calcular essa média com base em todas as avaliações submetidas e publicadas no sistema, ou poderá utilizar apenas as avaliações submetidas durante um certo intervalo temporal, ambos apresentando vantagens e desvantagens.

Se, por um lado, o sistema que utiliza um intervalo temporal para o cálculo do valor médio permite uma maior flexibilidade, na medida em que permite mais facilmente o ajuste do valor à qualidade dos produtos oferecidos pelo vendedor²⁶¹, por outro, é mais permeável a manipulações no sistema, dado que são necessárias menos avaliações individuais para inclinar positiva ou negativamente o valor médio de avaliações. Já no que diz respeito ao sistema que utiliza o número total de avaliações para o cálculo do valor médio, este apresenta uma maior resistência às tentativas de manipulação do sistema por possuir uma base de dados de maior dimensão e que é estatisticamente mais correta, mas não é capaz de refletir alterações súbitas na qualidade dos produtos oferecidos pelo vendedor²⁶².

²⁶⁰ FLANAGIN, METZGER, PURE, MARKOV e HARTSELL, *Mitigating Risk in eCommerce Transactions: Perceptions of Information Credibility and the Role of User-Generated Ratings in Product Quality and Purchase Intention*, 2014, p. 16.

²⁶¹ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 13.

²⁶² BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 13.

3.3.5. Direito de resposta

A última fase da arquitetura dos sistemas de avaliação online diz respeito ao direito de resposta, que consiste na possibilidade de o profissional responder publicamente à avaliação que foi submetida por um consumidor sobre si ou sobre um seu produto²⁶³, apresentando a sua versão dos factos²⁶⁴.

Se, por um lado, este mecanismo de resposta pode ser considerado positivo, na medida em que permite uma mais eficaz resolução de possíveis conflitos, ao esclarecer possíveis mal-entendidos entre profissionais e consumidores, ao mesmo tempo que facilita o combate às avaliações falsas de conteúdo negativo, por outro, este mecanismo tem também o potencial de gerar um ambiente conflituoso entre profissionais e consumidores.

Assim, o legislador deverá deixar o mercado decidir se pretende ou não implementar este mecanismo nos seus sistemas de avaliação, consoante essa informação adicional seja benéfica ou não para os consumidores, tal como o fizeram as plataformas Yelp e Google²⁶⁵.

3.4. *Requisitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais aos sistemas de avaliações online*

O primeiro passo para estabelecer a aplicabilidade do regime das práticas comerciais desleais às situações de fraude nos sistemas de avaliação online consiste em verificar se estamos na presença de um profissional e de um consumidor.

A aplicabilidade do regime está também dependente da determinação do agente responsável pela submissão e publicação da avaliação, o que se justifica pelo facto de o regime ser aplicável apenas aos atos praticados por profissionais e não aos praticados pelos consumidores²⁶⁶. É necessário, portanto, proceder à definição destes conceitos.

²⁶³ GOLDMAN, *The Regulation of Reputational Information*, 2011, p. 300.

²⁶⁴ BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, 2016, p. 14.

²⁶⁵ GOLDMAN, *The Regulation of Reputational Information*, 2011, p. 300.

²⁶⁶ Documento COM (2016) 320 final, p. 149.

3.4.1. Conceito de profissional

Para efeitos de aplicação do regime, nos termos do art. 3.º b), é considerado «profissional» qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo DL, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional.

Este é um conceito bastante amplo que abrange qualquer pessoa singular ou coletiva que exerça uma atividade remunerada, não excluindo do seu âmbito de aplicação as entidades com fins não lucrativos nem as entidades de direito público²⁶⁷.

Acresce que o conceito tradicional de profissional não é suficiente para, em muitos casos, qualificar determinado agente económico como um profissional, por oposição a um mero particular. Este problema é acentuado pelo constante avanço tecnológico e crescimento dos mercados de comércio online, que permitem a particulares (não profissionais) celebrar contratos com a mesma facilidade que um profissional²⁶⁸.

O TJUE pronunciou-se recentemente sobre esta matéria²⁶⁹, indicando alguns critérios que deverão ser utilizados para, no caso concreto, auxiliar na qualificação de determinado agente como profissional, nomeadamente devendo verificar-se “se a venda na plataforma em linha foi realizada de forma organizada, se essa venda teve fins lucrativos, 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 a esse consumidor, 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, se o vendedor é sujeito passivo de IVA, 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, se o vendedor compra bens novos ou usados para revenda, conferindo, assim, a esta atividade um carácter de regularidade, uma frequência

²⁶⁷ Processo C-59/12, BKK Mobil, 3 de outubro de 2013, n.º 32.

²⁶⁸ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, p. 40.

²⁶⁹ Ac. do TJUE (Quinta Secção), de 4 de outubro de 2018, Proc. C-105/17.

e/ou simultaneidade em relação à sua atividade comercial ou profissional, se os produtos à venda são todos do mesmo tipo ou do mesmo valor, nomeadamente, se a proposta está concentrada num número limitado de produtos”²⁷⁰.

Estes critérios indicados pelo TJUE não são, no entanto, “taxativos nem exclusivos, pelo que, em princípio, o cumprimento de um ou mais critérios não determina, por si só, a qualificação a reter relativamente ao vendedor em linha, à luz do conceito de «profissional»”²⁷¹. Deve, porém, 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 profissional²⁷².

3.4.2. Conceito de consumidor

O regime das práticas comerciais desleais refere-se ao conceito de consumidor no seu art. 3.º a), definindo-o como qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo DL, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Não basta, no entanto, que uma determinada pessoa singular atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Na qualificação de um utilizador de uma plataforma de avaliações online como consumidor, para efeitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais, podemos auxiliá-los de quatro elementos cuja verificação cumulativa é requisito para essa qualificação²⁷³.

O primeiro elemento, subjetivo, identifica quem pode ser considerado consumidor, restringindo-se apenas a pessoas singulares não possibilitando, assim, que as pessoas coletivas sejam qualificadas como consumidores, sendo por isso menos abrangente do que o conceito de profissional, que engloba pessoas singulares e pessoas coletivas.

²⁷⁰ Cons. (38) do ac. do TJUE.

²⁷¹ Cons. (39) do ac. do TJUE.

²⁷² MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, p. 40.

²⁷³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29.

O elemento objetivo circunscreve, neste caso, a qualificação como consumidor ao objeto do diploma, ou seja, quando ele atue no âmbito das práticas comerciais abrangidas pelo DL relativo às práticas comerciais desleais²⁷⁴.

O terceiro elemento, teleológico, implica que, para que um utilizador seja considerado consumidor, é necessário que este atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Este ponto poderá suscitar dúvidas nas situações em que a atuação é mista, por exemplo, quando o utilizador é alvo de uma prática comercial que tem por objeto um computador que irá utilizar tanto para fins pessoais como para fins profissionais. Nestes casos, deverá prevalecer o uso que foi predominantemente dado ao bem²⁷⁵.

O elemento relacional não se encontra expresso na norma que define o conceito de consumidor, mas está subentendido no elemento objetivo na medida em que, para ser considerado consumidor, terá de ser alvo de uma prática comercial que, nos termos do art. 3.º d), corresponde a qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional. Portanto, o elemento relacional impõe que a contraparte da relação seja um profissional²⁷⁶, sendo este o elemento que frequentemente não se encontra preenchido no âmbito da economia de plataformas, o que leva à não qualificação do utilizador como consumidor e, conseqüentemente, à não aplicação da legislação de proteção do consumidor²⁷⁷.

3.4.3. Estabelecimento de uma relação comercial

O segundo requisito de aplicação consiste no estabelecimento da existência de uma relação comercial entre um profissional e um consumidor, na medida em que o regime só será aplicável às situações em que se verifica uma prática comercial desleal de um profissional na relação

²⁷⁴ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 25.

²⁷⁵ LAURENTINO, *Os Destinatários da Legislação do Consumidor*, 2000, p. 424; MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 27.

²⁷⁶ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 30.

²⁷⁷ CAMPOS CARVALHO, *A Proteção do Consumidor na Sharing Economy*, 2016, p. 304.

com um consumidor²⁷⁸ ocorrida, nos termos do art. 1.º/1, antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço.

O DL define, no art. 3.º d), “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores” como 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.

Neste âmbito, existe uma relação comercial nas situações em que se verifique que as avaliações online referentes a determinado produto ou serviço disponibilizado aos consumidores foram publicadas, alteradas, eliminadas ou manipuladas na sua ordem ou modo de apresentação, pelo profissional ou pela plataforma que gere o sistema de avaliações online.

3.4.3.1. *Relação comercial entre o vendedor ou fornecedor e o consumidor*

De acordo com o art. 3.º b) do DL, a relação comercial entre o profissional e o consumidor é estabelecida sempre que o profissional atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, pelo que se verifica a existência de uma relação comercial com o consumidor sempre que aquele dirija a este qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação diretamente relacionada com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor.

É neste contexto que surge a problemática da qualificação do profissional, tendo inclusive a avaliação REFIT identificado a falta de conhecimento em relação a quem deverá ser responsável em caso de litígio como a questão mais problemática da sua análise. De acordo com o estudo²⁷⁹ realizado pela Comissão, nem os consumidores, nem os profissionais, nem as plataformas estão completamente certos acerca de quem terá de assumir a responsabilidade em caso de violação de alguma norma ou nas situações de incumprimento contratual. Os resultados

²⁷⁸ Exceto nos casos referidos no art. 1.º/2, por remissão do art. 7.º/3, em que o DL é aplicável às relações entre empresas.

²⁷⁹ *Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-to-Peer Platform Market*, 2017, disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704 (acedido a 22/04/2019).

revelam-se preocupantes, na medida em que 60% dos consumidores e 40% dos profissionais não têm conhecimento dos seus direitos e deveres no contexto do comércio eletrónico.

Esta incerteza é em parte gerada pelo facto de que, frequentemente, o consumidor não sabe com quem é que, de facto, está a celebrar o contrato, visto que não é transmitida informação sobre o vendedor ou prestador de serviços, que poderá ser um profissional, a própria plataforma, ou um particular. Esta falta de informação gera uma elevada incerteza para o consumidor que, além de não ter informação relativa sobre a quem se poderá dirigir em caso de incumprimento contratual ou por violação dos seus direitos, poderá inclusive não estar protegido pela legislação de Direito do Consumo, na circunstância de a contraparte do contrato celebrado ser um particular, dado que a legislação é aplicável apenas a contratos celebrados com profissionais, no âmbito da sua atividade comercial ou profissional²⁸⁰.

Acresce que, apesar de a nova Diretiva alterar a Diretiva dos direitos do consumidor, exigindo que o consumidor seja informado sobre se está a celebrar um contrato com um terceiro profissional ou um terceiro particular, é esse mesmo terceiro que tem a obrigação de comunicar à plataforma se é ou não profissional²⁸¹, quando pode ele próprio ter dificuldades em identificar a sua qualidade, ficando assim sujeito à aplicação do art. 8.º a) do DL 57/2008, que determina ser enganosa em qualquer circunstância (e portanto desleal) a prática em que o profissional alega falsamente ou cria a impressão de que não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Consideramos, por isso, que a nova Diretiva peca por não definir critérios específicos que permitam determinar claramente se o vendedor ou prestador de serviço é, de facto, um profissional ou um mero particular²⁸². O consumidor continua desprotegido neste sentido, uma vez que não tem garantias de que a informação prestada seja fidedigna e se está ou não protegido pela legislação de Direito do Consumo, ao mesmo tempo que suscita dúvidas ao vendedor ou fornecedor, que poderá,

²⁸⁰ TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for Consumers*, 2018, p. 11.

²⁸¹ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, p. 41.

²⁸² TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, 2018, p. 15.

inconscientemente, incorrer numa prática comercial desleal, enquanto que a plataforma de avaliações é quase totalmente desresponsabilizada quanto à veracidade dessa qualificação²⁸³.

Neste contexto, devemos continuar a socorrer-nos dos critérios auxiliares definidos pelo TJUE analisados anteriormente aquando da qualificação do vendedor como profissional, de modo a estabelecer uma relação comercial com o consumidor.

3.4.3.2. *Relação comercial entre a plataforma de avaliações online e o consumidor*

De modo a estabelecer uma relação comercial entre a plataforma de avaliações online e o consumidor, é necessário verificar, em primeiro lugar, se a plataforma pode ou não ser definida como profissional para efeitos de aplicação do regime.

A qualificação da plataforma como profissional deverá ser realizada caso a caso, verificando-se, nos termos do art. 3.º b) do DL, se a sua atuação está relacionada com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Neste sentido, considera-se que uma plataforma que gere um sistema de avaliações online atua no âmbito da sua atividade profissional sempre que, por exemplo, cobra uma comissão aplicável às transações entre vendedores e consumidores, presta serviços adicionais pagos e/ou obtenha receitas com publicidade seletiva²⁸⁴.

A Autoridade Italiana da Concorrência e do Consumidor pronunciou-se sobre esta questão, decidindo que uma plataforma online de comparação de preços e intermediação de viagens era qualificada como profissional, visto que a sua atividade não se limitava ao armazenamento de informações, assumindo um papel ativo da classificação e sistematização de informações relacionadas com instalações hoteleiras, restaurantes e atrações turísticas²⁸⁵.

²⁸³ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, p. 41.

²⁸⁴ Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão: Orientações Sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE Relativa às Práticas Comerciais Desleais, 2016, pp. 129-130.

²⁸⁵ *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, decisão PS9345 Tripadvisor de 19 de dezembro de 2014, n.ºs 87-89. Esta parte específica da decisão foi confirmada pelo *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* em 13 de julho de 2015; *Sezione I, Sentenza* n.º 09355.

Assim, quando se encontrem no exercício da sua atividade profissional, as plataformas de avaliações online estão obrigadas ao cumprimento dos deveres de diligência profissional, estando sujeitas à aplicação do regime das práticas comerciais desleais sempre que a sua atividade seja dirigida aos consumidores, nomeadamente aquando do processamento e publicação das avaliações, bem como à promoção ou venda de bens ou serviços.

3.4.4. Subsunção da prática comercial a uma norma do regime

Verificados todos os anteriores pressupostos de aplicação, o último passo consiste em averiguar se a prática comercial sujeita à análise se afigura como desleal à figura do regime das práticas comerciais desleais.

Tendo em conta a lógica de construção do regime, que parte do geral para o particular, impõe-se que o método subsuntivo siga o percurso inverso, iniciando-se a análise pela lista negra de práticas comerciais desleais em qualquer circunstância. Na eventualidade de a prática não ser subsumível à norma, parte-se para a análise do segundo nível do regime, referente às práticas comerciais enganosas e às práticas comerciais agressivas. Caso a resposta seja novamente negativa, deverá proceder-se ao enquadramento da prática comercial em causa face à cláusula geral, verificando-se se foram violados os deveres resultantes da diligência profissional.

3.5. Situações a título de exemplo

De modo a alcançar um melhor entendimento acerca da metodologia de aplicação do regime das práticas comerciais desleais às atividades levadas a cabo pelos vendedores, fornecedores e plataformas no âmbito dos sistemas de avaliações online, iremos proceder à apresentação de quatro situações a título de exemplo, descrevendo em cada uma delas os passos a adotar para identificar se determinada prática constitui uma prática comercial desleal nos termos do atual regime e de acordo com as alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*.

3.5.1. Exemplo A

Situação em que o proprietário de um restaurante contrata um grupo de pessoas para que estas escrevam avaliações positivas, referindo a excelente qualidade das refeições e do serviço disponibilizado pelo seu estabelecimento, numa plataforma de avaliações online que, por sua vez, indica que todas as avaliações são publicadas por consumidores que frequentaram os restaurantes.

Neste caso, e para efeitos de aplicação do regime atual, apesar de não ter sido o profissional a escrever diretamente a avaliação, o art. 3.º d) determina que é profissional quem atue em nome ou por conta desse profissional e no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

A avaliação foi escrita por terceiros a agir por conta do profissional e dirigida aos consumidores utilizadores da plataforma online, com a intenção de promover o restaurante do profissional, pelo que estamos na presença de uma prática comercial no âmbito de uma relação comercial.

O art. 8.º contém a lista negra de ações consideradas enganosas em qualquer circunstância, entre as quais consta, na al. ab), a situação em que o profissional se apresenta falsamente como consumidor. Uma vez que os terceiros contratados pelo profissional atuaram por sua conta, fazendo-se passar por consumidores, a prática comercial é subsumível a esta norma e, conseqüentemente, é considerada enganosa, independentemente do conteúdo positivo ou negativo dessa avaliação.

Quanto à declaração da plataforma de avaliações online, cujo conteúdo refere que todas as avaliações publicadas têm origem em consumidores que frequentaram os restaurantes por si avaliados, constatamos que, apesar de constituir uma prática comercial destinada aos consumidores, na medida em que procura aumentar o nível de qualidade e credibilidade do sistema de avaliações perante os consumidores, o atual regime das práticas comerciais desleais não prevê especificamente esta situação, abrindo espaço para que a plataforma recorra à exclusão de responsabilidade prevista pelo art. 16.º do DL do Comércio Eletrónico, visto que não tinha conhecimento da ocorrência da prática comercial desleal levada a cabo pelo profissional e que a sua postura foi passiva no que diz respeito à armazenagem, processamento e apresentação da informação.

De acordo com as alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*, a prática comercial realizada pelo profissional insere-se no âmbito do

novo art. 23.º-C da Diretiva, que determina ser desleal em quaisquer circunstâncias a prática em que o profissional submete ou encarrega outrem a submeter avaliações falsas num sistema de avaliações destinado a consumidores, com o objetivo de promover os seus produtos.

No que diz respeito à declaração da plataforma de avaliações online, de acordo com as alterações introduzidas, a prática comercial subjacente a essa declaração é subsumível ao art. 23.º-B da Diretiva, que determina ser desleal em quaisquer circunstâncias a prática comercial em que é declarado que as avaliações sobre os produtos em causa são publicadas por consumidores que compraram ou utilizaram os produtos, sem que sejam tomadas medidas adequadas e razoáveis para verificar que, de facto, têm origem em tais consumidores. Neste sentido, é necessário verificar se a plataforma procedeu à implementação deste tipo de medidas, sob pena de a declaração constituir uma prática comercial desleal.

Deste modo, apesar da alteração, o resultado da qualificação da prática do profissional continua a ser o mesmo, apenas com a vantagem de a sua proibição constar explicitamente da norma a ser introduzida pela nova Diretiva, proporcionando uma aplicação mais direta. Por outro lado, relativamente à atuação da plataforma, esta deixa de poder beneficiar da exclusão de responsabilidade prevista pelo regime do comércio eletrónico se não adotar medidas razoáveis e adequadas a verificar se, conforme declara, as avaliações são publicadas por consumidores que tenham comprado ou utilizado os produtos a que as avaliações se referem, sob pena de a prática ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

3.5.2. Exemplo B

Um profissional vendedor de equipamentos eletrónicos verificou que os seus produtos recebiam constantemente avaliações negativas em determinada plataforma de avaliações online. De forma a não prejudicar o volume de vendas, o profissional implementou, sem o conhecimento da plataforma, um sistema que altera automaticamente para o nível máximo de 5 estrelas as avaliações em que os consumidores atribuíram ao produto uma classificação de 1 ou 2 estrelas.

Nesta situação estamos perante um profissional que manipulou o sistema de uma plataforma de avaliações online destinada aos consumidores, com o intuito de promover a confiança dos mesmos em relação aos

seus produtos, pelo que se verifica a existência de uma relação comercial entre um profissional e um consumidor.

A prática comercial em causa é a conversão das avaliações de carácter negativo em avaliações com a classificação máxima de 5 estrelas. Porém, essa prática não consta do elenco de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância, nem do elenco de práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância, pelo que, não sendo essa prática subsumível à lista negra de práticas comerciais, importa analisar o segundo nível do regime.

O art. 7.º/1 b) determina que é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas, que conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo pelo que, nestes termos, a prática comercial em causa é tida como desleal, dada a sua suscetibilidade de conduzir o consumidor a tomar uma decisão que não teria tomado na ausência dessa prática.

No que respeita à responsabilidade da plataforma de avaliações online, verifica-se que a sua atuação foi passiva, na medida em que não exerceu qualquer controlo na organização das avaliações dos consumidores nem procedeu à alteração do seu conteúdo. Deste modo, verifica-se uma causa de exclusão da responsabilidade da plataforma, nos termos do art. 16.º do DL do Comércio Eletrónico, uma vez que não tinha conhecimento da atividade ilícita e não lhe podia ser imposta uma obrigação de vigilância, nos termos do art. 12.º do mesmo diploma legal.

No seguimento das alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*, apesar de se manter a exclusão de responsabilidade da plataforma de avaliações online, verifica-se uma alteração substancial no que diz respeito à qualificação da conduta do profissional na situação descrita neste exemplo.

A prática em que o profissional coloca em funcionamento um sistema que permite a manipulação e alteração das avaliações publicadas pelos consumidores, alterando o nível que é atribuído aos seus produtos, passa a ser, em virtude das alterações, uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias, por via da aplicação do novo art. 23.º-C, que determina a deslealdade das práticas que conduzem à deturpação de avaliações de consumidores com intuito na promoção de produtos.

O regime das práticas comerciais desleais é, portanto, fortalecido ao prescindir do critério de suscetibilidade de distorção do seu

comportamento económico para que esta prática comercial seja considerada desleal, protegendo-se mais eficazmente os consumidores que utilizam os sistemas de avaliações online como uma ferramenta informativa para as suas decisões de transação.

3.5.3. Exemplo C

Uma plataforma de avaliações online celebrou um contrato com uma marca de telemóveis, nos termos do qual se compromete a apresentar apenas avaliações positivas nas primeiras 5 páginas relativas aos equipamentos vendidos por esse mesmo profissional, mediante o pagamento de um preço. O acordo nunca foi revelado publicamente²⁸⁶.

No caso em apreço a plataforma assume o carácter de profissional, na medida em que está a atuar no âmbito da sua atividade comercial e profissional dirigida aos consumidores.

Ao proceder à otimização do conteúdo e modificação da ordem e modo de apresentação das avaliações, a plataforma de avaliações online assume uma postura ativa, pelo que não pode beneficiar da causa de exclusão da responsabilidade que consta do art. 16.º do DL do Comércio Eletrónico.

Esta prática é permitida apenas quando essa mesma otimização e modificação do *ranking* sejam transparentes e devidamente comunicadas ao consumidor. A prática comercial em causa será, portanto, a não transmissão da informação relativa ao contrato celebrado com a marca de telemóveis.

No regime atualmente em vigor, esta prática não consta do elenco de práticas comerciais enganosas ou de práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância, pelo que é necessário proceder à análise do segundo nível de proteção.

De acordo com o art. 9.º, tendo em conta todas as características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, é enganosa (e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo) a prática comercial que omite uma informação com requisitos substanciais para

²⁸⁶ Este caso prático foi inspirado num caso apresentado por NARCISO no âmbito do European Consumer Law Seminars, promovido pelo Nova Consumer Lab a 18/03/2019.

uma decisão negocial esclarecida do consumidor, bem como aquela em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto.

Verifica-se, portanto, a existência de uma omissão que constitui uma prática comercial enganosa e, conseqüentemente, desleal, uma vez que não foi transmitida a informação ao consumidor de que as avaliações positivas foram destacadas para as primeiras cinco páginas. Tendo em conta que 80% dos consumidores lê apenas a primeira página de avaliações apresentadas²⁸⁷, a omissão do acordo e da prática comercial conduz (ou é suscetível de conduzir) o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. O mesmo sucede com a omissão da intenção comercial da prática uma vez que, se o consumidor tiver conhecimento de que existe um acordo entre a plataforma e o profissional, terá, à partida, um maior ceticismo em relação às avaliações apresentadas na plataforma, o que poderá levar a que pondere as suas decisões de transação de forma diferente daquela que assumiria se tivesse esse conhecimento.

Analisando a mesma situação sob o prisma das alterações introduzidas pelo *New Deal for Consumers*, verificamos que a conduta da plataforma de avaliações online é prevista pelo novo art. 11.º-A da Diretiva, que determina ser desleal em quaisquer circunstâncias a prática comercial em que se possibilita aos consumidores o acesso a um sistema de pesquisas, como é o caso das plataformas de avaliações online, sem que seja claramente indicado que foi pago um preço para que determinados produtos apareçam em primeiro lugar no *ranking* de produtos apresentados no âmbito dessa pesquisa.

O consumidor encontra-se, por isso, mais protegido contra este tipo de práticas comerciais de acordo com as novas normas introduzidas, uma vez que deixa de ser necessário demonstrar que a prática em questão é suscetível de distorcer a decisão de transação do consumidor, visto que passa a ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

²⁸⁷ *Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704 (acedido a 22/04/2019).

3.5.4. Exemplo D

Uma plataforma de avaliações online implementou um sistema em que os consumidores apenas conseguem publicar avaliações negativas mediante o pagamento de uma taxa de 1€. Todas as avaliações positivas são gratuitas.

Neste cenário a plataforma de avaliações online atua no âmbito da sua atividade comercial e profissional, pelo que é considerada profissional para efeitos de aplicação do regime.

Apesar de a plataforma de avaliações não proceder à manipulação, eliminação ou alteração da ordem de apresentação das avaliações, ao impor o custo de 1€ apenas para publicação de avaliações negativas, está a assumir uma postura ativa, visto que a imposição dessa taxa terá, necessariamente, um reflexo visível na qualidade média das avaliações submetidas pelos consumidores, além do benefício económico que é gerado. Deste modo, a plataforma não beneficia da causa de exclusão da responsabilidade dos intermediários do serviço de armazenagem em servidor prevista no art. 16.º do DL do Comércio Eletrónico.

A prática comercial em causa é a imposição da taxa de 1€ às avaliações de carácter negativo, a ser suportada pelo consumidor. Esta prática não consta do elenco previsto nas listas negras de práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância.

Seguindo a metodologia do regime, procedemos à análise do segundo nível de proteção face às práticas comerciais desleais. A adoção da prática comercial em questão foi devidamente comunicada aos consumidores e não distorce ou elimina as avaliações negativas, impondo apenas que seja paga uma taxa, pelo que não constitui uma ação ou omissão enganosa da parte da plataforma de avaliações online, visto que não transmite informação falsa nem verdadeira que seja passível de enganar o consumidor, tal como não impede a transmissão ou omite informação relevante para a decisão do consumidor.

Assim sendo, resta-nos o primeiro nível de proteção conferido pelo regime, consagrado na cláusula geral do art. 5.º, que determina ser desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que o afete relativamente a certo bem ou serviço.

A análise sobre a conformidade ou desconformidade da prática comercial com a diligência profissional é realizada com base nos padrões de competência e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e com o princípio geral de boa fé no âmbito da atividade profissional.

No caso em apreço verificamos que a atuação da plataforma não é conforme à diligência profissional, na medida em que não respeita o padrão de competência que se pode razoavelmente esperar de um profissional que atue no setor das avaliações online. O consumidor médio tem a expectativa de poder avaliar livremente o produto ou o serviço, independentemente da sua experiência ser positiva ou negativa. Implementar um sistema em que o consumidor tem de suportar uma taxa para transmitir o seu descontentamento com determinado produto ou serviço constitui, portanto, uma violação dos deveres de lealdade e boa fé que devem pautar a conduta do profissional na relação com os consumidores, pois deve ser dado igual tratamento a todos os consumidores, independentemente do seu grau de satisfação.

A prática comercial em causa é suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário, na medida em que a ausência ou o reduzido número de avaliações negativas poderá levar o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. A perspetiva de ter de pagar uma taxa para publicar a sua real e honesta avaliação, caso esta seja negativa, representa igualmente um fator que é suscetível de levar o consumidor a optar por não celebrar o contrato ou a celebrar em termos diferentes do que faria se não fosse a existência dessa prática comercial.

Concluimos, portanto, que a prática comercial de implementar a taxa de 1€ por cada avaliação negativa constitui uma prática desleal nos termos da cláusula geral do regime, tendo em que conta que esta não respeita a diligência profissional que pode ser esperada pelo consumidor, pois é colocada em causa a fiabilidade do próprio sistema de avaliações, que é suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor, potenciando uma tomada de decisão de transação que não teria sido tomada de outro modo.

Neste caso, a solução será a mesma, de acordo com as normas introduzidas no âmbito do *New Deal for Consumers*.

4. Considerações finais

Resulta do nosso estudo a convicção de que o atual regime das práticas comerciais desleais se revela apto a responder a algumas das questões suscitadas pelos novos modelos de economia, sustentados em parte pelos sistemas de avaliações online. No entanto, o regime não foi desenhado com este tipo de sistema em mente, pelo que se revela igualmente inadequado para a garantia absoluta da proteção dos direitos e interesses do consumidor em determinadas situações, tal como indicado pelo estudo de avaliação REFIT.

Neste sentido, a Comissão Europeia introduziu um pacote de alterações legislativas, inseridas no programa de medidas *New Deal for Consumers*, que visa a modernização da legislação europeia de proteção do consumidor, nomeadamente no que diz respeito ao regime das práticas comerciais desleais e ao regime dos direitos do consumidor, adequando diversos conceitos aos mercados de comércio online e introduzindo novas normas reguladoras deste setor de atividade.

Estas alterações são, no entanto, pouco ambiciosas. Por um lado, proporcionam uma proteção mais explícita e robusta face ao regime em vigor, visto que liberta o consumidor do ónus de prova e alegação de que determinada prática comercial distorceu ou era suscetível de distorcer substancialmente o seu comportamento económico, dado que as alterações vêm configurar as práticas comerciais mais gravosas neste âmbito como desleais em quaisquer circunstâncias, garantindo ao mesmo tempo o reforço dos meios de ressarcimento disponíveis ao consumidor alvo de uma prática comercial desleal e harmonizando as sanções aplicáveis mediante o seu incumprimento, elevando o grau de eficácia dissuasiva do regime. Mas, por outro lado, a nova Diretiva falha em resolver alguns problemas amplamente reconhecidos pela doutrina, como é o caso da omissão dos critérios exigidos para o preenchimento do conceito de profissional, essencial para garantir que o consumidor tem conhecimento sobre a aplicação ou não aplicação da legislação de Direito do Consumo antes de se vincular a um contrato.

Apesar de a Comissão não ter dado resposta a todas as questões, deixou em aberto a possibilidade de os EM's incluírem requisitos de informação adicional aquando da transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico interno, opção esta que poderá elevar o grau de proteção

dos consumidores, sugerindo-se, para tal, a inclusão de um sistema de requisitos de informação semelhante ao que consta das diretrizes atualmente em vigor em França e na Dinamarca.

Na segunda fase do nosso estudo verificámos que, apesar de os sistemas de reputação baseados em avaliações online contribuírem para a diminuição dos problemas relacionados com a sobrecarga de informação que assolam o consumidor atual, a ausência de uma regulação eficaz poderá levar a um reverso da situação, verificando-se um agravamento das assimetrias de informação através da manipulação dos sistemas de avaliação.

De facto, constata-se que as avaliações que integram as bases de dados dos sistemas de avaliações online nem sempre são fidedignas, quer porque não existem, deixando o consumidor sem uma fonte de informação pré-contratual relevante, quer porque são tendenciosas ou falsificadas, levando o consumidor a tomar uma decisão que não teria tomado se tivesse tido acesso a informação fidedigna.

É fundamental, por isso, compreender a arquitetura de construção e funcionamento dos sistemas de avaliação, de modo a identificar as origens dos problemas que ameaçam os direitos dos consumidores e a diminuir os custos de submissão de avaliações verdadeiras, de modo a que sejam reduzidas as assimetrias de informação, o que terá como consequência o aumento dos custos associados à manipulação e falsificação do sistema, reduzindo assim o incentivo económico para que os profissionais e as plataformas adotem práticas comerciais desleais.

Bibliografia

- ABRUNHOSA, Cláudia Gomes, “Práticas Comerciais Desleais — um estudo da Diretiva 2005/29/CE”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 61, 2010;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos V – Invalidade*, Almedina, 2018;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2002;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “O Anteprojecto do Código do Consumidor e da Publicidade”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, 2006;
- BEDNARZ, Zofia, “Economic Law”, in *Commercial and Economic Law, Kluwer Law International*, 2018;

- BÉNADOU, Roland; TIROLE, Jean, “Incentives and Prosocial Behavior”, *The American Economic Review*, Vol. 96, N.º 5, 2006;
- BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. “The Failure of Mandated Disclosure”, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, N.º 3, 2011;
- BERNSTEIN, Lisa, “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, N.º 1, The University of Chicago Press, 1992;
- BETTMAN, James, R.; LUCE, Mary Frances; PAYNE, John W., “Constructive Consumer Choice Processes”, in *Journal of Consumer Research*, Vol. 25, N.º 3, ABI/INFORM Global, 1998;
- BOLTON, Gary; GREINER, Ben; OCKENFELS, Axel, “Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information”, in *Management Science*, Vol. 59, N.º 2, 2013;
- BROWN, Jacqueline Johnson; REIGEN, Peter H., “Social Ties and Word-of-Mouth Referral Behavior”, *Journal of Consumer Research*, Vol. 14, N.º 3, Oxford University Press, 1987;
- BUSCH, Christoph, “Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy”, 2016, disponível em: https://www.academia.edu/29909564/Crowdsourcing_Consumer_Confidence_How_to_Regulate_Online_Rating_and_Review_Systems_in_the_Collaborative_Economy_in_De_Franceschi_ed._European_Contract_Law_and_the_Digital_Single_Market_Implications_of_the_Digital_Revolution_Intersentia_Cambridge_2016_pp._223-243;
- CALLIESS, Graf-Peter, “Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce”, *CLPE Research Paper 3/2007*, Vol. 3 N.º 3, Toronto, 2007;
- CARVALHO, Joana Campos, “A Proteção dos Consumidores na *Sharing Economy*”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Deco, Lisboa, 2016;
- CARVALHO, Jorge Morais, “Práticas Comerciais das Empresas Face aos Consumidores”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, n.º 1, 2011;
- CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012;
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017;
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019;
- CHEN, Yubo; XIE, Jinhong, “Online Consumer Review: Word-of-Mouth as a New Element of Marketing Communication Mix”, in *Management Science*, Vol. 54, N.º 3, 2008;

- CRISTAS, Assunção, “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE”, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007;
- DELLAROCAS, Chrysanthos, “Reputation Mechanisms”, 2005, disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6e10/bc1128b3372adfb8daa7bc184435ecd4464a.pdf>;
- DELLAROCAS, Chrysanthos; WOOD, Charles A., “The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias”, 2006, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=923823>;
- DIETZ, Thomas, “Global Order Beyond Law: How Information and Communication Technologies Facilitate Relational Contracting in International Trade” in *International Studies in the Theory of Private Law*, Oxford & Portland, 2014;
- DUAN, Wenjing; GU, Bin; WHINSTON, Andrew B., “Do Online Reviews Matter? – An Empirical Investigation of Panel Data”, in *Decision Support Systems*, Vol. 45, 2008;
- DUROVIC, Mateja, “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, in *European Review of Private Law*, Vol. 23, N.º 5, Kluwer Law International, 2015;
- EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard, “Towards a Revision of the Consumer-acquis”, 2011, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1807943>;
- ELICKSON, Robert C., *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991;
- FINLEY, Katie, “Trust in the Sharing Economy: An Explorative Study”, 2013, disponível em: https://warwick.ac.uk/fac/arts/theatre_s/cp/research/publications/madiss/ccps_a4_ma_gmc_kf_3.pdf;
- FLANAGIN, A.; METZGER, M.; PURE, R.; MARKOV, A. e HARTSELL, E., “Mitigating Risk in eCommerce Transactions: Perceptions of Information Credibility and the Role of User-Generated Ratings in Product Quality and Purchase Intention”, in *Electronic Commerce Research*, Vol. 14, N.º 1, 2014;
- GAGNÉ, Marylène; DECI, Edward L., “Self-Determination Theory and Work Motivation”, in *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 26, N.º 4, 2005;
- GARCIA, Sara Fernandes, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014;
- GODES, David; MAYZLIN, Dina “Using Online Conversations to Study Word-of-Mouth Communication, in *Marketing Science*, Vol. 23, N.º 4, 2004;
- GOLDMAN, Eric, “The Regulation of Reputational Information”, 2011, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1754628>;
- GU, Bin; JARVENPAA, Sirkka, “Online Discussion Boards for Technical Support: The Effect of Token Recognition on Customer Contributions”, 2003, disponível em: <http://aisel.aisnet.org/icis2003/10>;

- HORTON, John J.; GOLDEN, Joseph M., “Reputation Inflation: Evidence from an Online Labor Market”, 2015, disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/59d6/e24bf80c01384d5ce8a64e1582208b8b7072.pdf>;
- HOWELLS, Geraint; TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; NORDHAUSEN, Annette, “An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices”, in *A Report for the Department of Trade and Industry*, 2005;
- JACOBY, Jacob; SPELLER, Donald E.; KOHN, Carol A., “Brand Choice Behavior as a Function of Information Load” in *Journal of Marketing Research*, Vol. 11, N.º 1, Sage Publications, 1974;
- JINDAL, Nitin; LIU, Bing, “Opinion Spam and Analysis”, 2008, disponível em: <https://www.cs.uic.edu/~liub/FBS/opinion-spam-WSDM-08.pdf>;
- KAHNEMAN, Daniel, “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics”, in *The American Economic Review*, Vol. 93, N.º 5, 2003;
- KÄSTLE-LAMPARTER, D., “Pre-contractual information duties”, in *Jansen N, Zimmermann R (eds.), Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018;
- KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam, “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, N.º 2, 2015;
- LAURENTINO, Sandrina, “Os Destinatários da Legislação do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000;
- LEE, Julia Y., “Trust and Social Commerce”, *University of Pittsburgh law review*, Vol. 77, N.º 2, 2015;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016;
- LIZ, Jorge Pegado, “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;
- LOBEL, Orly, “The Law of the Platform”, in *Minnesota Law Review*, 2016;
- LUCA, Michael, “Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.Com”, 2016, disponível em: https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-016_a7e4a5a2-03f9-490d-b093-8f951238dba2.pdf;
- LUCA, Michael; ZERVAS, Georgios, “Fake It Till You Make It: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud”, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2293164>;
- MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2008;
- MALHOTRA, Naresh K., “Reflections on the Information Overload Paradigm in Consumer Decision Making”, in *Journal of Consumer Research*, Oxford University Press, Vol. 10, N.º 4, 1984;

- MARTINS, Ana Maria Guerra, “O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, 2002;
- MASUM, Hassan; TOVEY, Mark, “The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World”, in *The Information Society Series*, The MIT Press, 2012;
- MAYZLIN, Dina; DOVER, Yaniv; CHEVALIER, Judith A., “Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation”, 2012, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2128860>;
- MILLER, George A., “The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on our Capacity for Processing Information”, in *Psychological Review*, Vol. 101, N.º 2, 1956;
- MUNZEL, Andreas, “Assisting Consumers in Detecting Fake Reviews: The Role of Identity Information Disclosure and Consensus”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2016;
- NARCISO, Madalena, “Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis”, 2017, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2918764>;
- NARCISO, Madalena, “The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law”, in *European Review of Private Law*, Vol. 27, N.º 3, Kluwer Law International, 2019;
- NOSKO, Chris; TADELIS, Steven, “The Limits of Reputation in Platform Markets: An Empirical Analysis and Field Experiment”, 2015, disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/7217/2662a37253505431682aa0c9ec0541a270d3.pdf>;
- OLIVEIRA, Elsa Dias, “Práticas Comerciais Proibidas”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, 2006;
- PEREDES, Troy A., “Blinded by the Light: Information Overload and its Consequences for Securities Regulation”, 2003, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=413180>;
- PASSINHAS, Sandra, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 2017;
- PAVILLÓN, Charlotte – “The Interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct” in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, N.º 4, 2012;
- POMAR, Fernando Gómez, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, in *Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 330, Barcelona, 2006;
- REICHLING, Florian, “Effects of Reputation Mechanisms on Fraud Prevention in eBay Auction”, 2004, disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.503.1896&rep=rep1&type=pdf>;
- RODRIGUES, Tiago Rigor, *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, White Papers – Wolters Kluwer Portugal, 2008;

- SCHOLES, A. N., “Information Requirements”, in Howells G. and Schulze R. (eds.), *Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law*, 2009;
- SIMONSON, Itamar, “Mission (Largely) Accomplished: What’s Next for Consumer BDT-JDM Researchers?”, *Journal of Marketing Behavior*, Vol. 1, 2015;
- SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776;
- TWIGG-FLESNER, Christian, “Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers”, 2018, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3178952>;
- VRIES, Anne de, “Maximum Harmonization and General Clauses – Two Conflicting Concepts?”, 2011, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1703078>.

Textos da União Europeia

- Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Relatório do balanço de qualidade relativo à legislação da UE em matéria de proteção dos consumidores e de comercialização, SWD (2017) 209, de 23/05/2017;
- Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão sobre a avaliação da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores, SWD (2017) 169, de 23/5/2017;
- Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais, que acompanha o Documento de Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a abordagem global para estimular o comércio eletrónico transnacional no interesse dos cidadãos e das empresas da Europa, SWD/2016/0163 final, de 25/05/2016;
- Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores, COM(2017)259, de 23/5/2017;
- Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores, COM(2017)259, de 23/5/2017;
- Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, 2014, disponível em: <https://www.publications.europa.eu/en/publication-detail//publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5>;
- Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets*, 2017, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma abordagem abrangente dos incentivos para cidadãos e empresas ao comércio eletrónico transfronteiriço na Europa, COM(2016)320, de 25/5/2016;

Briefing of Modernisation of EU consumer protection rules, de 15/04/2019, disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623547/EPRS_BRI\(2018\)623547_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623547/EPRS_BRI(2018)623547_EN.pdf).

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção) de 19 de setembro de 2013, CHS Tour Services GmbH contra Team4 Travel GmbH, Processo C-435/11;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção) de 16 de abril de 2015, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, Processo C-388/13;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sexta Secção) de 18 de outubro de 2012, Purely Creative Ltd e o. contra Office of Fair Trading, Processo C-428/11;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 23 de março de 2010, Google France SARL e Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL contra Viaticum SA e Luteciel SARL (C-237/08) e Google France SARL contra Centre National de Recherche en Relations Humaines (CNRRH) SARL e outros (C-238/08);

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção) de 3 de outubro de 2013, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, Processo C-59/12;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção) de 4 de outubro de 2018, Komisia za zashtita na potrebitelite contra Evelina Kamenova, Processo C-105/17;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 1995, Processo n.º 087043 (Torres Paulo);

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de fevereiro de 2014, Processi n.º 487/08.3tylsb.l1-1 (Rui Torres Vouga);

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisão PS9345 Tripadvisor, de 19 de dezembro de 2014, n.ºs 87-89;

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio em 13 de julho de 2015; *Sezione I, Sentenza* n.º 09355;

Cour de Cassation Commerciale, 4 de dezembro de 2012, 11-27729, *Publicité Sté Pewterpassion.com* contra *Sté Leguide.com*.

O Condomínio e as Relações de Consumo: Um Teste à Elasticidade do Conceito de Consumidor*

JOSÉ FILIPE FERREIRA

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem, regime e natureza jurídica da propriedade horizontal. 2.1. Gênese da propriedade horizontal. 2.2. Regime e natureza jurídica da propriedade horizontal. 2.3. Noção de propriedade horizontal e de condomínio. 2.4. Objeto da propriedade horizontal. 2.5. Caráter das Partes Comuns. 2.6. Órgãos de administração das partes comuns. 2.7. Condomínio em juízo. 3. Gênese e Fundamentos do Direito do Consumo. 4. Conceito de Consumidor. 4.1. Introdução. 4.2. Âmbito objetivo do estudo e do DL n.º 67/2003. 4.3. Elemento Subjetivo. 4.3.1. Generalidades. 4.3.2. Particularidades na propriedade horizontal. 4.4. Elemento Teleológico. 4.4.1. Generalidades. 4.4.2. Particularidades na propriedade horizontal. 4.5. Tomada de posição quanto ao condomínio-consumidor. 5. Conclusão.

Resumo: Sinteticamente, propusemo-nos desenvolver a temática da possibilidade de o condomínio, enquanto conjunto de condóminos, gozar do estatuto de consumidor nas relações e litígios com terceiros que não os condóminos. Esta questão coloca-se, principalmente, nos litígios respeitantes a defeitos detetados nas partes comuns dos edifícios constituídos em propriedade horizontal e aos contratos de compra e venda e prestação de serviços celebrados pelo administrador em representação do condomínio. Partimos de uma breve análise ao regime da propriedade horizontal, cingindo-nos praticamente aos pontos que consideramos terem importância para a nossa temática. Nesta concluímos, essencialmente, que: (1) o objeto do direito de propriedade horizontal é complexo, correspondendo ao conjunto incindível formado pela fração autónoma de cada

* Aos meus pais, obviamente, por tanto que não vale o esforço de tentar especificar. À minha irmã, pela vontade que me faz ter de ser melhor (do que ela) todos os dias. Ao Professor Jorge Morais Carvalho, orientador desta dissertação, pela disponibilidade, dedicação e inspiração. Ao Professor João Cura Mariano, pelo reforçar da sensibilidade para o tema e pela disponibilidade. Ao Dr. Alberto Taveira, juiz que orientou o meu estágio no Juízo Central Cível de Vila Nova Gaia e que me recebeu como um amigo na sua “casa”.

condomínio e pelas partes comuns do edifício, um dos fatores que nos levou a configurar a propriedade horizontal como um direito real *ex novo*, distinto das categorias gerais da propriedade e compropriedade ou do seu mero cúmulo; (2) o exercício dos direitos dos condôminos é necessariamente conjunto, por via de representação pelo administrador, autorizado pela assembleia, ou em litisconsórcio necessário; (3) o caráter das partes comuns não é sempre instrumental ou acessório face às frações autónomas, atendendo à alteração do elenco tradicional dos equipamentos comuns nos edifícios constituídos em propriedade horizontal. Posteriormente, debruçámo-nos sobre a temática-rainha desta dissertação, o Direito do Consumo. Após uma breve incursão pelos fundamentos deste ramo jurídico, cuja autonomia se discute, procurámos enquadrar e resolver várias questões que se colocam na interpretação do conceito legal do consumidor (com enfoque nos seus elementos subjetivo e teleológico), concretamente o previsto na Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) e no diploma que regula a venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas (Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril). Em síntese, concluímos que nem sempre o destino conferido a um bem ou serviço relativo às partes comuns se deve aferir em função do destino que cada condômino dá à sua fração autónoma. Casos há em que o uso de uma parte comum é autónomo e distinguível daquele que o condômino dá à sua fração, pelo que é a esse que teremos de atender. Além disso, defendemos que o destino da fração autónoma, para efeitos de qualificação do condômino como consumidor, deve ser aferido tendo unicamente em conta o fim que consta do título constitutivo da propriedade horizontal, uma vez que os critérios por que se regem são totalmente diferentes. Assim, por exemplo, nem sempre a uma fração cujo fim inscrito no título é a habitação corresponderá um destino não profissional conferido pelo adquirente. Por fim, distinguimos as situações em que a um bem são conferidos usos distintos (uns profissionais e outros privados) pelos vários comproprietários das situações-tipo de uso misto de um bem, concluindo que àqueles não poderá ser aplicado analogicamente o critério do uso predominante, na medida em que tal resultaria numa total desproteção de uma ou mais pessoas em relação às quais não existem dúvidas quanto à proteção acrescida decorrente do estatuto do consumidor que a lei lhes confere, enquanto contitulares de um direito de propriedade sobre tal bem.

Palavras-chave: *propriedade horizontal; condomínio; administrador; partes comuns; Direito do Consumo; consumidor; Lei de Defesa do Consumidor; DL n.º 67/2003; carácter complementar das partes comuns.*

Abstract: Synthetically, we aimed to discuss the possibility of condominium, as the group of tenants, benefiting from the consumer's status in the relations and disputes with others than the tenants. This problem is raised mainly in the disputes concerning the common parts of a building and the acquisition and service agreements concluded by the condominium's manager in its representation.

We began with a brief analysis of the horizontal property's juridical regime, limited to the matters that we consider most important to our issue. Here, we concluded that horizontal property's object is complex, corresponding to the undetachable whole composed by the fraction of each tenant and the common parts of the building, one of the factors that made us see HP as a right in re ex novo, separated from the general figures of property and joint ownership or their cumulation, that the exercise of tenants' rights must be done all combined, by the representation of the manager, authorized by the tenant's assembly, or by mandatory joinder, and that the nature of the common parts is not always instrumental or accessory towards the fractions, regarding the change on the usual catalogue of common equipment existing in the buildings constituted in horizontal property.

Subsequently, we discussed the main question of this dissertation, consumer's law. After a brief incursion on the fundamentals of this juridical field which autonomy is still questioned, we tried to accommodate and solve some of the questions that are raised in the interpretation of the legal concept for consumer (focusing on the subjective and teleological elements), specifically the one predicted in the Consumer Protection Act.

In a nutshell, we've come to the conclusion that not always the destination given to a service or good relative to the common parts must be assessed towards the destination given by each tenant to his fraction. There are cases in which the use of a common part is autonomous and distinguishable of the one given to the fraction, wherefore that is the one we must attend. On the other hand, we defended that the destination of the fraction, the tenant's qualification as consumer, mustn't be assessed only attending the finality stated in the horizontal property's incorporation deed, since the criteria that rule them are completely different. So, for example, not always to a fraction which finality is habitation will correspond a non-professional use by the acquirer. Lastly, we distinguished the cases in which there is a good with different uses (professional and non-professional) by the various co-owners and the ones in which there is a person that gives both uses (professional and non-professional) to a good, concluding that the criterium of the prevailing use can't be applied to those, once that would result in neglecting the rights of people to whom the law assigns an enforced protection due to their quality of consumer.

Keywords: *horizontal property; condominium; manager; common areas; Consumer Law; consumer; Consumer Protection Act; DL n.º 67/2003; common property; complementing nature of the common areas.*

Lista de Abreviaturas

| | |
|-----------------|---------------------------------------|
| Ac. | Acórdão |
| art./ arts. | artigo/artigos |
| CC | Código Civil |
| Cfr. | Confrontar |
| Consult. | Consultado |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DL | Decreto-Lei ou Decretos-Lei |
| Ed. | Edição |
| <i>Et al.</i> | E outros |
| JP | Julgado de Paz |
| LDC | Lei de Defesa do Consumidor |
| N.º/N.ºs | Número/Números |
| <i>Op. cit.</i> | Obra citada |
| P./Pp. | Página/Páginas |
| P. ex. | Por exemplo |
| Proc. | Processo |
| Sent. | Sentença |
| Ss. | Seguintes |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TRC | Tribunal da Relação de Coimbra |
| TRE | Tribunal da Relação de Évora |
| TRG | Tribunal da Relação de Guimarães |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| TRP | Tribunal da Relação do Porto |

1. Introdução

A presente dissertação tem como objetivo primordial discutir a aplicabilidade das normas dos diplomas de Direito do Consumo aos litígios emergentes, por um lado, das relações contratuais estabelecidas entre o condomínio¹ e terceiros que não os condôminos e, por outro, das questões relativas às partes comuns de um edifício constituído em propriedade horizontal. O cerne da questão a desenvolver é, portanto, a possibilidade de o condomínio integrar o conceito legal de consumidor e, em consequência, gozar da especial proteção conferida pela Lei de Defesa do Consumidor² e pelo diploma que regula a venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas³.

O teste ao conceito base do Direito do Consumo centrar-se-á no âmbito dos litígios emergentes dos contratos abrangidos pelo segundo dos diplomas referidos em que uma das partes seja o condomínio, com especial foco nos “contratos de compra e venda das frações autónomas” (com a especificidade de estes serem individuais e independentes, ou seja, celebrados por cada condômino com o vendedor) e nos contratos de empreitada cujas obras sejam realizadas nas partes comuns do edifício.

Pelo caminho, debruçar-nos-emos sobre a origem, o regime e a natureza jurídica da propriedade horizontal, os poderes do administrador do condomínio, em especial no que respeita à representação processual, e sobre o caráter das partes comuns do edifício face às frações autónomas. Assim, no âmbito da propriedade horizontal, cingir-nos-emos à análise das questões que, na nossa ótica, poderão ser determinantes para uma tomada de posição sustentada e fundamentada sobre a questão central deste relatório, que designámos de “condomínio-consumidor”.

Posteriormente, buscaremos os fundamentos do Direito do Consumo e colocaremos à prova o conceito de consumidor, essencialmente os seus

¹ A expressão “condomínio” será utilizada, sempre que se não diga o contrário, no seu sentido subjetivo, visando designar o “conjunto/universo de condôminos”. Esta questão encontra-se desenvolvida no ponto 1.3 da presente dissertação.

² Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.º 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

³ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

elementos subjetivo e teleológico, debruçando-nos sobre algumas das questões tradicionais que sobre eles se debatem, mas também levantando e procurando resolver os especiais problemas que se levantam face ao condomínio.

2. Origem, regime e natureza jurídica da propriedade horizontal

2.1. Génesis da propriedade horizontal

Na origem da propriedade horizontal estiveram razões sociais e económicas relacionadas com a organização urbana, associando-se o seu surgimento à necessidade de maximizar o espaço citadino para albergar a população proveniente dos meios rurais. Simultaneamente, surgiu como resposta ao sonho da generalidade da população da urbe de aceder a uma habitação própria⁴.

Assim, foram “fundamentalmente [razões] de ordem urbanística e económica” que levaram “numerosas pessoas, agrupadas em famílias distintas, a partilhar entre si um prédio urbano, tomando para si um andar ou uma parcela autónoma de um andar, o apartamento”⁵.

Entre estas razões estiveram o desenvolvimento dos setores secundário e terciário da economia e o abandono das atividades da agricultura e pecuária, a necessidade de as pessoas habitarem perto dos novos empregos e necessidades de funcionalidade das redes de transportes públicos, fatores que contribuíram de forma unívoca para o “sortilégio da cidade”⁶.

Por outro lado, o crescente custo dos terrenos citadinos, a falta de espaço edificável e a crescente preocupação urbanística determinaram o aparecimento de construções em altura, apenas permitido pela modernização das técnicas e dos materiais da construção civil⁷. Como pode ler-se no preâmbulo do diploma que instituiu e regulou pela primeira vez a propriedade horizontal no nosso ordenamento jurídico⁸, “a construção

⁴ PASSINHAS, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal*, 2002, p. 98.

⁵ MENDES, *A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966*, 1970, p. 10.

⁶ PARDAL e FONSECA, *Da propriedade horizontal no código civil e legislação complementar*, 1993, p. 72.

⁷ LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2010, p. 392.

⁸ DL n.º 40 333, de 14 de outubro de 1955.

passou a desenvolver-se mais em altura, à custa do espaço aéreo, do que em superfície, à custa do solo”.

O êxodo rural e a concentração demográfica nos centros citadinos não cessaram nas últimas décadas. De facto, a cidade continua a ser o centro polarizador das atividades económicas mais lucrativas e importantes da sociedade capitalista em que vivemos⁹. A mancha urbana continua a alastrar-se e o fenómeno da construção vertical já não se verifica apenas nos centros das grandes cidades, estendendo-se aos antigos arredores, onde proliferavam as moradias independentes, sendo inclusive uma realidade em cidades mais pequenas e vilas, perto ou longe dos grandes centros urbanos. Mesmo nesses locais, onde a renda capital é mais baixa e há mais espaço para construir, a propriedade horizontal apresenta-se como a solução mais viável para responder às necessidades da população que aí se vai fixando.

Simultaneamente, o fracionamento de edifícios tem conhecido outras finalidades não relacionadas com a habitação própria dos condóminos. Falamos, por exemplo, da instalação de estabelecimentos profissionais ou comerciais nas frações autónomas, numa primeira fase, ou, mais recentemente, da sua afetação a estabelecimentos de alojamento local¹⁰⁻¹¹⁻¹²⁻¹³.

⁹ O Prof. Doutor Pedro Caetano Nunes refere-se a uma “ideologia de base capitalista na organização económica”, no Podcast “JUR CAST”, do “JUR.NAL”, pertencente à Associação de Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ASfhMDeabD4&feature=share> (min. 19-21), consult. a 15-06-2019.

¹⁰ Lei n.º 62/2018, de 22 de agosto, que altera o regime de autorização de exploração dos estabelecimentos de alojamento local, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto.

¹¹ Acerca da temática, v. Diário de Notícias, Versão Online, 21-04-2019, disponível em <https://www.dn.pt/lusa/interior/condominios-desvalorizam-impacto-muito-pontual-das-novas-regras-do-alojamento-local-10819023.html>, consult. a 15-06-2019; Jornal Destak, Edição 3340, 22-04-2019, p. 5.

¹² Acerca da temática, v. Diário de Notícias, Versão Online, 21-04-2019, disponível em <https://www.dn.pt/lusa/interior/condominios-desvalorizam-impacto-muito-pontual-das-novas-regras-do-alojamento-local-10819023.html>, consult. a 15-06-2019; Jornal Destak, Edição 3340, 22-04-2019, p. 5.

¹³ Sobre “os poderes do condomínio na relação com o titular do alojamento local”, v. CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, pp. 469 a 471; sobre a legitimidade da assembleia de condóminos para impedir ou limitar a afetação de uma fração autónoma ao alojamento local, v. PITÃO e PITÃO, *Condomínio e Propriedade Horizontal*, 2019, pp. 115 a 121.

Mesmo em relação ao seu desígnio habitacional, a propriedade horizontal adquiriu novas virtudes procuradas pelos aspirantes a condóminos¹⁴. Já não se busca apenas o acesso a um apartamento tradicional, mas também uma oferta mais rica em termos de comodidade e segurança, de outra forma impossível de obter para a maioria da população. A aquisição de frações autónomas inseridas num condomínio com jardim e sistema de segurança comuns (p. ex.) torna-se, para uma franja crescente da população, a forma mais acessível e apelativa de usufruir de uma habitação com terrenos adjacentes e as condições de segurança procuradas. Outros exemplos de partes comuns procuradas pelos aspirantes a condóminos proliferam pela realidade imobiliária e podem aqui ser deixados como dado sociológico interessante: campos de ténis, futebol ou outro desporto coletivo, ginásios, piscinas, salões de festas, escritórios, entre muitos outros.

Concluimos este ponto citando CARVALHO FERNANDES: “Em verdade, a propriedade horizontal representa hoje a modalidade mais corrente na aquisição de casa própria, para fins habitacionais, mas, também, de locais para o exercício de atividades comerciais, profissionais e outras”¹⁵. Apesar de esta afirmação ter já mais de uma década, é tão ou mais atual hoje do que à data em que foi proferida. Muito do interesse na questão que analisaremos neste trabalho advém, exatamente, da importância da propriedade horizontal na realidade social atual¹⁶.

2.2. Regime e natureza jurídica da propriedade horizontal

Em Portugal, o regime jurídico da propriedade horizontal foi pela primeira vez instituído e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 40 333, de 14 de Outubro de 1955¹⁷. Em 1967, esta matéria passou a estar incluída no Código Civil, ainda que se tenha mantido inalterado o conteúdo daquele decreto. Atualmente, podemos encontrar o regime desta figura

¹⁴ Esta questão será melhor tratada no ponto 2.5 da presente dissertação.

¹⁵ FERNANDES, “*A situação jurídica do superficiário-condómino*”, 2006.

¹⁶ PITÃO e PITÃO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Sobre os seus antecedentes, v. DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2013, p. 112, nota 353.

no Capítulo VI, do Título II, do Livro III, nos artigos 1414.º a 1438.º-A¹⁸ do Código Civil.

Como enuncia expressamente o n.º 1 do artigo 1420.º, a propriedade horizontal engloba o direito de propriedade exclusiva que recai sobre a fração autónoma e o direito de compropriedade das partes comuns do edifício, direitos estes que formam um conjunto incidível (n.º 2 do mesmo preceito).

À primeira vista, este direito real seria, então, um mero cúmulo daqueloutros, aplicando-se às partes de um edifício constituído em propriedade horizontal os regimes gerais da propriedade (1302.º e ss.), quanto às frações autónomas, e da compropriedade (art. 1403.º e ss.), quanto às partes comuns. Não é, no entanto, assim. O regime da propriedade horizontal afasta-se largamente daqueles para que o art. 1420.º nos remete, especialmente no que ao regime das partes comuns diz respeito. A aplicabilidade daqueles é meramente subsidiária e, como veremos, pouco resta na prática para aplicar, tendo em conta as regras especiais estabelecidas nos artigos 1414.º e ss. Por outro lado, a incidibilidade dos direitos referidos é um elemento que diferencia a propriedade horizontal e influencia determinantemente o seu regime. Esta característica consubstancia-se na proibição de alienar separadamente a fração ou qualquer das partes comuns e na impossibilidade de o condómino renunciar a estas últimas como forma de se desonerar dos encargos com a sua conservação e fruição (artigo 1420.º, n.º 2).

Estes dois fatores são importantes no momento em que tomamos posição quanto à natureza jurídica do condomínio.

Muito se discutiu acerca da natureza jurídica da propriedade horizontal e sua configuração¹⁹, questão que perdeu algum interesse com a regulamentação expressa do seu regime²⁰. Consagrou a lei portuguesa

¹⁸ Este artigo, aditado pelo DL n.º 267/94, de 25 de outubro, prevê a propriedade horizontal de conjuntos de edifícios, situação a que alguns autores se referem como “super-condomínio”. No âmbito do nosso trabalho não nos referiremos a esta figura por desnecessidade e simplicidade. Assim, teremos sempre por referência os casos em que os condóminos sejam proprietários de uma fração de um edifício, ainda que tudo o que se dirá valha, *mutatis mutandis*, para as situações do artigo 1438.º-A.

¹⁹ MENDES, *op. cit.*, pp. 26 e ss.; FERNANDES, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, 2006, pp. 3 a 14.

²⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 26 e nota 34.

a solução dualista, que encara a propriedade horizontal como um direito real que resulta da aglutinação de direitos de natureza diversa, ultrapassando então as teorias unitárias a este respeito, que procuravam integrar a propriedade horizontal nos institutos jurídicos tradicionais²¹.

A principal, e ainda atual, discussão neste âmbito é entre a caracterização da propriedade horizontal como uma propriedade particular ou especial, ou como um novo direito, um tipo autónomo no conjunto dos direitos reais de gozo²².

Sem prejuízo de termos em mente que “o direito de propriedade é não só o direito real máximo como o paradigmático – é por referência a ele que os outros direitos reais se constroem”²³, no nosso entender, a regulamentação expressa do regime da propriedade horizontal, apesar de parcialmente remissivo para os regimes gerais da propriedade e da compropriedade, reflete a existência de um novo direito real correspondente a esta figura, não apenas complexa pela junção de dois regimes, mas também, e principalmente, pelas alterações e restrições específicas desse regime face aos gerais que aparentemente se aglutinam.

Quer isto dizer que nem o direito de propriedade incidente sobre as frações autónomas nem a compropriedade referente às partes comuns do edifício correspondem exatamente ao conteúdo desses direitos nos seus regimes gerais, havendo inclusive quem questione, principalmente, a caracterização da situação dominial das partes comuns como compropriedade²⁴.

De facto, analisado o regime geral da compropriedade em confronto com a regulamentação especial da propriedade horizontal, muito pouco daquele resta para se aplicar. Desde logo, não podemos menosprezar duas derrogações muito relevantes ao regime da compropriedade no âmbito da propriedade horizontal: a impossibilidade de alienar separadamente os direitos de propriedade sobre a fração autónoma e o que incide sobre as partes comuns; e a impossibilidade de renunciar ao direito sobre as

²¹ MILLER, *A Propriedade Horizontal no Código Civil*, 1998, pp. 54 e 55; FERNANDES, “Da natureza (...)”, *op. cit.*, p. 3.

²² MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos nas Obras*, 2015, p. 194.

²³ DUARTE, *op. cit.*, p. 50.

²⁴ MILLER, *op. cit.*, p. 151.

partes comuns para se libertar dos correspondentes encargos²⁵. Isto sem esquecer a impossibilidade, na propriedade horizontal, de exigir a divisão da coisa, uma característica relevantíssima do direito de compropriedade.

É certo que não podemos afastar a caracterização da situação dominial das partes comuns do edifício como compropriedade²⁶, na medida em que existe uma situação em que duas ou mais pessoas são titulares do direito de propriedade sobre a(s) mesma(s) coisa(s)²⁷. No entanto, é uma compropriedade muito *sui generis*²⁸, com duas características que se destacam. Por um lado, é uma situação de domínio forçada, porque decorre necessariamente da propriedade exclusiva de uma fração autónoma de um edifício. Por outro lado, as partes comuns de um edifício constituído em propriedade horizontal gozam de um estatuto especial com regras próprias, apenas supletivamente se lhes aplicando o regime da geral da compropriedade.

Atualmente, é relativamente pacífico a configuração da propriedade horizontal como uma figura complexa, composta por dois direitos incidentes sobre coisas diferentes, ainda que partes de uma mesma coisa (o edifício): o direito de propriedade de cada condómino sobre a sua fração autónoma e o direito de compropriedade que incide sobre as partes comuns do edifício, cuja titularidade pertence ao universo de condóminos. A relação entre estes dois direitos não pode ser encarada como de mera justaposição, não só porque se caracteriza pela incidibilidade dos mesmos, mas porque desta característica decorre um estatuto e regime legal especial.

Concluindo, entendemos tratar-se a propriedade horizontal de um direito real *ex novo*, uma vez que, por um lado, não se trata de uma situação de mera justaposição de dois direitos reais pré-existentes, mas sim da criação de uma figura caracterizada pela incidibilidade daqueles direitos, e

²⁵ FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 2009, p. 38.

²⁶ Art. 1403.º

²⁷ Sobre as várias conceções da compropriedade e defendendo a sua inserção na figura geral da contitularidade ou comunhão de direitos, v. DUARTE, *op. cit.*, pp. 62 e ss.

²⁸ Além das características apontadas, deve notar-se que a situação jurídica das partes comuns tem caráter de permanência, enquanto a das coisas detidas em compropriedade é “tendencialmente temporária”, como se infere da consagração do direito à divisão nos artigos 1412.º e 1413.º. Cfr. DUARTE, *op. cit.*, p. 66.

por outro, porque esses mesmos direitos adquirem um conteúdo bastante diferente quando encarados pelo prisma da propriedade horizontal²⁹. Como refere de forma precisa CARVALHO FERNANDES, verifica-se “uma reação recíproca de cada uma dessas situações sobre a outra, pois se de simples justaposição se tratasse nada impediria que cada um desses direitos seguisse um curso próprio, nas suas vicissitudes. Sem pôr em causa a relevância deste argumento, são principalmente os desvios ao regime de qualquer dessas situações jurídicas que nos permitem captar a verdadeira maneira de ser do condomínio”³⁰.

Cumpre-nos ainda, neste âmbito, afastar a caracterização do condomínio como uma pessoa coletiva. De origem anglo-saxónica, esta teoria não encontra, atualmente, defensores na doutrina nacional, o que se reflete na jurisprudência³¹⁻³². De facto, o condomínio não desenvolve qualquer atividade económica ou produtiva, seja de bens ou de serviços. Não tem, igualmente, património próprio, integrando as frações autónomas e as partes comuns o património dos condóminos. Mesmo as contribuições periódicas pagas pelos condóminos não são mais do que a “antecipação da cobertura de despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e as despesas com serviços comuns”, o mesmo valendo para o fundo comum de reserva³³. Em suma, não prosseguindo um objetivo social ou económico autónomo face aos condóminos e carecendo de personalidade jurídica, o condomínio não pode, à luz do sistema jurídico português, ser visto como uma pessoa coletiva. Como refere enfaticamente CURA MARIANO, “o instituto da propriedade horizontal encerra um modelo de técnica jurídica de tratamento de interesses coletivos, sem recurso à criação duma pessoa jurídica de ficção”³⁴. Apesar da verificação dos elementos pessoal (condóminos), teleológico (interesse determinado, coletivo e duradouro em gerir as partes comuns do edifício) e organizatório (assembleia e administrador), falta ao condomínio o

²⁹ Contra este entendimento, ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 2012, pp. 410 e ss.; PITÃO e PITÃO, *op. cit.*, p. 127.

³⁰ FERNANDES, “*A situação (...)*”, *op. cit.*

³¹ Ac. TRP, 27-09-2018, Leonel Serôdio.

³² FERNANDES, “*A natureza (...)*”, *op. cit.*, p. 7.

³³ Instituído pelo art. 4.º do DL n.º 268/94, de 25 de outubro.

³⁴ MARIANO, *op. cit.*, p. 194.

elemento intencional, o *animus personificandi*³⁵. Em suma, os órgãos do condomínio visam somente formar uma vontade unívoca do coletivo de condôminos e organizar a sua atuação, o que não basta para equipará-lo a uma pessoa coletiva³⁶.

2.3. Noção de propriedade horizontal e de condomínio

Não existindo uma noção legal de propriedade horizontal, a doutrina tem avançado várias sugestões. Recorreremos às tentativas de aproximação de alguns autores, uma vez que não temos interesse, no âmbito deste trabalho, em avançar uma noção própria de propriedade horizontal.

Assim, para CARVALHO FERNANDES, ela é o “conjunto, incindível, de poderes que recaem sobre uma fração autónoma de um prédio urbano e sobre as partes comuns do mesmo edifício”³⁷. Para SANTOS JUSTO, é o “conjunto de poderes, incindivelmente ligados, sobre cada uma das frações autónomas e sobre as partes comuns”³⁸. Para RUI JANUÁRIO *et al.*, “consiste no conjunto incindível da propriedade plena sobre cada uma das frações componentes de um edifício (...) e do direito de compropriedade sobre as partes comuns desse mesmo”³⁹.

Antes já a Câmara Corporativa havia escrito, no seu Parecer sobre o Projeto de Regulamento da Propriedade Horizontal⁴⁰, que “a propriedade horizontal é (...) a propriedade exclusiva duma habitação integrada num edifício comum”⁴¹.

Para início de estudo, o que queremos realçar é que o cerne da especialidade do regime da propriedade horizontal é o seu objeto. Esta opinião

³⁵ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 182 e nota 439.

³⁶ Configurando a natureza do condomínio como “pessoa jurídica rudimentar”, dotada de “personalidade coletiva limitada ou fracionária”, v. DUARTE, *op. cit.*, p. 134 e nota 414.

³⁷ FERNANDES, *Lições de (...)*, *op. cit.*, pp. 370 e 371.

³⁸ JUSTO, *Direitos Reais*, 2017, p. 336.

³⁹ JANUÁRIO, D’ÁVILA e PINHEL, *Direito Civil: Direito das Coisas*, 2018, p. 863.

⁴⁰ Parecer n.º 30/VI, publicado nas Atas da Câmara Corporativa, n.º 56, de 3 de setembro de 1955 e transcrito em GONÇALVES, *Da Propriedade Horizontal ou Por Andares: Breve Estudo e Comentário do Decreto n.º 40 333, 1956*, pp. 40 e ss.

⁴¹ Ac. STJ, 08-09-2009, Fonseca Ramos.

é comum na doutrina, ainda que nem sempre exatamente no mesmo sentido, como veremos no ponto seguinte desta dissertação.

Com a constituição de um edifício em regime de propriedade horizontal, este adquire um estatuto próprio, deixando de ser juridicamente considerado uma coisa unitária⁴².

Passa a existir uma multiplicidade de partes, que podem constituir coisas suscetíveis de serem objetos de direitos reais, umas delas consideradas frações autónomas e outras partes comuns, como veremos.

Interessa-nos evocar, neste ponto, o princípio da especialidade, um princípio geral dos direitos reais que exige que se possa individualizar concretamente a coisa que é objeto de um direito real⁴³. Podemos decompô-lo em três subprincípios, relacionados com as características que a coisa deve possuir para poder ser objeto de um direito real, a saber: o da determinação (a coisa deve ser determinada e não genérica), o da atualidade (a coisa deve existir no momento da constituição ou da aquisição do direito) e o da autonomização ou da totalidade. É este último o que mais nos interessa.

Então, o princípio da totalidade estabelece que, para existir um direito real, ele terá que incidir sobre uma coisa autónoma, não podendo aquele ter como objeto apenas partes de uma coisa, nem podendo constituir-se em relação a coisas materialmente ligadas a outras.

Este princípio manifesta-se no direito de propriedade sobre imóveis, na medida em que sobre cada edifício incorporado no solo recai, regra geral, um único direito de propriedade, pertencente a um ou mais titulares, que abrange a construção, o solo em que ela está implementada e os terrenos que lhe servem de logradouro⁴⁴⁻⁴⁵.

O regime da propriedade horizontal constitui uma das exceções a este princípio e suas manifestações, uma vez que permite, por um lado, que um direito real incida apenas sobre partes de uma coisa e, por outro, que

⁴² FERNANDES, *A situação (...)*, *op. cit.*

⁴³ LEITÃO, *Direitos Reais*, 2019, p. 24.

⁴⁴ Art. 204.º, n.º 2.

⁴⁵ SEIA, *Propriedade Horizontal: Condóminos e Condomínios*, 2002, pp. 11 e 12; MESQUITA, *A propriedade horizontal no Código Civil Português*, 1976, pp. 79 a 152, 148; LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, *op. cit.*, p. 391; MAGALHÃES, *A Personalidade Judiciária do Condomínio e a sua Representação em Juízo*, 2014, pp. 57 e ss.

sobre o mesmo edifício se constituam distintos direitos de propriedade, com diferentes titulares⁴⁶.

Para a grande maioria dos autores, esta particularidade é a “pedra de toque” do regime da propriedade horizontal. Como ficará patente, no nosso entendimento, a especialidade deste direito real não se cinge à derrogação do princípio da totalidade e ao facto de o seu objeto ser constituído por partes de um edifício.

Entendemos que a especialidade do objeto deste direito real é ainda maior e mais intensa do que os aspetos referidos. Não se trata apenas de um direito real cujo objeto não é uma coisa total e unitariamente considerada, trata-se de um direito real cujo objeto é duplamente complexo, não só porque se trata, na realidade, de um conjunto incindível de coisas, mas também porque os direitos sobre elas incidentes são diferentes, proporcionando aos titulares tipos de domínio distintos sobre as partes do objeto de um mesmo direito.

Perceber exatamente qual o objeto da propriedade horizontal, ou seja, as coisas sobre as quais ele incide, será a questão que nos ocupará no próximo ponto, que nos permitirá explanar completamente o que ficou dito no parágrafo anterior.

Antes de avançarmos, convém esclarecer de forma mais desenvolvida o sentido que atribuímos à expressão “condomínio” no âmbito deste trabalho. Esta é uma palavra polissémica, na medida em que, consoante a perspetiva e o intuito da sua utilização, ela pode adquirir diferentes significados⁴⁷. A utilização indiscriminada e sem clarificação conceptual deste termo não contribui, obviamente, para o esclarecimento das noções e explicações avançadas pelos autores ou decisores.

Desde logo, a palavra pode ser utilizada no sentido objetivo e subjetivo. Quando utilizada no primeiro desses sentidos, a expressão “condomínio” visa nomear a situação jurídica em que se encontra uma coisa (edifício) constituída em regime de propriedade horizontal. É, portanto, um sinónimo dos conceitos de propriedade horizontal que fomos avançando.

⁴⁶ Ac. TRC, 07-04-2016, Sílvia Pires.

⁴⁷ Não tão usual e, por isso, não tão relevante é a utilização do termo condomínio para se referir às contribuições periódicas de cada condómino para as despesas comuns do edifício. Cfr. FERNANDES, *A natureza (...), op. cit.*, p. 5, nota 12.

Pela proximidade das figuras, a expressão condomínio pode ser também utilizada para designar a situação jurídica de uma coisa detida em compropriedade. No entanto, como adverte GONÇALO OLIVEIRA MAGALHÃES, foi exatamente para distinguir as situações de propriedade horizontal das de simples comunhão ou contitularidade que o legislador recorreu ao conceito de condomínio⁴⁸.

Assim, no sentido objetivo, o condomínio deve ser entendido como a figura definidora em que uma coisa com estrutura unitária (edifício) pertence a vários contitulares, mas tendo cada um deles direitos privativos de natureza dominial sobre frações determinadas daquela⁴⁹. Este elemento final é o que distingue esta figura da situação de domínio sobre a coisa que caracteriza a compropriedade.

A expressão condomínio é também utilizada, por vezes, para se referir aos órgãos de administração das partes comuns do edifício, como nesta citação: “o condomínio destina-se a estabelecer disciplina nas relações entre os condóminos e ainda a protegê-los nas relações com terceiros”⁵⁰. Neste contexto, a expressão em análise parece referir-se à assembleia de condóminos e ao administrador enquanto órgãos do condomínio.

No entanto, no nosso trabalho, as referências ao “condomínio” são, na sua maioria, tendo em perspetiva a sua noção subjetiva⁵¹. Neste sentido, o condomínio deve ser entendido como o conjunto ou universo de condóminos, ou seja, o conjunto de pessoas (físicas ou jurídicas) que são titulares de um direito de propriedade horizontal sobre um mesmo prédio. Este conjunto de pessoas forma um grupo dotado de organização, mas desprovido de personalidade jurídica, como veremos.

Portanto, regra geral, é à coletividade formada pelos condóminos que nos referimos quando utilizamos a expressão “condomínio” no âmbito deste trabalho.

Sem prejuízo do que ficou dito, convém salientar que não concebemos o condomínio como uma mera soma dos sujeitos que o compõem.

⁴⁸ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁹ MESQUITA, *A propriedade (...)*, *op. cit.*, pp. 146 e 147.

⁵⁰ PITÃO e PITÃO, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹ Afirmando ser nesta aceção que o legislador se refere ao condomínio nos arts. 1429.º-A do CC e 6.º al. e) do CPC, v. FERNANDES, *A natureza (...)*, *op. cit.*, p. 5, nota 12.

Ainda que não personalizado, o condomínio é legalmente encarado como um centro autónomo de imputação de relações jurídicas⁵², cuja vontade é diferente e autónoma da vontade individual dos condóminos, à qual aquela se sobrepõe. Esta autonomia é produto da conjugação dos critérios da quota da propriedade e do princípio maioritário, o que determina que os atos, quando legalmente formados, vinculem e sejam plenamente eficazes para todos os condóminos, mesmo os que não participem no processo de formação dessa vontade coletiva ou que não adiram à posição prevalecente. Ainda assim, não podemos perder de vista que a titularidade dos direitos nunca abandona a esfera jurídica dos condóminos, cingindo-se a organização do condomínio à regulação legal do modo do seu exercício⁵³.

2.4. Objeto da propriedade horizontal

De acordo com os defensores de concepções ecléticas (assim denominadas por conciliarem os contributos das teorias clássica⁵⁴ e personalista), os direitos reais podem ser caracterizados estruturalmente segundo uma vertente externa e uma vertente interna. Na primeira dessas vertentes, o direito real é visto como o poder de excluir toda e qualquer pessoa de se ingerir no respetivo objeto⁵⁵, desde que tal conduta seja compatível com o conteúdo desse direito. Na segunda, ele mais não é do que um poder direto e imediato sobre uma coisa⁵⁶. Estas concepções dominam a doutrina nacional⁵⁷.

Interessa-nos, sobretudo, a mencionada vertente interna, na medida em que pretendemos perceber qual é a coisa sobre a qual incide o direito real dos condóminos.

⁵² PASSINHAS, *op. cit.*, p. 178.

⁵³ *Ibidem*, p. 177.

⁵⁴ Como exemplo de autor moderno adepto desta teoria, v. MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, 2003, p. 54 e ss.

⁵⁵ FERNANDES, *Lições de (...)*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 40; JANUÁRIO, D'ÁVILA e PINHEL, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ DUARTE, *op. cit.*, p. 17.

Sabemos que um direito de propriedade incidirá necessariamente sobre uma coisa corpórea, móvel ou imóvel⁵⁸⁻⁵⁹.

Ora, uma coisa, para a lei, é tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas⁶⁰. No entanto, a doutrina, considerando manifestamente insuficiente a noção legal de coisa, tem vindo a desenvolver os requisitos que ela deve reunir para poder ser objeto de direitos reais. Assim, destacam-se as exigências normalmente apontadas: ela deve existir autónoma ou separadamente; ser certa e determinada no momento da constituição ou aquisição do direito⁶¹; poder ser objeto de apropriação exclusiva por alguém; conseguir satisfazer interesses ou necessidades humanas; ter carácter estático; e ser desprovida de personalidade jurídica.

No âmbito da propriedade horizontal, interessa-nos, sobretudo, a característica da autonomia e separação da coisa. Como vimos, o direito de propriedade horizontal consubstancia uma exceção a um princípio geral dos direitos reais, o da especialidade ou totalidade, o que permite que este direito real incida, não sobre uma coisa unitária, mas apenas sobre frações dela. No entanto, o requisito da autonomia não desaparece completamente, antes adquire uma particular natureza no âmbito da propriedade horizontal. Deixemos, contudo, o desenvolvimento desta questão para o ponto seguinte.

Verificados os requisitos legais que adiante visitaremos, é possível as frações de um edifício possuírem autonomia jurídica⁶² (além da autonomia física, que é, inclusive, requisito daquela).

Dos artigos 1414.^º e 1415.^º constam menções ao objeto do direito de propriedade horizontal. Neles, fixam-se as condições em que determinadas frações de um edifício podem ser objeto de propriedade horizontal. A formulação destes preceitos manifesta, portanto, um foco nas designadas frações autónomas que integram o edifício.

Este elemento literal leva alguns autores a mencionarem apenas as frações que são detidas em regime de propriedade exclusiva pelos

⁵⁸ Art. 1302.^º CC.

⁵⁹ Sobre o direito de propriedade, em geral, incidir ou não apenas sobre coisas incorpóreas, v. DUARTE, *op. cit.*, 2013, pp. 30 a 33.

⁶⁰ Art. 202.^º CC.

⁶¹ FERNANDES, *Lições de (...)*, *op. cit.*, pp. 370 e 371.

⁶² Ac. STJ, 21-01-2016, Tavares de Paiva.

condóminos quando se referem ao objeto do direito de propriedade horizontal⁶³. A própria noção de propriedade horizontal avançada no Parecer da Câmara Corporativa⁶⁴ (“a propriedade horizontal é, por conseguinte, a propriedade exclusiva duma habitação integrada num edifício comum”) parece apontar nesse sentido, ainda que posteriormente se acrescente que “o objeto em que incide é misto – é constituído por uma habitação exclusiva, que é o principal, e por coisas comuns, que são o acessório”.

No entanto, o objeto do direito de propriedade horizontal, ou seja, a coisa sobre a qual incide esse direito, não se pode resumir às denominadas frações autónomas. Nem tampouco poderá proceder a configuração dos autores que defendem a existência de duas espécies de objetos⁶⁵.

Tais conceções não se afiguram razoáveis nem compatíveis com o regime jurídico da propriedade horizontal. Por um lado, a própria existência de frações autónomas pressupõe necessariamente a existência de partes comuns. Por outro lado, estes elementos são indissociáveis e incidíveis, formando um conjunto que se distingue da mera soma das partes, pelo que não teremos duas espécies de objetos, mas sim um objeto formado por um conjunto de coisas.

Assim, no nosso entender, englobando o direito de propriedade horizontal a propriedade exclusiva da fração autónoma e a compropriedade das partes comuns do edifício⁶⁶, o seu objeto-coisa terá que ser o conjunto (incindível) formado pela fração autónoma de cada condómino e pelas partes comuns do edifício⁶⁷⁻⁶⁸. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ⁶⁹, aproveitando a terminologia francesa, designa de “lote” o objeto da propriedade horizontal, entendendo-se este como o conjunto indivisível composto por partes privativas e comuns.

⁶³ PARDAL e FONSECA, *op. cit.*, p. 89; FERNANDES, *Lições de (...), op. cit.*, pp. 370 a 372; LEITÃO, *Direitos Reais, op. cit.*, p. 22, nota 31.

⁶⁴ Parecer n.º 30/VI, *cit.*

⁶⁵ JUSTO, *op. cit.*, p. 338.

⁶⁶ Art. 1420.º

⁶⁷ JANUÁRIO, D’ÁVILA e PINHEL, *op. cit.*, pp. 878 e ss.

⁶⁸ Referindo-se ao objeto do direito do condómino na propriedade horizontal como “a sua fração e não todo o prédio”, v. FERNANDES, *Lições de (...), op. cit.*, pp. 60 e 372.

⁶⁹ GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado, Volume IV, Direito das Coisas (artigos 1251.º a 1575.º)*, 2011, pp. 342 e 343.

Numa perspetiva global, a propriedade horizontal é o regime sob o qual um edifício é constituído, correspondendo ao somatório do conjunto de direitos individuais dos condóminos, pelo que o seu objeto abrange todo o edifício. Bem assim, o regime de propriedade horizontal aplica-se a todo o edifício constituído dessa forma, pois, como chama a atenção CARVALHO FERNANDES, “não podemos abstrair do facto de [o direito de cada condómino] ser apenas a particularização de um regime que respeita a um edifício com um estatuto específico”⁷⁰.

Quanto à especialidade do objeto deste direito real, concretizemos o que foi sendo dito. Referimos já que a doutrina identifica como a grande particularidade do direito de propriedade horizontal o seu objeto, ainda que de formas diferentes. Para uns, a principal característica distintiva apontada ao objeto da propriedade horizontal prende-se com o facto de ela incidir sobre frações de um mesmo prédio, relacionando-a com a derrogação do princípio da totalidade, como vimos. Para outros, o principal fator é a “ligação incindível entre a propriedade sobre uma fração autónoma de um edifício e a comunhão das restantes partes”⁷¹.

Tendemos a dar mais razão a esta última posição. No nosso entender, a grande particularidade do direito real da propriedade horizontal é, de facto, que ele tem como objeto um conjunto incindível de coisas, sobre as quais incidem direitos com conteúdos distintos. As referidas coisas são a fração autónoma de cada condómino e as partes comuns do edifício. Correspondem-lhes os direitos de propriedade exclusiva e de compropriedade, respetivamente.

Tomada posição quanto ao objeto do direito de propriedade horizontal, analisemos os requisitos estabelecidos no Código Civil para que o edifício possa ser constituído nesse regime.

As normas legais apenas estabelecem exigências materiais específicas relativamente a parte do objeto deste direito real, ou seja, às frações autónomas do edifício. Depreendemos, assim, que as partes comuns apenas devem cumprir os requisitos gerais que vimos permitirem à coisa ser objeto de um direito real. Quanto a elas, o principal pressuposto é mesmo a existência, no sentido em que, a sua inexistência determina a impossibilidade de constituição do edifício neste regime.

⁷⁰ FERNANDES, *A situação (...)*, *op. cit.*

⁷¹ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 17.

Avancemos para os requisitos civis que se impõem ao prédio para que frações suas possam ser objeto de propriedade exclusiva de um condômino.

Assim, para um edifício ser constituído em propriedade horizontal, exige-se que as suas frações que pertençam a diferentes proprietários de forma exclusiva sejam “independentes”, “distintas e isoladas entre si” e possuam “uma saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública”⁷².

Começemos pelo último dos requisitos referidos. A necessidade de cada fração autónoma possuir uma saída própria para uma parte comum ou diretamente para a via pública não levanta grandes problemas interpretativos. Tradicionalmente, este requisito foi imposto por receio de que a propriedade horizontal se tornasse um fator de promiscuidade⁷³, conflituosidade ou litigiosidade entre os condóminos⁷⁴, o que seria altamente potenciado no caso de a saída de uma fração autónoma apenas poder ser realizada através da fração autónoma de outro condômino. O facto de estas frações serem partes de uma estrutura unitária (o edifício) implica a criação de especiais relações de interdependência entre os condóminos, o que condiciona o regime da propriedade horizontal. Este requisito visa limitar esse aspeto e evitar que se crie uma dependência insustentável.

A par disto, exige-se que essas frações sejam “distintas e isoladas entre si”, além de “independentes”. Estes dois requisitos não devem ser confundidos⁷⁵. O primeiro é uma manifestação do princípio da autonomia da “coisa”. A sua previsão no seio da propriedade horizontal justifica-se pela particularidade (já abordada) de se tratar de um direito que incide sobre partes de uma coisa que, regra geral, constituiria uma estrutura unitária e seria objeto de um único direito de propriedade. Não deve, portanto, ser confundido com a independência que, por sua vez, está intimamente ligado com o fim a que se destina cada fração autónoma. Exige-se que a fração reúna condições suficientes e adequadas para

⁷² Art. 1415.º.

⁷³ Parece-nos que a expressão deve ser entendida no sentido de desordem, convivência confusa entre as pessoas; não deve implicar uma valoração moral dos comportamentos das pessoas.

⁷⁴ Preâmbulo do DL n.º 40333.

⁷⁵ JANUÁRIO, D'ÁVILA e PINHEL, *op. cit.*, pp. 864 e ss.

satisfazer integralmente as finalidades que visa, não dependendo de outras frações para tal.

Cumpridos estes requisitos, claramente mais exigentes para uma parte do objeto do direito de propriedade horizontal do que para a outra, o edifício poderá ser constituído em propriedade horizontal, por negócio jurídico, usucapião, decisão administrativa ou decisão judicial, proferida em ação de divisão de coisa comum ou em processo de inventário⁷⁶.

2.5. *Caráter das Partes Comuns*

A formulação dos artigos 1414.^o e 1415.^o e a própria génese da propriedade horizontal levam muitos autores a defender o carácter instrumental ou acessório das partes comuns face às frações autónomas, principalmente numa perspetiva funcional de aquelas permitirem o gozo destas⁷⁷⁻⁷⁸. Na base desta posição estão duas ideias principais. A ideia de que a propriedade horizontal serve o principal propósito de possibilitar a propriedade exclusiva de frações de prédios e a de que as partes comuns visam apenas permitir a subsistência, utilização e circulação no edifício, existindo unicamente para garantir a funcionalidade das frações autónomas e do edifício.

Para uma parte da doutrina⁷⁹, a acessoriedade das partes comuns em relação as frações autónomas é, inclusive, um dos fatores que imprime um carácter particular à figura da propriedade horizontal⁸⁰.

Por oposição, hodiernamente, existem autores⁸¹ que defendem encontrar-se ultrapassada esta conceção, defendendo que a relação entre as partes comuns e as frações autónomas é de complementaridade, encontrando-se num plano de igualdade. Subscrevemos parcialmente este entendimento, baseando-nos essencialmente na perceção empírica

⁷⁶ Art. 1417.^o.

⁷⁷ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 96 e nota 199; JANUÁRIO, D'ÁVILA e PINHEL, *op. cit.*, pp. 861 e 879.

⁷⁸ Ac. STJ, 12-10-2017, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

⁷⁹ Por todos, LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, *op. cit.*, pp. 391 e ss.

⁸⁰ O art. 10.^o do DL n.^o 40333 mencionava expressamente o carácter acessório do direito de propriedade das partes comuns.

⁸¹ PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 96 e 97.

de transformação do elenco das partes usualmente comuns nos condomínios. Assim, tem-se verificado cada vez mais que a opção habitacional das pessoas recai sobre condomínios pela possibilidade de aceder a instalações ou equipamentos que não seriam viáveis numa propriedade exclusiva. Falamos, a título de exemplo, de ginásios, salões de festas e piscinas. Bens deste tipo representam um investimento avultado em habitações singulares e tornam-se acessíveis, via condominial, a uma parte da população de classe média alta. Trata-se de partes presuntivamente comuns, uma vez que são coisas, regra geral, não afetadas ao uso exclusivo de um condômino⁸².

Assim, atualmente, a construção e existência de algumas partes comuns não se prendem com a necessidade de assegurar a funcionalidade do edifício, mas sim com a pretensão dos condôminos de obter melhores condições de comodidade e/ou segurança. Pelo exposto, elas não podem ser consideradas acessórias face às frações autónomas, assumindo em relação a elas um papel complementar.

No entanto, devemos ter em conta que a realidade que ficou retratada é, provavelmente, ainda uma tendência ténue, restrita a uma classe social que não corresponde à maioria da população e a um número de prédios que está longe de corresponder à maioria. É, portanto, no nosso entender, precoce considerar alterações ao regime da propriedade horizontal pela alteração da conceção do carácter das partes normalmente comuns num edifício constituído neste regime.

Ainda assim, pensamos ser já possível extrair desta alteração da realidade a conclusão de que algumas das partes comuns que integram os edifícios constituídos em regime de propriedade horizontal não são acessórias face às frações autónomas do mesmo, na medida em que não se cingem a permitir a funcionalidade e o acesso a estas. Ao invés, possuem uma autonomia finalística, no sentido em que visam satisfazer necessidades e/ou interesses diversos dos condôminos, que lhes permite assumir um papel ou carácter complementar face àquelas frações, no seio da propriedade horizontal. Isto terá, na nossa opinião, consequências práticas no regime aplicável aos contratos e relações do condomínio cujo objeto se relacione com essas partes comuns, como veremos adiante.

⁸² Art. 1421.º n.º 2 e).

2.6. *Órgãos de administração das partes comuns*

Um ponto especialmente rico e decisivo do regime da propriedade horizontal é a distinção entre partes próprias e partes comuns. Depende da qualificação de uma parte do prédio como própria ou comum a sua subordinação a regimes diferentes, nomeadamente no que respeita aos poderes da sua administração e à responsabilidade pelas despesas necessárias à sua conservação e fruição⁸³. Ainda assim, não nos deteremos neste ponto, não só por estar amplamente desenvolvido na doutrina e jurisprudência, mas principalmente por não possuímos o tempo e o espaço necessários para tal.

Essencial no âmbito desta dissertação e do regime da propriedade horizontal é a consideração basilar de que os órgãos de administração do condomínio veem esgotados os seus poderes de administração no que respeita às partes do edifício que se considerem comuns (1430.º)⁸⁴⁻⁸⁵.

A organização do condomínio é, então, institucionalizada em dois órgãos.

A assembleia de condóminos consiste no órgão deliberativo do condomínio, no qual os condóminos têm um número de votos proporcional ao valor da sua fração, expresso no título constitutivo da propriedade horizontal, nos termos do artigo 1418.º.

Por seu turno, o administrador do condomínio é o órgão executivo, cabendo-lhe executar as deliberações da assembleia de condóminos em tudo quanto respeite à administração das partes comuns do edifício.

Na esfera da competência do administrador, interessa-nos sobretudo a representação do condomínio em juízo, nos termos do artigo 1437.º. Epigrafiado como “legitimidade do administrador”, este artigo atribui ao administrador a capacidade para representar o condomínio em ações

⁸³ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 338 e 339; SEIA, *op. cit.*, pp. 205 a 208; LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, *op. cit.*, pp. 455 e 456.

⁸⁵ FERNANDES, *Lições de (...)*, *op. cit.*, p. 392: “No entanto, não deixa de ser curioso que a lei aproveite a existência da assembleia de condomínio para lhe conferir poderes para intervir em matérias de interesse geral do condomínio, como a autorização de determinadas obras (art. 1422.º n.º 3), da alteração do uso das frações (art. 1422.º n.º 4) e divisão de frações (art. 1422.º-A n.º 3)”.

propostas por este contra um condômino ou contra terceiro, desde que o faça no âmbito das funções conferidas pelo artigo 1436.^o ou mediante autorização da assembleia. Quando o demandado é o condomínio, clarifica o n.^o 2 que o pode ser na pessoa do administrador, enquanto representante do condomínio.

É esta a leitura correta a fazer do supracitado artigo, não se tratando neste campo da legitimidade *ad causam*, ou seja, do direto interesse em agir, nas palavras do CPC⁸⁶. Trata-se apenas de regular a legitimidade processual do condomínio, a quem foi atribuída personalidade judiciária. A atuação do administrador regulada pelo art. 1437.^o cinge-se ao suprimento da incapacidade judiciária do condomínio, ou seja, a sua insusceptibilidade de estar, por si, em juízo.

Neste ponto, interessa-nos constatar que o exercício dos direitos legalmente conferidos ao adquirente de bens e serviços (nomeadamente o dono da obra) para reagir aos defeitos neles detetados se inserem no poder de administração das coisas, o qual abrange os atos de conservação⁸⁷. A constituição de um edifício em propriedade horizontal levanta questões interessantes nesta matéria. É que o titular dos poderes de administração varia consoante as partes do edifício. Daqui decorre que a legitimidade para exercer os direitos no caso de defeitos detetados depende igualmente da parte do edifício ou do bem em que ele se manifesta.

Concretizando, os condôminos têm o poder de administrar (de forma exclusiva) as suas frações autónomas, enquanto o direito de administração das partes comuns pertence aos órgãos do condomínio, *maxime* à assembleia. Daqui deriva que, existindo um defeito nas frações autónomas, apenas o seu proprietário tem legitimidade para exercer junto do empreiteiro os direitos legalmente consagrados⁸⁸⁻⁸⁹. Já se os defeitos se manifestarem nas partes comuns do edifício, a legitimidade para o exercício desses direitos será, em princípio, do condomínio, competindo à assembleia deliberar qual o direito a exercer e a oportunidade do seu

⁸⁶ Art. 30.^o n.^o 1 CPC; AMARAL, *Direito Processual Civil*, 2018, pp. 121 e ss.

⁸⁷ MARIANO, *op. cit.*, p. 194, cuja análise se cinge aos contratos de empreitada, mas que aqui se estende a outros contratos que integram o âmbito do nosso trabalho.

⁸⁸ SEIA, *op. cit.*, pp. 11 e 12; MARIANO, *op. cit.*, p. 194.

⁸⁹ Ac. TRP, 09-12-2010, Deolinda Varão; Ac. TRL, 11-03-2014, Graça Amaral; Ac. TRC, 01-07-2014, Fonte Ramos.

exercício e ao administrador executar o que nela ficar decidido. Não é, no entanto, assim tão simples. É que, alguns dos direitos legalmente previstos para fazer face a defeitos detetados nas obras jogam mal com o estatuto de um edifício constituído em propriedade horizontal. Como vimos, a contitularidade do direito de propriedade das partes comuns por parte dos condóminos resulta forçosamente de contratos celebrados individualmente pelos condóminos com o empreiteiro/vendedor das frações. Ora, os direitos de resolução do contrato e redução do preço, pela sua natureza, só podem ser exercidos individualmente por cada condómino, na medida em que apenas eles são partes nos contratos que se pretendem ver afetados. Nas palavras de CURA MARIANO, “os direitos de eliminação dos defeitos e de realização de nova obra (...) pressupõem o exercício de um poder de administração, e os direitos de redução do preço e resolução do contrato [pressupõem] a posição de comprador no contrato de compra e venda das frações autónomas”⁹⁰⁻⁹¹. Quanto à indemnização, defende o mesmo autor que a legitimidade para a requerer dependerá dos danos que ela vise ressarcir. Alguns arestos já se pronunciaram no sentido da impossibilidade de o condomínio peticionar indemnizações por danos não patrimoniais⁹².

2.7. Condomínio em juízo

O condomínio, enquanto universo de condóminos, carece de personalidade jurídica, conceito que se define pela suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações⁹³. Como, regra geral, a personalidade judiciária acompanha aquela⁹⁴, o condomínio não poderia ser parte processual, nos termos do artigo 11.º do CPC.

⁹⁰ MARIANO, *op. cit.*, p. 195.

⁹¹ A anotação citada é feita em relação aos direitos consagrados pelo CC ao dono da obra, mas valerá, *mutatis mutandis*, para os direitos conferidos ao dono da obra que seja consumidor, nos termos do DL n.º 67/2003 e pela LDC.

⁹² Ac. TRL, 12-10-2010, Luís Espírito Santo.

⁹³ ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 1997, pp. 29 e ss.; ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2000, p. 39; PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, pp. 193 e ss.

⁹⁴ Sobre o critério da coincidência, v. SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 136 e ss.

No entanto, ele beneficia de uma cláusula de extensão de personalidade judiciária, nos termos do artigo 12.º do CPC. Isto porque, ainda que não dotado de personalidade, o grupo de condóminos é um centro de imputação autónomo de efeitos jurídicos, na medida em que as situações relativas às partes comuns afetam o grupo como um todo e não apenas os condóminos individualmente considerados. Genericamente, a *ratio* da figura de extensão da personalidade judiciária é a “necessidade de atender a realidades que decorrem da vida corrente e que ficariam a descoberto se não houvesse tal desvio, dificultando seriamente o exercício de determinados direitos de terceiros ou a tutela dos interesses centrados nessas entidades carecidas de personalidade jurídica”⁹⁵. Em relação ao condomínio, ela passou a estar prevista expressamente em 1995⁹⁶, mas já antes vários autores defendiam a inclusão do condomínio na categoria património autónomo⁹⁷.

Nos termos da lei, devemos ter presente que a personalidade judiciária do condomínio está limitada “às ações que se inserem no âmbito dos poderes do administrador”. Parece-nos que a expressão “poderes do administrador” não abrangerá apenas as ações relativas às suas “funções”, previstas no artigo 1436.º, mas também aquelas em que o administrador representa o condomínio mediante autorização expressa da assembleia, nos termos da última parte do n.º 1 do artigo 1437.º.

Convém assinalar que, obviamente, a assembleia apenas poderá autorizar a sua representação em juízo pelo administrador nas ações inseridas no âmbito da sua competência que, nos termos do artigo 1431.º, é a administração das partes comuns.

O artigo 1437.º, na epígrafe do qual se lê “legitimidade do administrador”, convoca especiais cautelas quanto à interpretação do seu sentido e alcance.

À primeira leitura, o preceito parece regular a ação em juízo do administrador em substituição do condomínio, ou seja, a possibilidade de aquele ser parte num processo judicial. Regular-se-ia, nesse caso, a legitimidade ativa, tanto para demandar condóminos como terceiros (n.º 1), e passiva, no que respeita às ações respeitantes as partes comuns

⁹⁵ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁶ DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

⁹⁷ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 57, nota 8.

(n.º 2). No entanto, é hoje pacífico na doutrina e jurisprudência que o que se encontra regulado nesse artigo não é a legitimidade substancial do administrador, como configurada nos artigos 30.º e ss. do CPC, ou seja, o “interesse em agir”, mas sim a legitimidade processual/formal, no sentido de capacidade de representação, enquanto forma de suprimento da incapacidade judiciária do condomínio⁹⁸⁻⁹⁹.

Entendida a legitimidade como o interesse na procedência da ação (no caso do autor) ou da sua improcedência (no caso do réu), facilmente se percebe que o preenchimento deste pressuposto processual apenas se poderá aferir em concreto e não abstratamente. Além disso, esta é uma questão que nem se colocará em relação ao administrador, na medida em que este age em juízo por conta do condomínio, enquanto seu órgão executivo e, portanto, necessariamente no interesse dos representados, os condóminos. O condomínio é que é parte das relações jurídicas relativas às partes comuns e não o administrador, sendo em relação àquele e não a este que deve ser aferido o preenchimento do pressuposto da legitimidade como configurada nos artigos 30.º e ss. do CPC, ou seja, o interesse na procedência (caso seja o autor) ou na improcedência (caso seja réu) da ação. A configuração deste regime assenta numa lógica de necessidade de simplificação das relações entre o grupo de condóminos (condomínio) e terceiros, ou até algum dos condóminos, em que uma das partes pretenda fazer valer em juízo pretensões respeitantes às partes comuns, de que aqueles são proprietários¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Em alternativa a tal autorização, os condóminos poderão exercer os seus direitos conjuntamente, ou seja, em litisconsórcio necessário¹⁰². Ainda que esta solução seja relativamente pacífica¹⁰³, a sua fundamentação varia na jurisprudência. Como sabemos, o litisconsórcio necessário poderá ser determinado pela lei (legal), pelo contrato (convencional) ou

⁹⁸ Ac. TRC, 27-01-2015, Isabel Silva.

⁹⁹ SOUSA, *Estudos sobre (...)*, *op. cit.*, p. 140 e ss.

¹⁰⁰ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 343.

¹⁰¹ Ac. TRP, 10-11-2015, Rodrigues Pires; Ac. TRG, 07-12-2017, Maria Purificação Carvalho.

¹⁰² Ac. STJ, 04-10-2007, Santos Bernardino.

¹⁰³ Em sentido contrário, defendendo que os condóminos têm legitimidade para exercer direitos relativos às partes comuns do edifício, v. PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 320 e 321; Ac. TRE, 17-01-2008, Manuel Marques.

pela própria natureza da relação jurídica¹⁰⁴. Ora, seja por determinação legal, isto é, pela aplicação subsidiária da regra do exercício conjunto dos direitos pelos comproprietários, nos termos do n.º 1 do art. 1405.º *ex vi* art. 1420.¹⁰⁵, seja por decorrência da natureza da relação jurídica em causa¹⁰⁶, entendemos que o exercício dos direitos dos condóminos ante terceiros é necessariamente conjunto e simultâneo. De facto, nas palavras de JOÃO CURA MARIANO, “não se vislumbra qualquer impedimento a que esses direitos possam ser exercidos em conjunto pela totalidade dos condóminos, dispensando-se a existência de deliberação da assembleia (...) e a intervenção do administrador”¹⁰⁷. Quer isto dizer que, fora do âmbito das funções do administrador, previstas no artigo 1436.º, as ações relativas às partes comuns do edifício podem ser propostas por aquele, em representação do condomínio, mediante autorização da assembleia, ou pelos condóminos, atuando em juízo em nome próprio¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Sendo o âmbito do nosso trabalho o regime de exercício dos direitos do universo dos condóminos relativos às partes comuns do edifício, a questão mais interessante neste ponto parece ser a interpretação da alínea f) do artigo 1436.º. Discute-se, neste âmbito, o sentido e extensão da expressão “atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns”, inscrita naquele preceito.

Por um lado, poder-se-á defender uma interpretação restritiva do preceito, segundo a qual os atos conservatórios abrangem apenas as ações possessórias e atos tendentes a produzir a interrupção dos prazos de prescrição ou de usucapião, nada resolvendo em definitivo¹¹⁰.

Por oposição, poder-se-á defender uma interpretação extensiva do preceito em análise¹¹¹, entendendo, nomeadamente, que o administrador pode propor uma ação para obter o ressarcimento de eventuais danos causados às partes comuns do edifício condominial.

¹⁰⁴ AMARAL, *op. cit.*, pp. 127 e ss.

¹⁰⁵ Ac. TRP, 08-03-2005, Mário Cruz; Ac. TRP, 09-12-2010, Deolinda Varão.

¹⁰⁶ Ac. TRP, 11-05-2010, Ana Lucinda Cabral; Ac. TRG, 15-12-2016, Carvalho Guerra.

¹⁰⁷ MARIANO, *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁸ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 338.

¹⁰⁹ Ac. TRL, 05-06-2008, Arnaldo Silva.

¹¹⁰ SEIA, *op. cit.*, p. 207.

¹¹¹ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 320.

A jurisprudência não tem seguido uma orientação unânime quanto a esta questão¹¹². Salvo melhor opinião, entendemos que este tipo de ações não cabe na previsão legal das funções do administrador, nomeadamente no âmbito da alínea em análise. Parece-nos que os defensores da perspectiva contrária partem de uma ideia que não encontra suficiente sustento na lei, na medida em que ao administrador são acometidas determinadas funções, no âmbito das quais a representação em juízo pelo administrador não carece de autorização da assembleia de condóminos. Fora desse elenco legal, os poderes de representação do administrador dependem dessa autorização, sob pena de ser considerada irregular¹¹³. Assim, não se tratando as ações que pretendem a solução definitiva de um litígio de um ato de conservação de direitos, a capacidade de representação do administrador não as poderá abranger, salvo mediante autorização da assembleia. Esta solução é a mais coerente com a alternativa que resulta do regime legal em análise, que se consubstancia na possibilidade de os condóminos proporem, em conjunto, uma ação deste tipo. Inclusivamente, esta parece ser a solução mais consentânea com o espírito da lei, na medida em que a proposição de uma ação judicial, quando não urgente, implica uma cuidada ponderação, nomeadamente quanto à escolha de mandatário judicial, ao interesse e oportunidade de uma disputa judicial com o empreiteiro em causa, entre outros aspetos. Esta ponderação não terá igual importância face a situações urgentes, nas quais se exija uma atuação célere para garantir a conservação de um direito, daqui que o poder de representação do administrador decorra da própria lei.

Retomando, na perspectiva adotada, o artigo 1437.^o é a concretização do preceito processual que determina a representação em juízo das entidades que carecem de capacidade judiciária¹¹⁴. É que o condomínio,

¹¹² Em sentido favorável à possibilidade de o administrador propor uma ação definitiva contra o empreiteiro por defeitos detetados nas partes comuns, sem necessidade de autorização da assembleia: Ac. TRP, 26-06- 2006, Pinto Ferreira; no sentido de carecer de tal autorização: Ac. STJ, 04-10-2007, Santos Bernardino; Ac. TRE, 17-03-2010, Tavares de Paiva; Ac. TRP, 09-12-2010, Deolinda Varão e Ac. TRP, 13-07-2011, Soares de Oliveira.

¹¹³ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴ Art. 26.^o CPC.

apesar da cláusula de extensão da personalidade judiciária de que beneficia, continua a não ter capacidade judiciária, ou seja, não pode estar *per si* em juízo. Como forma de suprir esta incapacidade, a lei “elege” como representante o seu administrador. Assim, apesar de a legitimidade substancial pertencer ao condomínio enquanto ente dotado de personalidade judiciária, a sua atuação em juízo faz-se por intermédio da representação pelo administrador do condomínio.

Nos casos em que o autor seja o condomínio, enquanto universo de condóminos, deve, então, ser representado pelo seu administrador. Ainda que seja o condomínio o titular de qualquer relação jurídica relativa às partes comuns do prédio, ou seja, ainda que sejam os condóminos, no seu conjunto e na proporção das respetivas quotas, os titulares dos direitos quanto às partes comuns do prédio¹¹⁵, o modo de exercício desses direitos é obrigatoriamente conjunto, nos termos da lei.

A conclusão que pretendemos retirar de tudo o exposto neste ponto é que o exercício dos direitos dos condóminos relativos às partes comuns do edifício será necessariamente conjunto¹¹⁶⁻¹¹⁷. Seja por via do administrador, representando em juízo o condomínio, seja pela atuação conjunta, em nome próprio e em litisconsórcio necessário, do próprio universo de condóminos, o certo é que um condómino não pode, individualmente, exercer os seus direitos em face de vícios, defeitos ou desconformidades detetadas nas partes comuns. Por um lado, como já referiu expressamente o STJ¹¹⁸, “se assim não fosse, qualquer condómino, vendo naufragar uma ação desse tipo (obrigacional) intentada por outro condómino, poderia vir a insistir com idêntica pretensão contra o mesmo réu, dado que não estaria vinculado ao caso julgado, o que poderia criar uma situação de inúmeras ações tendentes à obtenção do mesmo objetivo”. Por outro lado, este parece ser o entendimento mais condizente com o regime da propriedade horizontal, na medida em que aos condóminos só é permitida a realização de reparações indispensáveis

¹¹⁵ Ac. TRC, 27-01-2015, Isabel Silva.

¹¹⁶ Defendendo que os condóminos têm legitimidade para exercer direitos relativos às partes comuns do edifício, v. PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 320 e 321.

¹¹⁷ Ac. TRC, 15-02-2005, Cardoso de Albuquerque; Ac. TRE, 21-02-2013, Maria Alexandra Moura Santos.

¹¹⁸ Ac. STJ, 06-02-2007, Moreira Camilo.

e urgentes nas partes comuns em caso de falta ou impedimento do administrador¹¹⁹⁻¹²⁰⁻¹²¹. Ora, se mesmo numa situação marcada pela urgência e indispensabilidade da reparação, a iniciativa individual dos condóminos está limitada aos casos de “indisponibilidade” do administrador para a levar a cabo, por maioria de razão não poderá um condómino sozinho agir judicialmente, uma vez que esta atuação em juízo carece de uma ponderação muito mais cuidada, que deve e tem de envolver todos os condóminos. Contudo, não é demais reiterar que este regime de exercício dos direitos na propriedade horizontal em nada influencia a titularidade desses mesmos direitos, que se mantêm na esfera jurídica dos condóminos.

Tal conclusão influenciará de forma determinante as considerações que avançaremos posteriormente no tocante ao cerne do presente estudo, ou seja, a aplicabilidade das normas de Direito do Consumo às relações jurídicas do universo dos condóminos.

3. Génese e Fundamentos do Direito do Consumo

A segunda metade do século XX foi marcada pelo início de uma era que se prolonga até hoje: a era do consumo. Vivemos numa sociedade cujo primeiro qualificativo em que pensamos é exatamente referente ao ato de consumir¹²². Caracterizado pela massificação das trocas e das plataformas em que podem ocorrer, pela impessoalidade dos mercados, pela proliferação das relações de consumo transnacionais, pela existência de milhares de alternativas para produtos do mesmo tipo, pela sofisticação e agressividade das técnicas de marketing utilizadas

¹¹⁹ Art. 1427.^º

¹²⁰ Segundo a doutrina e jurisprudência hoje largamente maioritárias, tem sido entendido que o preceituado nos n.ºs 2 a 4 do citado artigo 1422.^º respeita apenas ao exercício dos direitos sobre as frações autónomas, não obstante a referência feita no n.º 1 deste artigo às partes comuns. Neste sentido, v. LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. III, op. cit.*, pp. 425; SEIA, *op. cit.*, p. 97 e ss.; PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 121 e ss.

¹²¹ Ac. TRP 25-10-2005, Alberto Sobrinho; Ac. STJ 22-02-2017, Tomé Gomes.

¹²² A expressão “sociedade de consumo”, além do uso corrente, é empregue, por exemplo, em MARIANO, *op. cit.*, p. 233 e ANTUNES, *Direito do Consumo*, 2019, pp. 11 e ss.

pelos comerciantes¹²³, pela inexistência de prévia negociação entre as partes e pela padronização dos clausulados contratuais, o consumo de hoje é realizado sob um desequilíbrio muito maior do que acontecia no tempo em que essas trocas eram pontuais, pessoais e diretas, realizadas pessoalmente e entre partes com semelhante poder negocial¹²⁴. O fácil e rápido acesso aos produtos de que necessitamos não é subestimável¹²⁵, mas o reverso da medalha tem de ser ponderado e obriga o legislador a repor algum equilíbrio em benefício do consumidor, parte débil¹²⁶ perante o poderio cada vez maior dos comerciantes, seja a nível económico e organizacional ou quanto ao conhecimento das necessidades e fragilidades dos potenciais compradores.

Como é natural, o Direito procurou (e procura, a cada dia) adaptar-se a esta evolução. O surgimento das primeiras normas de Direito do Consumo em Portugal dá-se no início da década de 80 do século passado, com a aprovação da primeira Lei de Defesa do Consumidor¹²⁷ e a primeira revisão constitucional¹²⁸. Importa também referir a tentativa gorada de aprovação de um Código de Consumidor, cujo anteprojeto¹²⁹ chegou a ser elaborado e amplamente discutido na doutrina. Esse documento, elaborado por uma comissão presidida por António Pinto Monteiro, não escapou a dura críticas¹³⁰. Mesmo assim, e apesar da não aprovação, as suas

¹²³ Sobre as vulnerabilidades dos consumidores na tomada de decisão e as técnicas utilizadas pelos comerciantes para as aproveitar, v. GARRET, *O conceito de «influência indevida» e a liberdade de contratar*, 2007; RAMOS, *Psicologia e Direito do Consumo: a Proteção do Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas Comerciais*, 2018.

¹²⁴ CALDAS, *Direito à Informação no Âmbito do Direito do Consumo: o caso específico das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2013, pp. 204 e 205.

¹²⁵ LARCHER, *Contratos Celebrados através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo*, 2005, p. 142, refere-se ao facto de os “compradores, sem saírem de casa, poderem adquirir todo o tipo de bens ou serviços com um simples “clique” do rato do computador”.

¹²⁶ Por todos, MONTEIRO, *Do Direito do Consumo ao Código do consumidor*, 1999, p. 210.

¹²⁷ Lei n.º 29/81, de 22 de agosto.

¹²⁸ Lei n.º 1/82, de 30 de setembro.

¹²⁹ Código do Consumidor – Anteprojeto, Ministério da Economia e da Inovação, 2006.

¹³⁰ ASCENSÃO, *O Anteprojeto do Código do Consumidor e a Publicidade*, 2006, pp. 7 a 36; CORDEIRO, *O Anteprojeto de Código de Consumidor*, 2006, p. 695; LIZ, *Um Código do Consumidor, Para os Consumidores ou Nem uma Coisa Nem Outra?*, 2007, p. 47; ASCENSÃO, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, 2008, p. 178.

disposições geram ainda confusão na doutrina e conduzem a posições que não encontram sustento na atual redação legal, como veremos. Não é, no entanto, este o espaço indicado para desenvolvermos com detalhe as alterações socioeconómicas verificadas nas últimas décadas, nem para percorrermos historicamente a evolução legislativa. Serviu o que ficou dito essencialmente para enquadrar os fundamentos axiológicos que marcam geneticamente o Direito do Consumo. O primeiro e principal fundamento do Direito do Consumo é, então, a necessidade de proteção da parte mais fraca numa relação contratual estabelecida entre um profissional e um consumidor¹³¹⁻¹³². Parte-se da ideia de que o contraente que atua no âmbito da sua atividade profissional possui maior preparação e mais informação técnica e jurídica no que respeita ao negócio do que aquele que contrata em âmbito alheio à sua profissão. Essa superioridade poderá passar também por uma maior capacidade financeira ou organizacional do primeiro. Ora, as normas gerais do Direito Civil que regulam as relações contratuais não foram pensadas para se aplicar a relações tão desequilibradas, antes estando imbuídas num espírito de liberdade e igualdade assente no primado da autonomia privada¹³³. Assim, a vasta maioria das normas de Direito do Consumo visam proteger o “David” do “Golias”¹³⁴, restaurando o equilíbrio que deve pautar as relações contratuais e que inexistia naquelas que contrapõe um profissional a um consumidor. Como refere expressivamente JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “a razão de ser fundamental desta tutela dos consumidores radica nas *insuficiências patenteadas pela ordem jurídica tradicional e pelo modelo económico*

¹³¹ ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, pp. 11 e ss. e 223 e ss.; LIZ, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, 1999; RODRIGUES, *As Novas Fronteiras dos Problemas de Consumo*, 1999, p. 49, refere que, além do desequilíbrio de poder económico entre as partes, que o Direito conhecia, este “interessa-se agora por um fenómeno mais complexo, baseado numa relação de domínio em que a função de certas categorias jurídicas ou económicas corre o risco de ser desviada”, apontando o exemplo das grandes superfícies, que “geram um volume de transações que pode conduzir a que o interesse não resulte do lucro mas de aplicações financeiras realizadas com disponibilidades de caixa”; CORDEIRO, *Da Natureza Civil do Direito do Consumo*, 2004, pp. 605 a 640.

¹³² TJUE, 20-01-2005, Ac. Gruber; TJUE, 20-01-2005, Ac. Engler; TJUE, 14-03-2013, Ac. Česká spořitelna, a.s.

¹³³ ANTUNES, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 11.

*liberal para fazerem face ao desequilíbrio das relações de força entre os protagonistas do circuito económico nas modernas sociedades de consumo*¹³⁵.

De notar que os mencionados fatores assumem, na letra da lei, a forma de presunção inilidível, uma vez que o conceito de consumidor adotado nos mais variados diplomas prescinde da verificação concreta de tais disparidades entre as partes. Não se afasta a aplicação do Direito do Consumo a uma relação jurídica na qual a pessoa que integre o conceito de consumidor não seja menos preparada, menos informada técnica ou juridicamente ou não tenha menos capacidade financeira ou organizacional do que a pessoa que integre o conceito de profissional. Veremos no próximo ponto o que exige a lei para a qualificação de uma pessoa como consumidor.

A doutrina avança ainda outro fundamento axiológico para a existência das normas de Direito do Consumo: a proteção do mercado e a estimulação do crescimento económico¹³⁶⁻¹³⁷. A lógica é a seguinte: por via do reforço da confiança dos consumidores, encorajá-los a consumir, ou seja, a adquirir bens e serviços, o que conduzirá necessariamente à estimulação da economia. É também pela existência deste fundamento complementar deste conjunto de normas que muitos autores preferem a designação de “Direito do Consumo” a “Direito do Consumidor” ou “Direito de Defesa dos Consumidores”, no que se refere a este ramo jurídico cuja autonomia ainda se discute¹³⁸.

De facto, tendo como premissa que o incentivo ao consumo é uma das políticas adotadas no sentido de promover o crescimento económico, o reforço da confiança dos consumidores no mercado é uma medida importante.

Pelo exposto, percebe-se a necessidade de existir um corpo de normas que se aplique imperativamente aos contratos em que se verifique

¹³⁵ *Ibidem*, p. 26

¹³⁶ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

¹³⁷ Considerando este fundamento meramente indireto e reflexo, v. ANTUNES, *Direito do (...)*, *op. cit.*, p. 27, nota 35.

¹³⁸ VARELA, *Direito do Consumo*, 1999, pp. 391 a 405; LIZ, *Introdução (...)*, *op. cit.*, pp. 262 e ss.; LEITÃO, *O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática*, 2002, pp. 11 a 30; CORDEIRO, *Da Natureza (...)*, *op. cit.*, pp. 605 a 640; ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, pp. 71 e ss.; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 43 e ss.; ANTUNES, *Direito do (...)*, *op. cit.*, p. 15 e 28 e ss.

o aludido desequilíbrio, independentemente do convencionado pelas partes, à semelhança do que acontece nos contratos de trabalho ou de arrendamento, pois a proteção da parte mais fraca é a normal reação do Direito ante relações de acentuada disparidade¹³⁹. No entanto, há autores que evidenciam uma distorção do mercado decorrente da fixação de normas protetoras do consumidor: é que os custos associados ao cumprimento dessas regras pelas empresas favorecem as que entre estas são maiores, ou melhor, as que têm mais poder económico, em prejuízo das pequenas e médias empresas¹⁴⁰. Por esta razão, verifica-se uma tendência (ainda que ténue) no sentido de não só as microempresas não serem oneradas com as obrigações a cumprir pelos profissionais, como ainda beneficiarem do regime protetor dos consumidores¹⁴¹.

4. Conceito de Consumidor

4.1. Introdução

O conceito que buscamos não é único¹⁴², imutável ou intemporal. Resulta de opções do legislador, necessariamente circunstanciais, tanto no espaço como no tempo.

No ordenamento jurídico português, este conceito resulta de uma forte influência da ordem jurídica da União Europeia, ainda que não sigamos à risca a definição avançada nas diretivas emanadas pela UE. Assim, podemos constatar, neste âmbito, diferenças substanciais entre as normas europeias e aquelas que efetuam a sua transposição para o ordenamento jurídico nacional. Desde logo, porque, como veremos mais detalhadamente, o conceito de consumidor estabelecido na generalidade

¹³⁹ CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral, Tomo I*, 2005, p. 202, assinala que, “desde o início que o Direito visou proteger os mais fracos. Quer no Direito romano, quer no antigo Direito português, surgem normas destinadas a acautelar a posição dos adquirentes”.

¹⁴⁰ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 33 e notas 58 e 59.

¹⁴² LIZ, *Introdução ao (...)*, *op. cit.*, p. 201 e ss.; LARCHER, *op. cit.*, p. 153; ANTUNES, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, pp. 45 e ss.; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 25.

das diretivas é o de “pessoa singular que atue com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”¹⁴³⁻¹⁴⁴, enquanto alguns diplomas nacionais, nomeadamente a LDC, não o restringem às pessoas físicas. Mas deixemos este ponto para daqui a pouco.

Ao nível da legislação interna, o conceito de consumidor varia de diploma para diploma, o que cria regimes “especialíssimos” face ao já especial regime de proteção dos consumidores, como, por exemplo, o que regula os contratos celebrados à distância. Concretizando exemplificativamente a ideia que se tenta transmitir, um contrato de uma compra e venda estará sujeito a um determinado regime se celebrado entre profissionais (regime geral do Código Civil), a outro caso seja celebrado, presencialmente, entre um profissional e um consumidor (regime especial do DL n.º 67/2003), e a outro ainda caso seja celebrado, à distância, entre um profissional e um consumidor que seja pessoa singular (regime especialíssimo do DL n.º 24/2014). Ainda assim, estes regimes “paralelos” não se derogam necessariamente, podendo ser aplicados a uma mesma relação contratual, uma vez que uma pessoa que se inclua num conceito mais restrito de consumidor previsto num diploma, necessariamente preencherá os pressupostos para ser considerado consumidor para os efeitos de um diploma cujo âmbito seja mais alargado, a menos que aquela restrição seja relativa ao elemento objetivo, ou seja, ao tipo de relações abrangidas por esse diploma. Exemplificando, no caso de um contrato de compra e venda celebrado à distância entre uma pessoa singular e um profissional, o adquirente poderá resolver livremente o contrato no prazo de 14 dias, com base no artigo 10.º do DL n.º 24/2014, e poderá gozar

¹⁴³ 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; Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011; Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; 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; 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 relativa aos direitos dos consumidores.

¹⁴⁴ Ainda assim, o primeiro diploma oficial europeu que definiu consumidor, a Carta de Proteção do Consumidor, do Conselho, de 17 de maio de 1973, previa expressamente a possibilidade de este abranger pessoas coletivas.

da proteção conferida pelo DL n.º 67/2003 no que respeita aos direitos exercíveis em caso de desconformidade do bem.

Além disso, o designado Direito do Consumo abrange diplomas que utilizam conceitos próximos, mas não coincidentes, com o de consumidor, como o de utente, no âmbito dos serviços públicos essenciais¹⁴⁵, e o de aderente, no que respeita ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais¹⁴⁶. Ainda que o âmbito subjetivo desses diplomas seja definido por um conceito diferente, a proximidade destes e do fundamento principal dos regimes jurídicos por eles estabelecidos e regulados (proteção da parte mais fraca), leva a maioria dos autores a defender a sua integração no ramo jurídico do consumo.

O que convém ficar esclarecido é que não é nossa pretensão (nem tal seria minimamente útil) procurar uma definição estática ou intemporal de consumidor. Isto porque o conceito de consumidor visa unicamente definir o âmbito subjetivo de cada diploma legal ou regime jurídico.

No âmbito do nosso trabalho interessa-nos, sobretudo, a definição de consumidor adotada pela Lei de Defesa do Consumidor¹⁴⁷, não tanto por este ser o diploma que incorpora os princípios gerais do Direito do Consumo ou por nele se encontrar o conceito de consumidor que serve de referência no nosso Direito¹⁴⁸⁻¹⁴⁹, mas mais porque para esta definição remete o artigo 1.º-B a) do DL n.º 67/2003, diploma sobre o qual o presente estudo se debruça especialmente.

Assim, no âmbito destes diplomas, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos

¹⁴⁵ Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 5/2004, de 10 de fevereiro, 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

¹⁴⁶ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 220/95, de 31 de agosto (retificado pela Declaração de Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto), 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro.

¹⁴⁷ Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

¹⁴⁸ LIZ, *Introdução ao (...)*, *op. cit.*, p. 186; OLIVEIRA, “O Conceito de Consumidor: Perspetivas Nacional e Comunitária”, 2009, p. 62; SIMÕES, “O Conceito de Consumidor no Direito Português”, 2012, pp. 1 a 19; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁹ Ac. TRP, 11-9-2008, Fernando Baptista.

quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios”.

Para facilitar a exposição, seguimos a formulação apresentada por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵⁰ e seguida por JORGE MORAIS CARVALHO¹⁵¹, que decompõe o conceito de consumidor em quatro elementos. Apliquemos desde já esta formulação ao conceito de consumidor que identificamos como relevante: ao elemento subjetivo corresponde a expressão “todo aquele”; ao objetivo, “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos”; ao teleológico, “destinados a uso não profissional”; e ao relacional¹⁵²⁻¹⁵³, “por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios”.

Na nossa opinião, os elementos em relação aos quais se levantam problemas específicos no que à qualificação do condomínio como consumidor diz respeito são o subjetivo e o teleológico, pelo que serão autonomamente analisados. Iniciar-se-á por discutir algumas questões tradicionais e genéricas no âmbito destes elementos, procurando depois demonstrar os problemas que, no seu âmbito, se colocam, de forma particular, na propriedade horizontal.

Antes disso, por razões expositivas, procuraremos enquadrar o estudo num plano objetivo, ou seja, clarificar quais os contratos e litígios que teremos em vista ao tecer as considerações que se seguirão. O âmbito deste estudo está, naturalmente, limitado pelo âmbito do DL n.º 67/2003, pelo que também dedicaremos algumas linhas à análise do elemento objetivo do conceito de consumidor estabelecido por este diploma.

¹⁵⁰ ALMEIDA, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵² Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida (*in Negócio Jurídico de Consumo*, 1985, pp. 6 e 7), o conceito de consumidor, mais do que um qualificativo restritivo é um qualificativo situacional, melhor, relacional, que não respeita a certas pessoas em especial, mas às pessoas enquanto consideradas nas suas relações com o fornecedor de bens e serviços para uso privado.

¹⁵³ ANTUNES, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, pp. 56 e ss., utiliza a designação de elemento subjetivo passivo para se lhe referir.

4.2. *Âmbito objetivo do estudo e do DL n.º 67/2003*

Procuraremos, então, balizar objetivamente o âmbito da nossa análise, esclarecendo que tipo de contratos e de litígios deles emergentes tomaremos por referência. Naturalmente, o espectro dessa análise encontra-se intimamente ligado ao âmbito objetivo do diploma central da presente dissertação, pelo que nos debruçaremos brevemente sobre uma questão problemática neste âmbito, ou seja, a discussão sobre os tipos de contratos de empreitada e prestação de serviços abrangidos pela formulação do n.º 2 do art. 1.º-A do DL n.º 67/2003¹⁵⁴.

Ao invés do que acontece com a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, o Decreto-Lei que procede à sua transposição para o ordenamento jurídico nacional não restringe o seu âmbito de aplicação aos contratos de compra e venda para consumo (ainda que o conceito de compra e venda que a Diretiva adota seja bastante amplo¹⁵⁵). São também por este abrangidos os contratos de prestação de serviços, nomeadamente as empreitadas, e os de locação de bens de consumo. A principal questão que se pode discutir neste ponto é a profundidade da extensão deste regime aos contratos de prestação de serviços, especialmente às empreitadas, ou seja, se ela abrange ou não todos os contratos deste tipo¹⁵⁶. A posição maioritária na doutrina¹⁵⁷ e

¹⁵⁴ “2 – O presente decreto-lei é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo.”

¹⁵⁵ Art. 1.º n.º 4: “Para efeitos da presente diretiva, são igualmente considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir.”

¹⁵⁶ MARIANO, *op. cit.*, p. 49, refere que a “obra”, num contrato de empreitada, “pode ser a construção duma coisa nova ou a simples reparação, limpeza, modificação, manutenção ou destruição uma coisa já existente”.

¹⁵⁷ PINTO, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 2000, pp. 220 e 221; ALMEIDA, *Orientações de Política Legislativa Adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre Venda de Bens de Consumo. Comparação com o Direito Português Vigente*, 2001, p. 118; MARTINEZ, *Empreitada de Consumo*, 2001, p. 156; TELES, CARVALHO, FÉLIX e CRUZ, *Venda de Bens de Consumo: Garantia das Peças Inseridas num Bem no Âmbito da sua Reparação*, 2006, pp. 241 e ss.; SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 66; MARIANO, *op. cit.*, 2015, pp. 232 e 241; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, pp. 272 e ss.

jurisprudência¹⁵⁸ responde negativamente a esta questão. Neste sentido, afirma JORGE MORAIS CARVALHO que “o diploma não se aplica a todos os contratos de empreitada, mas apenas àqueles em que está em causa uma obra nova”¹⁵⁹, ou seja, às empreitadas em que sejam fornecidos bens a um consumidor de que este não dispunha anteriormente, incluindo, por exemplo, as empreitadas de reparação em que se forneça um bem ao consumidor. De facto, a atual redação do preceito em análise manda aplicar as regras do diploma em que está inserida aos “bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou outra prestação de serviços”, parecendo limitar o tipo de contratos submetidos a tal regime.

Nem sempre foi esta a formulação da norma¹⁶⁰, onde já se leu que o diploma em análise era aplicável “aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e de locação de bens de consumo”. Ora, parece-nos óbvio que, previamente à alteração, não era defensável a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 67/2003 aos contratos de empreitada em que não se fornecessem bem novos. As alterações verificadas em 2008¹⁶¹ introduziram uma maior dúvida e a atual redação convoca mais questões interpretativas.

Após a referida alteração, a maioria dos autores e juízes não inverteram o entendimento, enquanto outros se recusam a encarar como vazias de conteúdo as inovações legislativas em questão¹⁶²⁻¹⁶³.

O efeito pernicioso da primeira das interpretações consiste na exclusão das empreitadas (e restantes contratos de prestação de serviços, como por exemplo, os serviços prestados ao condomínio pela porteira, pelo guarda-noturno ou pelos administradores profissionais) em que não é fornecido

¹⁵⁸ Sent. Julgado de Paz de Lisboa, 28-03-2006, Maria de Ascensão Arriaga; Ac. TRG 14-04-2016, Maria Purificação Carvalho.

¹⁵⁹ CARVALHO, *Os Contratos (...), op. cit.*, pp. 234 e 235.

¹⁶⁰ Com Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio o n.º 2 do artigo 1.º foi revogado e aditado o artigo 1.º-A.

¹⁶¹ Sobre as restantes alterações promovidas por este diploma, v. GARCIA, *O consumidor mais protegido: o alcance do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio*, 2008, pp. 35 a 40.

¹⁶² LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 2018, p. 550, nota 1172; ALBUQUERQUE e RAIMUNDO, *Direito das Obrigações: Contratos em especial*, 2013, pp. 471 e 472.

¹⁶³ Ac. TRP, 08-05-2014, Leonel Serôdio; Ac. TRP, 16-05-2016, Manuel Domingos Fernandes; Ac. TRG, 12-07-2016, Jorge Seabra; Ac. TRP, 12-10-2017, Judite Pires; Ac. TRG, 14-02-2019, Alcides Rodrigues.

qualquer bem, nomeadamente as de “limpeza, reparação, remodelação ou destruição de coisa já existente”¹⁶⁴, do âmbito de aplicação do DL n.º 67/2003. Esse efeito é ainda potenciado pelo facto de o regime deste diploma ficar aquém do que dispunha a Lei de Defesa do Consumidor ao nível da proteção dos donos das obras consumidores¹⁶⁵. Talvez por isso a corrente jurisprudencial atual corra no sentido de entender que “o artigo 1.º-A, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de abril, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, permite abranger não apenas a empreitada de construção, mas também a empreitada de reparação ou modificação”¹⁶⁶. Esta parece-nos ser, no plano de direito a constituir, a melhor opção. Concebemos, inclusive, uma interpretação corretiva do preceito de modo a incluir no seu âmbito de aplicação tais contratos. No entanto, no plano de direito constituído, parece-nos bastante difícil de sustentar este entendimento face à letra da lei.

Tal não significa que estes contratos deixem de pertencer ao subtipo das empreitadas de consumo, nomeadamente para efeitos de aplicação da LDC¹⁶⁷⁻¹⁶⁸, uma vez que caberão inquestionavelmente na formulação do seu artigo 2.º n.º 1.

Assim, ainda que tenha grande importância na prática judiciária, uma vez que determina a não aplicabilidade do DL n.º 67/2003 a grande parte dos contratos de prestação de serviços prestados ao condomínio, a discussão relativa ao condomínio- consumidor tem cabimento mesmo que fora do âmbito deste diploma, sendo aplicável a LDC às prestações de serviço, nomeadamente às empreitadas de consumo.

Especificando então os contratos e litígios deles emergentes que tomamos por referência neste trabalho, achamos interessante iniciar por referir o dado empírico lançado por ALEXANDRE MOTA PINTO¹⁶⁹ que, após analisar “dezenas de arestos”, constatou que os litígios judiciais que

¹⁶⁴ MARIANO, *op. cit.*, p. 32, nota 56.

¹⁶⁵ MARTINEZ, *Empreitada de Bens de Consumo: A transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, 2005, pp. 15 e 16.

¹⁶⁶ Ac. TRG, 14-02-2019, Alcides Rodrigues.

¹⁶⁷ CARVALHO, *Os Contratos (...)*, *op. cit.*, p. 237, nota 608; CÂMBINDA, *Empreitada para Consumo*, 2015, pp. 58 e ss.

¹⁶⁸ Sent. Julgado de Paz de Sintra, 25-09-2008, Sofia Campos Coelho; Sent. Julgado de Paz de Tarouca, 31-10-2008, Daniela Santos Costa.

¹⁶⁹ PINTO, *Venda de Bens de Consumo e Garantias: o Direito Vivido nos Tribunais*, 2016, p. 189.

convocam a aplicação do regime legal da venda de bens de consumo se relacionam quase sempre com contratos de compra e venda de veículos automóveis e de empreitadas para construção da habitação própria do consumidor.

Dentro deste segundo grupo, ou seja, dos contratos de empreitada celebrados por pessoas que pretendem beneficiar do estatuto legal de consumidor, situações existem em que o prédio em que o defeito se verifica está constituído em propriedade horizontal. É essencialmente nestes casos que nos iremos focar.

Assim, a nossa análise não se ficará pelos casos em que o próprio condomínio seja parte de um contrato celebrado com terceiros, o que acontecerá quando o administrador, em sua representação, contrate a aquisição de determinado bem para utilização comum (ex: aspiradores ou produtos de limpeza) ou a prestação de qualquer serviço a realizar nas partes comuns do edifício (ex: reparação dos elevadores) em que seja fornecido qualquer bem do qual o condomínio não dispunha anteriormente, estendendo-se aos casos em que se detete a existência de defeitos nas partes comuns de um edifício constituído sob o regime da propriedade horizontal, o que implicará, como veremos, a reação conjunta do grupo de condóminos. Nestes casos, mesmo tendo cada condómino celebrado individualmente o contrato de aquisição da fração autónoma¹⁷⁰, a resolução judicial de um eventual litígio referente às partes comuns terá de ser feita, da parte do condómino, conjuntamente com os restantes condóminos, seja por via de representação do administrador, mediante autorização da assembleia, seja em litisconsórcio necessário com os restantes condóminos. Expressando o que ficou dito, vale a pena mencionar o aresto do TRL relatado por Manuel Marques, onde se conclui pela legitimidade do administrador para propor ação tendente efetivar a responsabilidade do construtor/vendedor do prédio em regime de propriedade horizontal, por defeitos de construção surgidos nas suas partes comuns e onde se pode ler: “As especificidades impostas pelas características da propriedade horizontal – em que não há um contrato autónomo e individualizado

¹⁷⁰ Esta designação, sendo usual, não é a mais correta, na medida em que por via de tal contrato o comprador adquire não só o direito de propriedade exclusiva sobre a fração autónoma, mas também o direito de compropriedade sobre as partes comuns, ou seja, o direito de propriedade horizontal sobre o conjunto formado por essas partes do edifício.

que corresponda à transmissão das partes comuns, ocorrendo a mesma diluída na transmissão das diversas frações autónomas que integram o imóvel – justificam este regime, evitando a necessidade de fazer intervir na ação todos os condóminos (em litisconsórcio necessário), com diferentes opiniões, o que, por norma, exigiria a formulação de requerimento para a intervenção principal de alguns deles”¹⁷¹.

Analisemos, então, a possibilidade de o condomínio beneficiar do regime de proteção do consumidor nos litígios relativos aos contratos de compra e venda e de empreitada (e outras prestações de serviços) cujo objeto sejam partes comuns do edifício ou bens detidos em compropriedade pelo condomínio, com enfoque nos elementos subjetivo e teleológico do conceito de consumidor.

4.3. Elemento Subjetivo

4.3.1. Generalidades

Neste ponto, são duas as tradicionais e principais discussões: por um lado, discute-se se este conceito é ou não restrito a pessoas singulares/físicas; por outro, questiona-se a extensão da qualidade de consumidor às pessoas que, ainda que atuando no âmbito de uma atividade económica, não tenham conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa. Procuremos então tomar uma posição quanto a estas questões.

Quanto à primeira, reconhece-se que na génese social do conceito de consumidor estão, de facto, as “pessoas humanas”. Foi a elas que se dirigiu e a quem se referiu, no seu emblemático discurso, J. F. Kennedy¹⁷². É também a elas que ocorre o imaginário de todos quando nos referimos a um consumidor.

No entanto, e como vimos anteriormente, o conceito de consumidor que nos interessa é um conceito iminente jurídico, que resulta de opções político-legislativas, necessariamente limitadas na sua aplicação, tanto objetiva como espacial e temporalmente.

¹⁷¹ Ac. TRL, 06-12-2011, Manuel Marques.

¹⁷² Discurso proferido a 15 de março de 1962, disponível em http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html, consult. a 15-06-2019.

Sabemos que a maioria das diretivas comunitárias restringem o conceito de consumidor a pessoas singulares, restrição seguida internamente por alguns diplomas, como é o caso dos que regulam o crédito ao consumo¹⁷³ e os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento¹⁷⁴.

No entanto, por um lado, nada impede a legislação nacional de adotar um conceito mais amplo de consumidor do que as diretivas que a enquadram, sejam estas de harmonização mínima ou máxima¹⁷⁵⁻¹⁷⁶, como desenvolveremos mais adiante neste ponto.

Por outro lado, como vimos, nada obsta a que o conceito varie de diploma para diploma na ordem jurídica portuguesa, apesar dos obstáculos interpretativos que isso poderá colocar.

Assim, parece-nos que o legislador nacional, ao não restringir o conceito de consumidor a pessoas físicas no âmbito de aplicação do DL n.º 67/2003, optou por exercer a sua liberdade de estender este regime às pessoas jurídicas¹⁷⁷. Esta parece-nos ser a única interpretação que respeita as opções políticas do legislador nacional. Como refere FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA¹⁷⁸, não podemos ignorar que à data da discussão parlamentar do projeto de lei esta questão já se colocava, tendo inclusive o deputado Luís Sá defendido, na discussão na generalidade, a extensão do conceito de consumidor às pessoas coletivas, à semelhança do que a lei espanhola fazia¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

¹⁷³ Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (retificado pela Declaração de Retificação n.º 55/2009, de 31 de julho), alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 72-A/2010, de 18 de junho, 42-A/2013, de 28 de março, e 74-A/2017, de 23 de junho.

¹⁷⁴ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

¹⁷⁵ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 25; do mesmo autor, *O Conceito de Consumidor no Direito Português*, 2018, p. 187.

¹⁷⁶ TJUE, 14-03-1991, Ac. Di Pinto.

¹⁷⁷ LIZ, *Introdução ao (...)*, *op. cit.*, p.187; LARCHER, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 72, nota 68.

¹⁷⁹ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Vigente hasta el 01 de diciembre de 2007).

¹⁸⁰ Sobre uma análise comparativa entre os conceitos jurídicos de consumidor das legislações portuguesa e espanhola, v. ABELEIRA, *Análisis de la noción de Consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español*, 2016, pp. 31 a 69.

Pelo exposto, entendemos que, no âmbito da Lei de Defesa do Consumidor e do DL n.º 67/2003, o conceito de consumidor abrange, *prima facie*, todas as pessoas físicas ou jurídicas¹⁸¹⁻¹⁸². Obviamente, na perspetiva estrutural adotada, este é apenas o primeiro dos patamares de filtragem quanto à integração de uma pessoa ou entidade no conceito de consumidor, que receberá, portanto, importantes restrições na aplicação dos elementos objetivo, teleológico e relacional. Do que ficou dito até agora, “somente” se retira que, preenchendo todos os restantes requisitos legais, uma pessoa jurídica poderá ser considerada consumidor para efeitos de aplicação do regime dos dois diplomas referidos. Assim, se uma pessoa não singular adquirir determinado bem ou serviço destinado a um fim não profissional, a uma pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade que vise a obtenção de benefícios, parece-nos poder beneficiar do regime estabelecido pelo DL n.º 67/2003.

Estamos cientes de que, neste ponto, defendemos uma noção bastante lata e abrangente de “consumidor”, com o inerente perigo de, adotando esta atitude, as normas de Direito do Consumo deixarem de conferir uma proteção acrescida àqueles que efetivamente são mais débeis ou vulneráveis numa relação contratual. Ainda assim, entendemos que a razão de ser do regime jurídico do consumo não é criar um regime mais favorável a um grupo restrito de pessoas, mas sim proteger efetivamente quem normalmente se encontra numa posição de vulnerabilidade, mesmo que por “equiparação”¹⁸³ ao conceito “originário” de consumidor.

Estamos igualmente cientes da aprovação recente da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁸⁴, que visa revogar a

¹⁸¹ LIZ, *Introdução ao (...)*, *op. cit.*, pp. 186 e ss.; DUARTE, *O Conceito Jurídico de Consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*, 1999, pp. 661 e ss.; LAURENTINO, *Os Destinatários da Legislação do Consumidor*, 2000, pp. 426 e ss.; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, pp. 28 e 29.

¹⁸² Contra: ALMEIDA, *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*, 2001, p. 11; ALMEIDA, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, pp. 39 e ss.; SILVA, *op. cit.*, pp. 55 e 56; FALCÃO, *Conceito de Consumidor*, 2010, pp. 151 e 152; MARIANO, *op. cit.*, p. 637 e ss.; ANTUNES, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 53 e 54.

¹⁸³ LAURENTINO, *op. cit.*, p. 430, baseando-se no ensino oral do Professor António Pinto Monteiro.

¹⁸⁴ 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, disponível

Diretiva 1999/44/CE¹⁸⁵. Esta inclui dois aspetos que podem contender com o que foi sendo dito. Sendo aplicável aos contratos de vendas de bens, esta Diretiva influenciará determinantemente o conteúdo do DL n.º 67/2003, dependendo do modo de transposição adotado.

Em primeiro lugar, este diploma, à semelhança das restantes diretivas, incluindo a que substitui, restringe o conceito de consumidor a pessoas físicas¹⁸⁶. Em segundo lugar, esta institui um nível de harmonização máximo, ao contrário da diretiva que revoga, não devendo os Estados-Membros manter ou introduzir disposições contrárias às nela previstas, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de defesa do consumidor¹⁸⁷.

Convém, no entanto, clarificar que se mantém na disponibilidade dos Estados-membros estender a proteção aí definida para os consumidores (no sentido em que definem este conceito) a outras “entidades” que não as abrangidas pelas normas comunitárias¹⁸⁸. De facto, o objetivo é assegurar que todos os consumidores beneficiam do “mesmo nível elevado de proteção”, “harmoniza[ndo] plenamente determinadas modalidades de compensação contratuais para os consumidores, assim como as respetivas condições de exercício”¹⁸⁹, o que não fica prejudicado por essa extensão. Ora, como menciona expressamente o Considerando 21 da Diretiva, “os Estados-Membros deverão continuar a ter a faculdade de alargar a proteção concedida aos consumidores ao abrigo da presente diretiva por forma a abranger pessoas singulares ou coletivas que não sejam consumidores na aceção da presente diretiva”. É o que acontece, por exemplo, em Portugal, relativamente aos contraentes públicos que adquiram bens móveis a um fornecedor, aplicando-se a estes contratos o regime definido no Decreto-Lei n.º 67/2003, com as necessárias adaptações¹⁹⁰.

em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=EN>, consult. a 15-06-2019.

¹⁸⁵ Art. 23.º da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁸⁶ Considerando 22 e art. 2.º n.º 2 da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁸⁷ Art. 4.º da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁸⁸ TJUE, 14-03-1991, Ac. Di Pinto.

¹⁸⁹ Considerando 10 da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁹⁰ Arts. 437.º e ss. do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro (retificado pela Declaração de retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março),

Quanto à questão da extensão da qualidade de consumidor às pessoas que, ainda que atuando no âmbito de uma atividade económica, não tenham conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa, defendemos novamente a prevalência do elemento literal da definição de consumidor constante da LDC e do DL n.º 67/2003. Nesta, nenhuma referência é feita ao pressuposto dos conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa ou ao seu objeto. Ainda assim, alguns autores¹⁹¹ consideram que os profissionais (pessoas singulares ou jurídicas) que adquirem bens ou serviços destinados à sua atividade profissional, mas fora do âmbito da sua especialidade, podem também integrar o conceito em análise. Entendem que a teleologia do regime de proteção do consumidor, ou seja, a proteção da parte mais débil, abrange tanto estes como aqueles.

Ainda que, numa perspectiva de direito a constituir, esta nos pareça uma posição defensável e adotável¹⁹², que constava inclusive do já mencionado Anteprojeto de Código do Consumidor¹⁹³, não nos parece ser tal conceção compaginável com a atual letra da lei, que nenhuma menção contém ao requisito dos “conhecimentos específicos”.

Como enuncia CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA ao apresentar a divisão ideal do conceito de consumidor por elementos, dependendo da definição legal que se analise, alguns destes poderão ficar vazios de conteúdo numas, enquanto noutras os requisitos sejam mais apertados. Neste sentido, parece-nos que, decomposto o conceito de consumidor presente na LDC e no DL n.º 67/2003, o seu elemento subjetivo não limita de qualquer forma a qualificação de uma pessoa ou entidade como consumidor, o que torna aquele menos exigente face a outros conceitos de consumidor que encontramos no nosso ordenamento jurídico, como referimos.

e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, e pelos DL n.os 223/2009, de 11 de setembro, e 278/2009, de 2 de outubro.

¹⁹¹ LIZ, *Introdução ao (...)*, *op. cit.*, p. 193; LAURENTINO, *op. cit.*, p. 430; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52 e 63 a 72.

¹⁹² CORDEIRO, *Tratado de (...)*, *op. cit.*, p. 214; CARVALHO, *Os Contratos (...)*, *op. cit.*, pp. 28 e ss.

¹⁹³ Art. 11.º.

Concluindo, na nossa opinião, nos termos da atual lei vigente e aplicável ao objeto do presente estudo, o conceito de consumidor não se encontra restrito a pessoas físicas, nem depende dos conhecimentos específicos que a pessoa que pretende beneficiar deste regime possua em relação ao negócio em causa. Uma transposição *qua tale* da atual versão da referida proposta de alteração da diretiva para o ordenamento jurídico nacional, determinará essa restrição. No entanto, essa transposição não terá que seguir exatamente os termos da eventual diretiva aprovada, pelo que é ainda precoce prever eventuais alterações nesse sentido.

4.3.2. Particularidades na propriedade horizontal

No que respeita especificamente ao condomínio e à sua integração no elemento subjetivo do conceito de consumidor previsto nos diplomas em foco no presente trabalho, os problemas distinguem-se dos que ficaram mencionados no ponto anterior e adensam-se particularmente, especialmente para quem exclui as pessoas coletivas do conceito de consumidor com base no argumento da especialidade do escopo, como veremos adiante. Isto porque, como vimos, o condomínio não possui personalidade jurídica. Portanto, não sendo uma pessoa física, ele não é também uma pessoa jurídica¹⁹⁴.

Relembra-se que, no sentido em que utilizamos a expressão, o condomínio é o conjunto dos condóminos, ou seja, o conjunto formado pelos detentores de um direito de propriedade horizontal que incide sobre o conjunto formado pela sua fração autónoma e as partes comuns de um mesmo edifício. Este grupo de pessoas encontra na lei uma forma de organização dos seus interesses comuns, que se “materializa” na assembleia e no administrador.

O nosso objetivo é, então, perceber onde se poderá “encaixar” o condomínio e, sobretudo, se podemos considerá-lo integrável no elemento subjetivo (“todo aquele”) do conceito consumidor. Comecemos por procurar perceber de que forma podemos configurar o condomínio,

¹⁹⁴ Ac. STJ, 31-05-2016, Maria Clara Sotomayor.

buscando pontos de contacto entre este e as pessoas físicas e as pessoas coletivas.

Ora, não possuindo personalidade jurídica, o condomínio tem, contudo, substrato pessoal¹⁹⁵. Isto é, em todo o caso e para todos os efeitos, trata-se de um grupo de pessoas, sejam elas singulares ou jurídicas, proprietárias exclusivas de uma fração do edifício e comproprietárias das partes comuns deste. Pessoas essas que, individualmente, podem ou não ser consideradas consumidores, nos termos e para os efeitos da legislação de Direito do Consumo.

Por outro lado, o conjunto de condóminos é um grupo dotado de organização. Esta organização é, inclusivamente, regulada legalmente. A obrigatoriedade de existência de órgãos de administração e o modo de funcionamento do órgão deliberativo aproximam o condomínio de uma pessoa coletiva, ainda que não sejam elementos suficientes para lhe conferir tal personalidade. O certo é que, existindo um órgão coletivo onde a regra é a deliberação por maioria, a vontade do grupo é própria e distinta da dos seus elementos, os condóminos. Como refere expressivamente SANDRA PASSINHAS, “se é verdade que o condomínio não é uma pessoa coletiva, também é verdade que recolhe ou empresta das pessoas coletivas alguns instrumentos, e age, quer nas relações externas quer nas internas, como sujeito diferente dos condóminos”¹⁹⁶.

Pelo que ficou exposto, parece-nos ser possível adiantar a conclusão de que o condomínio é uma figura jurídica que fica a meio caminho entre as pessoas físicas e as pessoas coletivas. Isto porque, ainda que dispondo de alguns elementos de índole organizacional que o aproximam de uma pessoa coletiva, a verdade é que essa organização se prende tão-só com o exercício dos direitos dos membros do conjunto de condóminos, não interferindo com a titularidade desses mesmos direitos, que permanecem na esfera jurídica dos condóminos.

Assim, por maioria de razão, para aqueles que, como nós, entendem que as pessoas coletivas poderão, se preenchidos os restantes requisitos, ser consideradas consumidores, dificilmente se poderá rejeitar que uma entidade que se encontra a meio caminho entre as pessoas físicas e as coletivas o possa ser.

¹⁹⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹⁶ PASSINHAS, *op. cit.*, p. 175.

Já para quem entenda que as pessoas coletivas não cabem na atual noção de consumidor estabelecida na LDC, o afastamento do condomínio desse conceito é mais difícil de sustentar¹⁹⁷. Não se lhe aplica o argumento utilizado para a exclusão das pessoas coletivas relacionado com o princípio da especialidade do escopo, na medida em que o condomínio não adquire bens ou serviços para a prossecução dos seus fins, atividades ou objetos profissionais¹⁹⁸.

Concluimos, assim, que a inclusão do condomínio no conceito de consumidor é, *prima facie*, um teste à elasticidade do elemento subjetivo deste¹⁹⁹. No nosso entendimento, a expressão “todo aquele”, que o consubstancia, poderá abranger não apenas pessoas físicas e jurídicas, mas também entidades carecidas de personalidade jurídica com substrato pessoal, desde que se atenda à *ratio* da previsão dessas entidades. Aquela expressão, intencionalmente genérica e abrangente, permite ao condomínio passar a primeira prova para poder beneficiar da especial proteção conferida aos consumidores. Na nossa opinião, mesmo que a noção legal passe a conter expressamente uma restrição às pessoas físicas, o condomínio, enquanto universo de condóminos, sempre será um teste ao conceito de consumidor. Basta pensar na hipótese de existir um condómino que seja, individualmente, considerado consumidor face aos bens adquiridos (fração autónoma e partes comuns). Tendo em conta o que ficou dito, ou seja, se ele é titular dos direitos que lhe são conferidos pela legislação do consumo, poderá a mera regulação legal do modo de exercício desses direitos (necessariamente conjunto) determinar a não aplicação daquelas normas?

Não nos parece equitativo ou justo que as pessoas pertencentes a um grupo desprovido de personalidade jurídica possam encontrar-se mais desprotegidas do que estariam caso a lei não impusesse o exercício coletivo dos seus direitos individuais. O regime de exercício dos direitos dos condóminos tem como *ratio* evitar o surgimento de conflitos desnecessários entre eles, não pretendendo nem podendo ter como consequência a diminuição do nível de proteção que a lei lhe confere individualmente.

¹⁹⁷ MARIANO, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁹ Tratando o problema do condomínio-consumidor apenas no ponto relativo ao elemento subjetivo do conceito de consumidor, v. CARVALHO, *op. cit.*, p. 28 e 29.

Parece-nos interessante, neste âmbito, chamar à colação um argumento aduzido por MENEZES CORDEIRO²⁰⁰ procurando justificar o não afastamento das pessoas coletivas do conceito de consumidor, mas que, como veremos, adquire uma relevância especial no que concerne ao condomínio. Partindo de uma perspetiva sobre a personalidade coletiva que explica que os destinatários das normas de conduta, permissivas, impositivas ou proibitivas são, sempre e exclusivamente, os seres humanos, defende este autor que, ainda que por via das pessoas coletivas, são sempre as pessoas singulares que, em última análise, beneficiam dos bens e serviços adquiridos.

Este é o plano em que tem sido colocada a questão sobre que nos debruçamos. Mas podemos encará-la ainda sob outra perspetiva. Vejamos.

Em última análise, a situação dominial em que se encontram as partes comuns de um edifício é de compropriedade. Parece-nos curioso que nunca se tenha discutido (que tenhamos conhecimento), doutrinal ou jurisprudencialmente, a possibilidade e os critérios para uma coisa detida em compropriedade ser qualificada como bem de consumo, quando os comproprietários destinem a coisa a fins distintos, uns profissionais e outros não profissionais. Ainda que esta questão convoque uma análise sob o prisma do destino conferido ao bem e, portanto, se coloque principalmente ao nível do elemento teleológico do conceito, entendemos que lhe devemos dedicar já neste ponto uma breve referência, na medida em que esta perspetiva redefine o elemento subjetivo a ter em conta nos casos em que o condomínio pretende beneficiar do estatuto de consumidor.

Vislumbramos três soluções que podem ser defendidas para dar resposta aos enunciados casos: ora se adota o critério do uso predominante, à semelhança da orientação maioritária da doutrina e jurisprudência para os casos de uso misto de um bem, considerando bem de consumo aquele cuja utilização é maioritariamente não profissional; ora se entende prevalecer o uso que a maioria dos comproprietários confere ao bem, critério que, como veremos, é normalmente utilizado pela jurisprudência para qualificar (ou não) o condomínio como consumidor e que mais não é do que uma adaptação do anterior, considerando bem de consumo aquele que a maioria dos comproprietários destina a um uso não profissional; ora

²⁰⁰ CORDEIRO, “*Da Natureza (...)*”, *op. cit.*, p. 638; do mesmo autor, *O Anteprojeto (...)*, *op. cit.*, p. 687.

se entende que basta um dos comproprietários destinar o bem que lhe foi fornecido a um fim não profissional para todos comproprietários gozarem da proteção do Direito do Consumo. Sem querer adiantar muito a posição que desenvolveremos nos pontos seguintes da dissertação, parece-nos ser esta última a única opção que respeita o estatuto dos consumidores. É que existe uma diferença substancial entre estes casos e os tradicionais de uso misto de um bem. Enquanto nos casos de uso misto de um bem existe uma pessoa a quem ele foi fornecido que o destina, pelo menos em parte, a um uso profissional e que, por isso, se pode discutir e até defender a sua não proteção enquanto consumidor, nos casos de que falamos existe, na nossa hipótese, pelo menos uma pessoa que destina o bem adquirido apenas a um uso não profissional, não nos parecendo defensável recusar-lhe tal proteção. É certo que ao qualificá-lo como consumidor estaremos, eventualmente, a estender o âmbito de proteção das normas a pessoas que dela não deveriam gozar, os comproprietários que destinam o bem a um uso profissional. No entanto, tal afigura-se como um mal manifestamente menor face à hipótese anterior, que implica, inclusive, a violação de preceitos constitucionais²⁰¹.

Numa última nota, constata-se que, no reduzido número de arestos a que tivemos acesso em que se discute a temática principal deste trabalho, ou seja, a possibilidade de o condomínio ser considerado consumidor, os tribunais não colocam a questão neste plano, assumindo-se que tomam por garantido que este elemento do conceito de consumidor está preenchido.

4.4. Elemento Teleológico

4.4.1. Generalidades

Este parece-nos ser, no geral, o elemento do conceito de consumidor que mais problemas interpretativos coloca, talvez por ser o seu “elemento-chave”²⁰². O espectro do nosso trabalho não foge à regra e é neste campo que mais focaremos a nossa análise, uma vez que consideramos ser o

²⁰¹ Esta posição é desenvolvida no ponto 3.2.3. da presente dissertação.

²⁰² ABELEIRA, *op. cit.*, p. 54.

elemento decisivo para aceitar ou afastar a qualificação do condomínio como consumidor.

O elemento teleológico afasta do conceito de consumidor as pessoas que, ao contratar, o façam no exercício de uma atividade profissional. Por outras palavras, só quem contrata fora do exercício da sua atividade profissional pode beneficiar da proteção conferida aos consumidores. O que interessa analisar em cada caso é o destino do bem objeto do contrato em causa. Ora, ao contratar (leia-se, ao adquirir um determinado bem, solicitar a prestação de determinado serviço ou ao mandar construir determinada obra) uma pessoa pode ter intenção de afetar esse bem a um uso profissional ou, pelo contrário, a um uso pessoal ou privado.

É esta a letra da lei em vigor, foi esta a opção político-legislativa. Dizemos isto porque existem autores que colocam outras restrições ao conceito de consumidor definido no artigo 2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor.

É o caso da doutrina que afasta do conceito de consumidor as pessoas que, ainda que atuando fora do contexto da atividade profissional, tenham conhecimentos específicos no que respeita ao negócio celebrado²⁰³, nomeadamente quanto ao bem transacionado. Exemplo paradigmático é o do sapateiro que se desloca a uma superfície comercial para comprar calçado para usar no seu quotidiano.

Outra parte da doutrina entende que, mesmo atuando no âmbito da sua atividade profissional, uma pessoa (física ou jurídica) pode ser considerada consumidor caso não possua conhecimentos específicos respeitantes ao negócio celebrado²⁰⁴. Surge novamente o conceito de “conhecimentos específicos”, ainda que desta vez para alargar o conceito de consumidor e, portanto, o leque de pessoas que gozam da proteção acrescida do Direito do Consumo.

Ainda que seja claro, no nosso entendimento, que a lei não determina as soluções defendidas por tais autores, vale a pena debruçarmo-nos sobre as razões invocadas para as sustentar. No fundo, podemos

²⁰³ DUARTE, *op. cit.*, p. 685; SILVA, “*Compra e (...)*”, *op. cit.*, p. 124; OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 90 e 100; MARIANO, *op. cit.*, p. 241;

²⁰⁴ DUARTE, *op. cit.*, pp. 682 a 685; LAURENTINO, *op. cit.*, pp. 426 a 429; LARCHER, *op. cit.*, pp. 156 a 159, OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 70,71 e 91; ALBUQUERQUE e RAIMUNDO, *op. cit.*, pp. 466 a 471.

resumi-las à invocação do principal fundamento da existência de normas de proteção do consumidor: a existência de uma relação desequilibrada entre consumidor e profissional, resultante de uma menor e pior informação técnica e jurídica e de uma inferior capacidade financeira do primeiro.

É certo que nos casos que acabamos de ver, esse desequilíbrio, a existir, é atenuado face aos casos típicos de contratos entre profissionais e consumidores. No entanto, nos primeiros casos, ainda que não exista desequilíbrio informacional, sempre poderá verificar-se desequilíbrio financeiro ou organizacional, e nos segundos, apesar de o profissional não ter conhecimentos específicos sobre o objeto do contrato, sempre poderá estar munido de uma estrutura empresarial que permita equilibrar as posições das partes no contrato.

Mesmo que assim não fosse, no plano do direito constituído, aquelas restrições ou alargamentos do conceito de consumidor não seriam defensáveis. Talvez tenha sido para evitar esse casuísmo que a lei presume inilidivelmente a verificação de tal desequilíbrio nas relações entre consumidores e profissionais, prescindindo da sua verificação no caso concreto.

Existem ainda situações em que o bem objeto do contrato se destina a mais do que um fim, nomeadamente a uma utilização privada e, simultaneamente, profissional: uso misto de um bem. Poder-se-ia entender que a utilização, ainda que parcial, do bem para o exercício de uma atividade profissional afastava imediata e liminarmente a qualificação do seu proprietário como consumidor²⁰⁵⁻²⁰⁶. O certo é que, ainda que o TJUE restrinja essa qualificação aos casos em que a utilização profissional do bem é marginal para efeitos de fixação da competência judiciária²⁰⁷, assim não é no que ao regime material diz respeito, tendo a Diretiva 2011/83/EU seguido, no seu Considerando (17), a doutrina maioritária neste âmbito,

²⁰⁵ SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas – conformidade e segurança*, 2001, p. 133; MARIANO, *op. cit.*, p. 241.

²⁰⁶ Defendendo a qualificação do bem como de consumo desde que a pessoa atue com objetivos pelo menos em parte alheios à sua atividade profissional, v. VICENTE, “*Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*”, 2001, p. 129; LARCHER, *op. cit.*, pp. 160 e 161.

²⁰⁷ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 34.

que entende ser de aplicar o critério do uso predominante²⁰⁸. Este critério resulta na qualificação como consumidor do contraente que destina o bem objeto de um “contrato com dupla finalidade” predominantemente à vertente de uso pessoal ou privado.

Uma outra questão bastante importante e discutível no âmbito deste elemento é o momento que deve ser tomado por referência para se determinar o destino que o adquirente confere aos bens que lhe são fornecidos. O momento considerado determinante para aferir se o uso dado ao bem é ou não profissional pode conduzir a resultados bem diferentes quanto à aplicabilidade das normas do Direito do Consumo.

Na ausência de previsão legal, parecem ser três as hipóteses para solucionar esta questão²⁰⁹: ora se toma por referência o momento da celebração do contrato, ora se entende que o momento determinante neste âmbito é o da entrega do bem, ora se conclui que o que releva é a efetiva utilização que dele é realizada posteriormente, nomeadamente aquela que se verifica no momento no início do processo judicial relativo a tal bem.

Antes de mais, cumpre constatar que se nos afigura como maioritária a tese de que se deve atender ao momento da celebração do contrato para determinar qual é o destino que o adquirente confere ao bem²¹⁰. O principal argumento apresentado é que o conhecimento da natureza da relação por parte do profissional é pressuposto de aplicação das normas de Direito do Consumo.

Parece-nos que este entendimento deve valer como regra geral, não se podendo prescindir, contudo, de uma análise casuística, como veremos.

Antes disso, cumpre-nos contestar o argumento apresentado para sustentar esta tese. É que, no nosso entendimento, a aplicação das normas de Direito do Consumo não depende, nem pode depender, do conhecimento por parte do profissional de que a relação mantida se insere no âmbito deste regime. Concretizando, pode, por exemplo, o adquirente de determinado bem não mencionar o destino que pretende conferir ao bem objeto do contrato, o que não impede a aplicação das normas de Direito

²⁰⁸ DUARTE, *op. cit.*, pp. 678 e ss.

²⁰⁹ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, pp. 34 e 35.

²¹⁰ MARIANO, *op. cit.*, p. 237; CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, pp. 34 e ss.; ANTUNES, *Direito do Consumo, op. cit.*, p. 50.

do Consumo se o uso a que aquele se destinar for não profissional. O consumidor não deixa de o ser apenas porque o profissional desconhece o uso que ele pretende conferir ao bem. Se assim fosse, tal teria de estar previsto e esse requisito faria parte do conceito de consumidor.

Obviamente, a configuração errónea da realidade por parte de um dos contraentes poderá, se for o caso, ser resolvida pelas regras gerais do erro ou dolo.

Vejamos, então, os casos em que fará sentido, para nós, a verificação do destino a dar ao bem ser realizada em relação ao momento da celebração do contrato.

Desde logo, esta deverá ser a solução nos casos em que se discuta a aplicabilidade de normas relativas à celebração do contrato, como são as que estabelecem os requisitos formais do contrato ou as que impõem deveres de informação pré-contratuais ou contratuais ao profissional. Esta é a única solução logicamente aceitável. Assim, mesmo que altere o uso que uma pessoa confere ao bem, as normas aplicáveis ao modo de celebração do contrato devem ser as compatíveis com a natureza da relação nesse momento.

Esta deverá ser também a solução quando a intenção do adquirente do bem no momento da celebração for destiná-lo a um uso profissional, mas se verifique que, posteriormente, lhe foi conferido um uso privado. Ora, nestes casos, entendemos que seria manifestamente injusto para o profissional fornecedor do bem ou serviço que o regime aplicável ao contrato já celebrado se alterasse, nomeadamente porque este lhe será, tendencialmente, desfavorável em face do regime geral. Mas, mesmo nestes casos, não entendemos que deva proceder o argumento já criticado, uma vez que a questão não se prende com o (des)conhecimento por parte do profissional da natureza da relação. Trata-se, sim, de proteger as legítimas expectativas criadas e a confiança depositada pelo profissional fornecedor de que o contrato por ele celebrado estaria sujeito a determinado regime jurídico, não devendo este alterar-se porque as circunstâncias fáticas se modificaram. Clarificando, não nos referimos, neste âmbito, a uma situação de alteração substancial das circunstâncias que fundaram a decisão das partes de contratar, que seria solucionada com recurso às regras do art. 437.^o, nem tampouco a uma alteração das normas legais vigentes, o que se resolveria por via da aplicação das regras gerais de aplicação da lei no tempo, mas sim a uma alteração de um facto

essencial para determinar o regime aplicável, e que não pode ser tido em conta, sob pena de criar uma situação de injustiça material grave.

Concluindo, no nosso entendimento, quando a alteração do uso conferido ao bem seja no sentido de passar de um uso profissional (destino pensado no momento da celebração do contrato) para um uso privado, deverá atender-se ao momento da celebração do contrato para aferir qual o destino do bem, o que redundará na não aplicabilidade das normas de Direito do Consumo.

Convém esclarecer que o que ficou dito não significa que o que releva é o uso que o adquirente confere ao bem no momento da celebração do contrato ou imediatamente após este, mas sim o destino que, nesse momento, é intenção do adquirente conferir ao bem, mesmo que no futuro. Quer isto dizer que, se o destino previsto para o bem adquirido for um uso profissional, ele não poderá ser considerado bem de consumo, mesmo que a utilização não seja imediatamente nesse sentido. Como referiu a este respeito o TJUE²¹¹, “o carácter futuro de uma atividade nada retira à sua natureza profissional”.

Contudo, entendemos que nem sempre se deverá atender ao momento da celebração do contrato para estes efeitos. Casos há em que entendemos se dever aferir o destino do bem tendo em conta a utilização que lhe é conferida num momento posterior ao da celebração do contrato. Resumimos estes casos a uma categoria: aqueles em que, no momento da celebração do contrato, o destino previsto para o bem era não profissional, mas se verifica que a utilização posterior é profissional. Ora, nestes casos, não nos parece materialmente justo que uma pessoa possa continuar a beneficiar da proteção conferida aos consumidores depois de deixar de caber no conceito que define o âmbito legal de aplicação desse regime. Quando seja no sentido de a utilização do bem adquirido por efeito de certo contrato deixar de ser privada para passar a ser profissional, tal deverá ser tido em conta para efeitos de aplicabilidade das normas de Direito do Consumo.

Convém esclarecer, contudo, a limitação já referida no que respeita às normas deste regime que se prendam com questões relativas à própria celebração do contrato. Neste aspeto, continuar-se-á a atender a esse momento para verificar o destino do bem.

²¹¹ TJUE, 03-07-1997, Ac. Benincasa.

Já assim não se entende quanto às normas do Direito do Consumo relativas ao acesso à justiça, nomeadamente as de atribuição de competência judiciária. No tocante à aplicabilidade deste tipo de normas e, mais uma vez esclarecemos, nos casos em que a alteração é no sentido de o uso passar a ser profissional, ter-se-á que atender à utilização que é conferida em momento(s) posterior(es) ao da celebração do contrato. Debruçou-se sobre esta temática, muito recentemente, o TJUE²¹², concluindo que “há (...) que ter em conta, no que respeita aos serviços (...) destinados a serem utilizados durante um longo período de tempo, a evolução posterior da utilização que é feita desses serviços.”, o que implica que “um demandante utilizador desses serviços possa invocar a qualidade de consumidor apenas se a utilização essencialmente não profissional desses serviços, para a qual foi inicialmente celebrado um contrato, não tiver adquirido, em seguida, um carácter essencialmente profissional.”. Não se fixa, no entanto, neste aresto qual o momento temporal que deve ser levado em conta para verificar o uso que é conferido ao bem/serviço. Seguimos, neste ponto, o entendimento de JORGE MORAIS CARVALHO, que entende ser relevante, para estes efeitos, o momento em que se inicia o processo²¹³.

4.4.2. Particularidades na propriedade horizontal

Para a parca jurisprudência que se debruçou já sobre esta temática, este é o elemento no qual reside a questão central para determinar ou afastar a aplicação do Direito do Consumo às relações jurídicas do condomínio com terceiros que não os condóminos.

Para melhor enquadrar a posição que vem sendo seguida neste âmbito, a qual vamos ter por referência na nossa análise, citamos um acórdão Supremo Tribunal de Justiça: “No caso do condomínio não estamos perante uma pessoa física nem perante uma pessoa coletiva. A sua classificação como consumidor, no caso de estar em causa a realização de obras nas partes comuns de um edifício em propriedade horizontal, depende do tipo de utilização a que se destinam as frações que compõem esse edifício. (...) O facto de as frações se destinarem a habitação faz com

²¹² TJUE, 25-01-2018, Ac. Schrems.

²¹³ CARVALHO, *Manual de (...), op. cit.*, p. 35.

que os prazos para o exercício do direito de reparação dos defeitos se contem segundo os critérios da legislação de defesa do consumidor”²¹⁴. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa já escreveu: “No caso dos autos trata-se de um edifício com 73 frações das quais apenas 11 frações são destinadas a atividades profissionais (e em termos, como acabou de se analisar em que o imóvel onde a atividade é exercida não é funcionalmente integrante da atividade profissional). Olhando, em conformidade, para o edifício como uma unidade ele afigura-se-nos como um edifício habitacional e, conseqüentemente, o respetivo condomínio (especialmente quanto às partes comuns) surge como um consumidor e não como um profissional”²¹⁵.

Este é o ponto de partida de quase todos os arestos a que tivemos acesso e que se propõem a decidir sobre esta questão²¹⁶. Ou seja, para a aferição do preenchimento do elemento teleológico do conceito de consumidor em relação ao condomínio, atende-se ao fim das frações autónomas do edifício. Em primeiro lugar, procura-se, então, determinar o fim a que cada condómino destina a sua fração autónoma. Em termos práticos, o que se verifica é se cada fração autónoma se destina a um uso não profissional (*maxime* a habitação), caso em que o condómino é, individualmente, considerado consumidor. Por outro lado, caso o destino do bem adquirido seja um uso profissional (p. ex. revenda inserida numa atividade profissional ou a instalação de um estabelecimento comercial), a qualificação como consumidor é afastada. Só num segundo momento se analisa então a possibilidade de o condomínio (universo de condóminos) gozar do estatuto de consumidor.

Quanto ao fim destinado às frações autónomas, convém referir que, ao contrário do preconizado no DL n.º 40333, onde se exigia que as frações fossem aptas para fins de habitação, de atividade cultural, económica ou semelhantes²¹⁷, atualmente a lei não restringe o tipo de finalidades que essas frações podem prosseguir, nem estabelece como requisito da

²¹⁴ Ac. STJ, 31-05-2016, Maria Clara Sottomayor.

²¹⁵ Ac. TRL, 17-01-2017, Rijo Ferreira.

²¹⁶ Existem também arestos que nem questionam a aplicabilidade das normas de Direito do Consumo numa ação proposta pelo condomínio: Ac. TRL, 18-04-2013, Maria Amélia Ameixoeira.

²¹⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 50.

constituição do edifício em propriedade horizontal que elas sejam aptas para aquelas finalidades. No entanto, o fim a que é destinado cada fração mantém o seu interesse, uma vez que os condóminos não podem dar-lhes uso diverso do fim a que foram destinadas (art. 1422.º, n.º 2 c), nem alterar o uso que lhes dão, sem autorização da assembleia, quando o fim a que se destina não esteja disposto no título constitutivo (art. 1433.º, n.º 4).

Apenas fará sentido equacionar-se a aplicabilidade do Direito do Consumo às relações do condomínio caso pelo menos um condómino possa considerar-se consumidor. Caso contrário, parece-nos pacífico que o condomínio nunca poderá gozar da proteção conferida pelo Direito do Consumo, uma vez que só pode ser considerada um bem de consumo uma coisa cujo proprietário, ou um dos proprietários, seja qualificado como consumidor²¹⁸. Como vimos, a lei regula de modo especial o modo de exercício de alguns dos direitos dos condóminos, o que não significa que atribua ao grupo direitos dos quais nenhum dos seus elementos é titular.

Assim, se entre os condóminos existirem consumidores, parece-nos poderem ser avançadas quatro soluções para dar resposta à questão da aplicabilidade das normas de consumo às relações do condomínio²¹⁹.

Por um lado, pode entender-se ser de afastar liminarmente a qualificação do condomínio como consumidor.

É também possível considerar o condomínio consumidor apenas quando todos os seus condóminos o sejam. Ou seja, segundo o procedimento descrito que a jurisprudência tem vindo a seguir, se se verificar que todas as frações autónomas se destinam a servir fins não profissionais, o condomínio será consumidor.

Já a doutrina e jurisprudência largamente dominantes^{220 221} consideram consumidor o condomínio em que a maioria das frações autónomas se destina a uso não profissional.

Há ainda quem entenda poder tratar-se o condomínio como consumidor se pelo menos uma das frações se destinar a uso não profissional²²².

²¹⁸ PINTO, *op. cit.*, p. 191.

²¹⁹ CARVALHO, *Manual de (...), op. cit.*, p. 28 e 29.

²²⁰ MARIANO, *op. cit.*, pp. 241 e ss.

²²¹ Ac. TRP, 26-06-2006, Ana Paula Lobo; Ac. TRP, 08-05-2014, Leonel Serôdio.

²²² CARVALHO, *Manual de (...), op. cit.*, p. 28 e 29.

Por fim, dedicamos uma última nota à questão da qualificação do condomínio como consumidor quando a sua gestão é efetuada por um profissional, uma situação que é cada vez mais usual na realidade sociológica e imobiliária. Analisaremos já esta questão porque o problema que aqui se coloca é distinto dos que se levantam nas orientações anteriormente referidas, na medida em que não respeita a nenhum dos elementos do conceito de consumidor. Esclarecemos desde já que nos parece totalmente irrelevante para a qualificação do condomínio como consumidor o facto de o seu administrador ser uma empresa ou pessoa singular contratada para o efeito. Isto porque, quando se verifica a celebração de negócios jurídicos pelo administrador em nome do condomínio, o que pode acontecer nos casos em que é autorizado pela assembleia ou no exercício das suas funções, ele agirá como representante do conjunto de condóminos. Esta situação configura-se como representação voluntária (ou legal, quando no âmbito das funções do administrador, previstas no art. 1436.^o), isto é, o ato de celebrar contratos em nome de outrem (representado) por pessoa em quem aquele investiu esses poderes (representante). Ora, se o negócio é celebrado em nome do condomínio, é relativamente a ele que se devem verificar os pressupostos para a aplicação das normas de Direito do Consumo²²³. Nada obsta, portanto, a que, considerado o condomínio consumidor no âmbito de um contrato, ele mantenha essa qualidade mesmo que celebrado por via de representação do administrador.

4.5. Tomada de posição quanto ao condomínio-consumidor

Explanadas algumas das questões que se colocam na interpretação do conceito de consumidor plasmado na Lei de Defesa do Consumidor e no DL n.º 67/2003 e descrita a solução que vem sendo adotada no tratamento do condomínio como consumidor, chega o momento de tomar posição face a esta última questão.

Desde logo, urge manifestar a nossa discordância em relação ao ponto de partida das orientações que se vêm firmando na jurisprudência e que

²²³ Ac. TRL, 19-06-2014, Isoleta Almeida Costa.

acabámos de expor. Tentaremos colocar em causa a referida premissa de que o destino de toda e qualquer parte comum se deve aferir em função dos destinos das frações autónomas dos condóminos, só depois tomando posição quanto ao número de condóminos que devem ser considerados consumidores para que essa qualidade “se estenda” ao condomínio.

Antes de mais, queremos constatar a ideia base de que a qualificação como consumidor se afere no contexto de um determinado negócio jurídico. Depende, no ponto em análise, do destino conferido ao bem-coisa que é objeto desse negócio. Assim, uma mesma pessoa poderá ser considerada consumidora relativamente a determinado negócio jurídico e não em relação a outros por ela celebrados. Como já referiu de forma clara o TJUE²²⁴, “uma só e mesma pessoa pode agir enquanto consumidor no âmbito de certas operações e enquanto profissional no âmbito de outras”. Tudo dependerá do preenchimento daqueles quatro elementos no contrato em questão em cada caso concreto. Entendemos ser possível levar esta ideia um pouco mais longe, sempre com a atenção necessária para não extravasar o suporte conferido pela letra da lei. Em termos sintéticos, entendemos ser o entendimento mais condicente com a letra e a teleologia da lei que a qualidade de consumidor se afira em relação a cada bem/coisa que integre o objeto do contrato e não apenas em relação a cada contrato, o que poderá ser relevante nos contratos que tenham como objeto mediato mais do que um bem.

De facto, o artigo 1.º-B a) do DL n.º 67/2003 estabelece ser consumidor “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Ainda que se depreenda que o fornecimento dos bens, a prestação dos serviços ou a transmissão de direitos será feita, regra geral, por via de um contrato, ou seja, no âmbito de uma relação intersubjetiva, o foco da definição legal parece ser objetivo, na medida em que faz depender a qualificação de uma pessoa como consumidor essencialmente do destino que pretende conferir ao bem/serviço/direito.

Regra geral, cada contrato tem por objeto um(a) só bem/coisa/serviço/direito, pelo que, normalmente, a aferição da qualidade de uma pessoa

²²⁴ TJUE, 03-09-2015, Ac. Costea.

como consumidor em relação a essa relação contratual não conduz a um resultado diferente daquele a que chegaríamos se a operação tivesse por base o destino daqueles. No entanto, assim não será nos casos em que, no âmbito do mesmo contrato ou “operação” (como se lhe refere o TJUE²²⁵), forem fornecidos diferentes bens, prestados diferentes serviços ou transmitidos diferentes direitos. Nestes, parece-nos perfeitamente coerente com o espírito do sistema e com a própria formulação da norma que se afira a qualificação do adquirente como consumidor em relação a cada um dos bens, desde que lhes possa ser imputado um destino distinto daquele que será conferido aos outros.

Como já vimos, o objeto da propriedade horizontal apresenta uma característica que o torna muito particular: trata-se de um conjunto incidível de coisas distintas. Ora, um negócio de aquisição deste direito terá por objeto mais do que uma coisa/bem. Interessa-nos, no âmbito do nosso trabalho, apenas parte desse objeto – as coisas que integram as partes comuns do edifício –, uma vez que os poderes dos órgãos de administração do condomínio se cingem a elas.

Relembra-se que o que a doutrina e jurisprudência têm feito é aferir o destino que é conferido às partes comuns do edifício em função do fim atribuído a cada fração autónoma. Tal opção poderá, no nosso entender, fundar-se em dois fatores principais. Por um lado, por uma razão de certeza e segurança jurídica, na medida em que o fim da fração autónoma se encontra, amiúde, identificado no título constitutivo, apesar de esta possibilidade também existir para as partes comuns²²⁶⁻²²⁷. Por outro lado, reflete a ideia de instrumentalidade e acessoriedade das partes comuns face às frações detidas em propriedade exclusiva pelos condóminos.

Contudo, não nos parece que este seja o método a adotar em todo e qualquer caso. Em primeiro lugar, como vimos, o caráter instrumental/acessório das partes comuns face às frações autónomas é já posto em causa por parte da doutrina²²⁸. Mas sobretudo, entendemos que há

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Art. 1418.º n.º 2 a).

²²⁷ No sentido de ser obrigatória a especificação do fim a que a fração se destina, v. PITÃO e PITÃO, *op. cit.*, p. 151.

²²⁸ V. ponto 1.5 da presente dissertação.

casos em que é possível distinguir, no seio de um contrato cujo objeto seja um conjunto de coisas, os usos a que se destinam os vários bens que integram esse conjunto. Ora, nesses casos, poderemos adotar duas perspectivas.

Ou encaramos o bem como um conjunto e tentamos perceber qual o uso predominante que lhe é conferido, considerando-se consumidor se o uso for predominantemente não profissional. Ou entendemos que no seio do mesmo contrato com um objeto composto por mais do que um bem pode uma pessoa ser considerada consumidora face a um deles e não consumidor face a outros.

Tudo isto para expor que, na nossa perspectiva, não é lógico discutir-se a qualificação do condomínio como consumidor partindo, *a priori*, da utilização conferida pelos condóminos às frações autónomas. Se a atuação dos seus órgãos de administração se cinge às questões relacionadas com partes comuns, deverá atender-se, sim, sempre que possível, ao destino que é conferido a essas partes comuns. “Sempre que possível” porque, obviamente, a aplicação deste método carece do preenchimento de um pressuposto essencial. Vejamos.

A parte comum terá que destinar-se a um fim claramente distinguível daquele que é conferido à fração autónoma. Em termos sucintos, o que se deve exigir é que a parte comum seja “autónoma” das frações detidas em propriedade exclusiva pelos condóminos, ao ponto de se poder entender que esta se destina a um uso que não é o mesmo que aquele a que a fração autónoma se destina.

A título de exemplo, equacionemos que, num edifício constituído em propriedade horizontal, existe um salão de festas que é parte comum. Este salão pode ser utilizado por qualquer condómino, mediante “reserva” e para qualquer finalidade. Ora, constatando-se que um condómino destina esse bem à realização de reuniões de direção da empresa que lidera, ele não poderá ser considerado, face ao salão em causa, um consumidor. Dado que destina esse bem a um uso profissional, independentemente da utilização que dá à sua fração autónoma, ele não deverá beneficiar da proteção das normas de Direito do Consumo em relação ao salão de festas. Sendo uma parte comum, obviamente que terá de ser feita ainda uma ponderação com a utilização que os restantes condóminos farão desse mesmo bem, como veremos. Ainda assim, individualmente considerado, o condómino em causa não será, nestes termos, considerado consumidor.

O mesmo se poderá dizer de um condômino cuja profissão seja *personal trainer* e que a exerça no ginásio do condomínio ou do porteiro-condômino que utiliza o aspirador comum para limpar as áreas comuns do edifício.

Ainda assim, casos haverá em que o uso conferido por cada condômino a um bem comum terá de ser aferido em função do uso a que se destina a respetiva fração autónoma. Desde logo, existem bens que, pelo seu carácter marcadamente instrumental, nomeadamente o papel de permitir funcionalmente a subsistência, utilização e acesso às frações autónomas, nunca terão a autonomia suficiente para ter uma utilização que, *per si*, possa determinar ou afastar a sua qualificação como bem de consumo. Pensamos, a título de exemplo, na escadaria ou nos elevadores de um prédio. Salvo melhor opinião e uma ocasionalidade raríssima, não vislumbramos que este bem possa ter um uso que se distinga daquele a que se destina a fração cujo acesso eles permitem. Assim, fará sentido que a sua qualificação como bem de consumo seja uma mera decorrência da qualificação como tal do bem que pretende “servir”. O mesmo valerá, *mutatis mutandi*, para o telhado, colunas, pilares, entradas, entre outros bens comuns que não reúnam as características necessárias para deter a mencionada autonomia. Assim, estas partes de um edifício não poderão ser consideradas um bem de consumo para um condômino que destina a sua fração, por exemplo, à instalação de um estabelecimento comercial, mas já o será se tal fração se destinar à sua habitação própria.

Recapitulando, a construção por nós proposta parte, à semelhança do que a jurisprudência costuma fazer, da qualificação individual dos condôminos como consumidores ou não consumidores. A distinção centra-se no bem a que se reporta a análise da verificação do preenchimento do elemento teleológico do conceito de consumidor. Ou seja, a jurisprudência recorre, *a priori*, ao destino da fração autónoma para determinar o destino das partes comuns, por inerência. Há inclusive arestos que defendem ser absurdo os condôminos serem considerados consumidores face às frações autónomas e não quanto às partes comuns, ou vice-versa²²⁹. Nós entendemos que aquele recurso deve ser subsidiário,

²²⁹ Ac. TRP, 26-06-2008, Ana Paula Lobo.

ou seja, apenas se não for possível conceber um uso do bem comum distinto do que é conferido à fração autónoma é que se deverá recorrer a este para determinar aquele.

Este entendimento, embora seja, na nossa opinião, o mais coerente com a letra e o espírito da lei, poderá conduzir a uma dificuldade acrescida no sentido de o condomínio beneficiar, em juízo, do regime do Direito do Consumo. Isto porque, como sabemos, compete àquele que pretende beneficiar da especial proteção das normas de consumo alegar e provar a verificação dos elementos legais do conceito²³⁰⁻²³¹. Segundo as regras gerais da distribuição do ónus da prova²³², é à parte que pretende beneficiar dos direitos conferidos pelas normas de Direito do Consumo que compete alegar e provar os factos constitutivos dos direitos de que se arrogam. Não se duvida ser mais simples a alegação e prova dos factos relativos ao destino das frações autónomas, desde logo porque tal poderá estar indiciado²³³ no título constitutivo. Ainda assim, a qualificação de uma coisa como bem de consumo depende, necessariamente, do tipo de uso a que se destina. Apenas excecionalmente, a solução poderá passar por aferir o destino de um bem em função de outro bem. As partes comuns de um edifício constituído em propriedade horizontal, cuja função se cinja a garantir a funcionalidade desse prédio constituirão uma dessas exceções. Assim já não poderá entender-se quando se trate de coisas que, apesar de comuns, tenham autonomia suficiente para lhes ser conferido um destino próprio.

O efeito pernicioso desta posição terá que ser corrigido pelo juiz, exercendo o poder-dever²³⁴⁻²³⁵ de convidar a parte ao aperfeiçoamento

²³⁰ CARVALHO, *Manual de (...)*, *op. cit.*, p. 41.

²³¹ Defendendo o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova e a consequente prova do elemento relacional pelo profissional, v. TEIXEIRA, *A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica*, 2016, p. 149.

²³² Art. 342.º CC

²³³ Já ficará explicado porque entendemos que o fim da fração autónoma que pode estar inscrito no título constitutivo apenas indicia o destino que lhe pretende ser conferido pelo condómino adquirente.

²³⁴ SOUSA, *Estudos sobre (...)*, *op. cit.*, p. 65 e ss.

²³⁵ Defendendo não ser um poder discricionário do juiz, v. Ac. TRP, 08-01-2018, Miguel Baldaia de Morais; Ac. TRL, 22-05-2018, Isabel Fonseca.

das suas alegações²³⁶⁻²³⁷⁻²³⁸. Decorrente do princípio da cooperação e dos deveres de gestão processual²³⁹ e de prevenção, que impõe ao juiz uma postura ativa, paradigmática do moderno processo civil, este mecanismo visa permitir às partes suprir insuficiências ou imprecisões na exposição dos factos. O recurso a este meio processual é importante em todos os casos em que o juiz perceba que poderá estar em causa uma relação de consumo, adquirindo especial importância quando esteja em causa uma relação do condomínio, principalmente se adotada a posição que vimos defendendo.

A segunda nota que pretendemos deixar ao método que tem vindo a ser adotado pela jurisprudência para determinar a qualificação do condomínio como consumidor prende-se com a aferição do fim a que se destinam as frações autónomas. Com o que ficou dito nos parágrafos anteriores, este ponto apenas será importante naquelas situações em que o destino das partes comuns não é distinguível do das frações autónomas. No entanto, na perspectiva que vem sendo adotada jurisprudencialmente, ele adquire ainda mais preponderância, na medida em que se olha sempre e apenas para o uso conferido a estas últimas. Ora, como vem sendo por nós exposto, o procedimento passa por verificar o fim das frações que se encontra inscrito no título constitutivo da propriedade horizontal e aferir a qualificação do condómino como consumidor em função dele. Este não é, contudo, um método infalível.

O exemplo paradigmático de um condómino-consumidor utilizado pela doutrina é o do proprietário de uma fração autónoma cujo fim inscrito no título é a habitação. No entanto, na prática judiciária, não nos parece que os juízes devam bastar-se com este fator, ainda que este seja um válido elemento indiciário dessa qualidade. Nem sempre um condómino que tenha adquirido uma fração cujo fim seja a habitação

²³⁶ Art. 590.º n.ºs 2 b), 4, 5 e 6.

²³⁷ MARIANO, *op. cit.*, p. 33; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 142 e 143, que defende, inclusive, que o juiz deve recorrer, se necessário, “aos mecanismos de produção de prova por sua iniciativa que a lei processual lhe atribui, no âmbito do dever de inquisitorialidade do julgador, constante do art. 411.º do CPC”; CARVALHO, *Manual de (...), op. cit.*, p. 41 a 43.

²³⁸ TJUE, 04-06-2015, Ac. Faber.

²³⁹ SOUSA, *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, 2013, pp. 10 a 14.

deve ser considerado consumidor. Para ser classificado como tal, ele deve ter adquirido essa fração com vista a destiná-la a um uso não profissional, a um uso pessoal/privado. Ora, caso esse destino seja a habitação do próprio adquirente ou pessoa do seu círculo familiar, por exemplo, não haverá dúvidas que ele deva ser considerado consumidor. No entanto, a habitação pode estar também ligada com o exercício de atividades profissionais. Consideremos o exemplo de um condômino que adquire uma fração tendo em vista o seu arrendamento permanente, prática a que se dedica profissionalmente. É óbvio que ele não poderá ser considerado consumidor em relação à sua fração. O mesmo se dirá em relação às partes comuns quando se entenda que o destino destas se deve aferir em função do destino daquela. Este caso demonstra bem que nem sempre a uma fração cuja finalidade inscrita no título é a habitação corresponderá a qualificação do seu proprietário como consumidor. Mais uma vez, implicando esta posição uma mais profunda e difícil alegação dos factos constitutivos do seu direito pela parte que pretende beneficiar do estatuto de consumidor, vale o que ficou dito nos parágrafos anteriores em relação ao poder-dever do juiz de convidar ao aperfeiçoamento das alegações.

Estas são as duas questões prévias no problema da qualificação do condomínio como consumidor que entendemos não estarem a ser corretamente tratadas doutrinária e jurisprudencialmente. Chamamos-lhe questões prévias porque se colocam no plano da qualificação de cada condômino, individualmente, como consumidor. Na construção que vem sendo adotada (e que nós subscrevemos), esta é uma etapa que antecede logicamente a questão da qualidade do próprio condomínio, ou seja, do grupo de condôminos.

Como já referimos, a posição largamente maioritária tem vindo a defender a aplicabilidade das normas de Direito do Consumo ao condomínio quando a maioria dos condôminos possam ser qualificados, individualmente, como consumidores. Como já aflorámos anteriormente, não alinharemos neste sentido, preferindo a solução apontada por JORGE MORAIS CARVALHO, que entende bastar um dos condôminos ser qualificado como consumidor para o condomínio poder gozar desse estatuto legal.

Evocando o que defendemos anteriormente, entendemos que, quando um bem é detido em compropriedade, bastará um dos seus proprietários ser consumidor para que ele se possa qualificar como bem de consumo.

Contrariamente, a posição maioritária aplica analogicamente e com as devidas adaptações a tese do uso predominante do bem que hoje é quase pacificamente aceite no que respeita aos bens de uso misto.

No nosso entendimento, como já destacámos, há uma diferença muito grande entre os casos, o que, na nossa opinião, não permite o seu tratamento de forma semelhante. Nos casos de uso misto de um bem, estamos perante uma mesma pessoa que utiliza a coisa para fins profissionais e não profissionais. Atender-se ao uso predominante que essa pessoa lhe confere é uma solução compromissória entre a excessiva proteção das pessoas que utilizam marginalmente um bem para fins pessoais e a injusta desproteção daqueles que conferem ao bem um uso profissional diminuto. É, portanto, uma solução dificilmente atacável e que se consolidou na doutrina e jurisprudência por permitir responder cabalmente à realidade que pretende regular. No caso dos bens detidos em propriedade não nos parece que o resultado a que chegamos pela aplicação analógica deste critério seja justo e conforme às disposições legais vigentes.

Isto porque tal entendimento colidirá necessariamente com os direitos conferidos pela lei a determinadas pessoas, nos casos em que os condóminos consumidores sejam menos dos que os condóminos profissionais. Nestes casos, pela aplicação do mesmo critério, o condomínio não poderá gozar do estatuto de consumidor. Ora, como a lei impõe que o exercício dos direitos relativos às partes comuns seja feito de forma conjunta pelos condóminos, negar a qualidade de consumidor ao condomínio significa necessariamente negar o exercício dos direitos dos consumidores a todos os condóminos, inclusive àqueles que a LDC e o DL n.º 67/2003 reconhecem como consumidores. Este resultado é incompatível com a lei, tanto a sua letra como o seu espírito, e até com a Constituição da República Portuguesa²⁴⁰ que, desde 1989, categoriza os direitos dos consumidores como direitos fundamentais²⁴¹⁻²⁴². Ainda que o artigo 60.º

²⁴⁰ Essencialmente os arts. 60.º e 80.º i).

²⁴¹ ANDRADE, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2002, p. 44; GOMES, *Os Novos Trabalhos do Estado: A Administração Pública e a Defesa do Consumidor*, 2002, p. 34; LEITÃO, *Tutela do Consumo e Procedimento Administrativo*, 2005, p. 126; MONTEIRO, *Breve Nótula sobre a Proteção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional*, 2007, p. 302; CARVALHO, *Manual de (...), op. cit.*, pp. 23 e 24.

²⁴² Ac. TRP, 26-06-2008, Ana Paula Lobo; Ac. STJ, 08-03-2016, Hélder Roque.

tenha um cariz essencialmente programático, como a generalidade dos Direitos Económicos Sociais e Culturais previstos na CRP, e que o artigo 81.º contenha a previsão de um princípio, por natureza genérico e carente de materialização em normas legais que o respeitem e desenvolvam, o certo é que a posição que vem sendo adotada parece-nos colidir com estes preceitos constitucionais.

Na nossa ótica, não pode uma pessoa que é legalmente qualificada consumidor deixar de beneficiar da proteção que lhe é conferida apenas porque a lei regula o modo de exercício dos direitos dos comproprietários/condóminos. Estamos a falar de pessoas que adquirem os bens (no caso do condomínio, os bens comuns, detidos em compropriedade) com o objetivo de os destinar a um uso não profissional a uma pessoa que exerce com carácter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios. O facto de não ser o único proprietário do bem não pode significar a sua desproteção enquanto consumidor, *maxime* nos casos em que os contratos por via dos quais os comproprietários adquiram os seus direitos sobre a coisa sejam independentes, como sempre acontece nos prédios detidos em propriedade horizontal, adquirindo os condóminos individualmente as respetivas frações autónomas e tornando-se forçosamente comproprietários das partes comuns. É certo que a lei regula o modo de exercício dos seus direitos, obrigando a que seja feito conjuntamente. No entanto, daqui não poderá decorrer uma limitação à titularidade desses direitos, principalmente quando tratamos de direitos com inspiração constitucional.

Pelo que ficou exposto, parece-nos que a única posição adotável que permite respeitar o regime jurídico de proteção dos consumidores é a que entende dever tratar-se como consumidor o condomínio em que exista pelo menos um condómino consumidor, ou seja, que destine a coisa comum (ou a sua fração, nos casos em que o destino daquela se deva aferir em função desta) a um uso não profissional.

É chegada a hora de analisar as contrapartidas ou desvantagens de tal entendimento. À partida, a principal crítica que se lhe poderá apontar prende-se com o alargamento exagerado do âmbito de proteção das normas legais de defesa do consumidor. É que poderemos, no limite, estar perante um condomínio em que apenas um dos cem (ou mais) condóminos é consumidor e a aplicação deste critério resulta, na prática, no benefício de todos os restantes condóminos profissionais, na medida

em que ser-lhes-á aplicável um regime mais favorável. Esta não é uma situação ideal, na medida em que parece desvirtuar o sentido do regime de proteção do consumidor. No entanto, parece-nos preferível à alternativa de deixar desprotegida uma pessoa que reconhecidamente carece dessa proteção. No limite, e se nos é permitida a franqueza do argumento, numa das alternativas são consumidores os que saem prejudicado pela não aplicação das normas de Direito do Consumo, enquanto na outra, a que defendemos, é aquele que forneceu o bem no âmbito de uma atividade económica que exerce profissionalmente com o objetivo de obtenção de benefícios que ficará numa situação mais precária, por ver o conjunto de condóminos ser qualificado como consumidor. E não percamos de vista que o Direito do Consumo resulta exatamente de uma opção político-legislativa de proteção da parte mais fraca nas relações contratuais. Relembre-se que, obviamente, isto só vale para os litígios que respeitem às partes comuns do edifício e já não para os que tenham como objeto as frações autónomas cujos proprietários não sejam individualmente considerados consumidores.

5. Conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos apresentar e sintetizar as conclusões que fomos retirando no presente estudo, na expectativa de estas serem úteis para promover o debate sobre a matéria e contribuir para uma alteração do tratamento que a questão tem merecido na jurisprudência.

Quanto ao direito de propriedade horizontal, tratado como questão prévia nesta dissertação, interessa-nos sobretudo ressaltar duas ideias que ficaram expostas e desenvolvidas em sede própria.

A primeira relaciona-se com o carácter das partes comuns de um edifício constituído em propriedade horizontal face às suas frações autónomas. Ainda que genética e tradicionalmente as primeiras sejam acessórias e instrumentais face às segundas, concluímos que a alteração do elenco usual de partes comuns que se encontram nos edifícios condominiais permite configurar algumas delas como complementares às frações autónomas, na medida em que não visam unicamente garantir a sua subsistência e funcionalidade, mas sim proporcionar as cada vez mais exigentes condições de comodidade e segurança procuradas pelos adquirentes.

A segunda ideia prende-se com os poderes de administração dos órgãos do condomínio, que se cinge às partes comuns do edifício e ao modo de exercício dos direitos dos condóminos em relação a elas. Daqui se retira que a titularidade dos direitos dos condóminos não é nem pode ser afetada pela regulação legal do seu modo de exercício, necessariamente conjunto. As razões de simplicidade que presidiram à instituição de um modo de atuação conjunta dos condóminos não pode significar a sua inferior proteção face àquela de que gozariam se pudessem exercer judicialmente os seus direitos individualmente. Por isso, entendemos que o condomínio pode exercer os direitos de que qualquer dos seus membros seja titular em relação às partes comuns, com exceção daqueles que, pela própria natureza, dependam diretamente da existência de um contrato, como é o caso dos direitos de redução do preço e da resolução do contrato.

Mais especificamente quanto à questão do condomínio-consumidor, contestámos essencialmente duas proposições da tendência jurisprudencial do seu tratamento: em primeiro lugar, colocámos em causa o facto de se atender sempre ao destino da fração autónoma dos condóminos para determinar a sua qualificação como consumidor face à parte comum que é objeto do litígio; depois, criticámos a aferição do destino das frações autónomas para efeitos de qualificação dos condóminos como consumidores em função do fim das mesmas, inscrito no título constitutivo da propriedade horizontal.

Assim, aqui deixamos resumida, de forma bastante sucinta, a nossa proposta de caminho lógico a percorrer para determinar se um condomínio (enquanto grupo de condóminos) deve beneficiar do estatuto de consumidor. Em primeiro lugar, deve tentar perceber-se se à parte comum que é objeto do litígio pode ser conferido um uso autónomo e distinguível daquele a que os condóminos destinam as suas frações. Caso a resposta seja afirmativa, procuramos qualificar cada condómino como consumidor ou não consumidor face a esse bem, consoante o destino que cada um lhe confere. Caso seja negativa, afere-se essa qualidade individual em relação ao uso a que cada um destina a sua fração autónoma. Ou seja, apenas subsidiariamente se recorrerá ao critério que a jurisprudência atualmente segue. Neste ponto, deve ainda ressaltar-se que o fim da fração inscrito no título constitutivo deve ser encarado apenas como um indício do destino do bem para efeitos da qualificação como consumidor, na medida em que, por exemplo, a um fim habitacional

para efeitos de propriedade horizontal nem sempre corresponderá um uso não profissional nos termos do conceito de consumidor.

Isto feito, teremos já reunida a informação quanto à qualificação individual de cada condómino como consumidor ou não consumidor. Resta-nos perceber em que casos ao grupo deve ser reconhecido esse estatuto. Entendemos que basta um dos condóminos ter essa qualidade para ela se estender ao condomínio como um todo, na medida em que o regime legal apenas regula o modo de exercício dos direitos dos condóminos, o que não pode afetar a titularidade desses direitos, que têm inclusivamente inspiração constitucional.

Bibliografia

- ABELEIRA, Teresa Estévez, “Análisis de la noción de Consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español”, *in* Estudos do Direito do Consumidor, n.º 10, 2016, pp. 31 a 69;
- ALBUQUERQUE, Pedro de/RAIMUNDO, Miguel Assis, “Direito das Obrigações: Contratos em especial”, vol. II, 2.ª edição revista, Almedina, Coimbra, 2013;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de
- “Os Direitos dos Consumidores”, Almedina, Coimbra, 1982;
 - “Negócio Jurídico de Consumo”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 247, 1985;
 - “Orientações de Política Legislativa Adotadas pela Diretiva 1999/44/CE sobre Venda de Bens de Consumo. Comparação com o Direito Português Vigente”, *in* Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 109 a 120;
 - “Direito do Consumo”, Almedina, Coimbra, 2005;
- ALMEIDA, Teresa, “Lei de Defesa do Consumidor Anotada”, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2001;
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de, “Direito Processual Civil”, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXVIII, 2002, pp. 43 a 64;
- ANDRADE, Manuel de, “Teoria Geral da Relação Jurídica, I”, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997;

ANTUNES, José Engrácia

- “O Conceito jurídico de Consumidor”, *in* Revista de Direito Civil, Ano III, tomo 4, 2018, 771 a 796;
- “Direito do Consumo”, Almedina, Coimbra, 2019;

ASCENSÃO, José de Oliveira

- “Direito Civil – Teoria Geral, I”, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;
- “O Anteprojeto do Código do Consumidor e a Publicidade”, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, vol. III, 2006, pp. 7 a 36;
- “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *in* Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Código Civil Português (Evolução e Perspetivas Atuais), 2008, pp. 163 a 182;
- “Direitos Reais”, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva, “Direito à Informação no Âmbito do Direito do Consumo: o caso específico das Cláusulas Contratuais Gerais”, *in* Revista Julgar, n.º 21, 2013, pp. 203 a 225;

CAMBINDA, Hernâni Lúcio André, “Empreitada para Consumo”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015;

CARVALHO, Jorge Morais

- “Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo”, Lisboa, 2011;
- “O Conceito de Consumidor no Direito Português”, *in* Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 14, 2018, pp. 185 a 232;
- “Manual de Direito do Consumo”, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019;

CORDEIRO, António Menezes,

- “Da Natureza Civil do Direito do Consumo”, *in* O Direito, Ano 136.º, vol. IV, 2004, pp. 605 a 640;
- “Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral, Tomo I”, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005;
- “O Anteprojeto de Código do Consumidor”, *in* O Direito, Ano 138.º, vol. IV, 2006, pp. 685 a 715;

DUARTE, Paulo, “O Conceito Jurídico de Consumidor, segundo o art.2º/1 da lei de defesa do consumidor”, *in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. 75, 1999, p. 649 a 703;

DUARTE, Rui Pinto, “Curso de Direitos Reais”, 3.^a edição revista e aumentada, Príncípia, Cascais, 2013;

FALCÃO, David José Galdes, “Conceito de Consumidor”, *in* Gestin, Ano VIII, n.º 8, 2010, pp. 151 e 152;

FERNANDES, Luís A. Carvalho

- “A situação jurídica do superficiário-condómino”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, 2006, disponível *in* <https://portal.oa.pt/>

comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66- vol-ii-set-2006/doutrina/carvalho-fernandes-a-situacao-juridica-do- superficiario-condomino-star/, consult. a 15-06-2019;

- “Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal”, *in* *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, 2006, pp. 3 a 14;
- *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição atualizada e revista, *Quid Juris*, Lisboa, 2009;
- GARCIA, Maria Olinda, “O consumidor mais protegido: o alcance do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio”, *in* *Revista Julgar*, n.º 6, 2008, pp. 35 a 40;
- GARRET, João Almeida, “O conceito de «influência indevida» e a liberdade de contratar”, *in* *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 51, 2007;
- GOMES, Carla Amado, “Os Novos Trabalhos do Estado: A Administração Pública e a Defesa do Consumidor”, *in* *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 2002, pp. 31 a 61;
- GONÇALVES, Luís da Cunha, “Da Propriedade Horizontal ou Por Andares: Breve Estudo e Comentário do Decreto n.º 40 333, de 14 de outubro de 1955”, *Edições Ática*, Lisboa, 1956;
- GONZÁLEZ, José Alberto, “Código Civil Anotado, Volume IV, Direito das Coisas (artigos 1251.º a 1575.º)”, *Quid Juris*, 2011;
- JANUÁRIO, Rui/ D’ÁVILA, Filipe Lobo/ PINHEL, Luís de Andrade, “Direito Civil: Direito das Coisas”, *Petrony*, Lisboa, 2018;
- JUSTO, António Santos, “Direitos Reais”, 5.ª edição, *Coimbra Editora*, Coimbra, 2017
- LARCHER, Sara, “Contratos Celebrados através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo”, *in* *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, pp. 141 a 246;
- LAURENTINO, Sandrina, “Os Destinatários da Legislação do Consumidor”, *in* *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 415 a 434;
- LEITÃO, Adelaide Menezes, “Tutela do Consumo e Procedimento Administrativo”, *in* *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, pp. 119 a 140;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes
 - “O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática”, *in* *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 2002, pp. 11 a 30;
 - “Direito das Obrigações”, vol. III, 12.ª edição, *Almedina*, Coimbra, 2018;
 - “Direitos Reais”, 8.ª edição, *Almedina*, Coimbra, 2019;
- LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, com a colaboração de Henrique Mesquita
 - “Código Civil Anotado, vol. I”, reimpressão da 4.ª edição, *Coimbra Editora*, Coimbra, 2010;
 - “Código Civil Anotado, Vol. III”, reimpressão da 2.ª edição, *Coimbra Editora*, Coimbra, 2010;

LIZ, Jorge Pegado

- “Introdução ao Direito e à Política do Consumo”, Notícias, Lisboa, 1999;
- “Um Código do Consumidor, Para os Consumidores ou Nem uma Coisa Nem Outra?”, *in* Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 49, 2007, p. 41 a 54;

MAGALHÃES, Gonçalo Oliveira, “A Personalidade Judiciária do Condomínio e a sua Representação em Juízo”, *in* Revista Julgar, n.º 23, 2014, pp. 55 a 66, disponível *in* <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/03-Gon%C3%A7alo-Magal%C3%A3es.pdf>, consult. a 15-06-2019;

MARIANO, João Cura, “Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos nas Obras”, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015;

MARTINEZ, Pedro Romano

- “Empreitada de Consumo”, *in* Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 155 a 171;
- “Empreitada de Bens de Consumo: A transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003”, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, vol. II, 2005, pp. 11 a 35;

MENDES, Armindo Ribeiro, “A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, n.º 30, I-IV, 1970, pp. 5 a 78;

MESQUITA, Manuel Henrique

- “A propriedade horizontal no Código Civil Português”, *in* Revista de Direito e Estudos Sociais, n.º 23, 1976, pp. 79 a 152;
- “Obrigações Reais e Ônus Reais”, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;

MILLER, Rui Vieira, “A Propriedade Horizontal no Código Civil”, 3.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 1998;

MONTEIRO, António Pinto

- “Do Direito do Consumo ao Código do consumidor”, *in* Estudos de Direito de consumidor, n.º 1, 1999, pp. 201 a 214;
- “Breve Nótula sobre a Proteção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional”, *in* Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado, 2007, pp. 293 a 304;

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, “O Conceito de Consumidor: Perspetivas Nacional e Comunitária”, Almedina, Coimbra, 2009;

PARDAL, Francisco Rodrigues / FONSECA, Manuel Baptista Dias da, “Da Propriedade Horizontal: no Código Civil e Legislação Complementar”, 6.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

PASSINHAS, Sandra, “A Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal”, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002;

PINTO, Alexandre Mota, “Venda de Bens de Consumo e Garantias: o Direito Vivido nos Tribunais”, *in* I Congresso de Direito do Consumo, 2016, pp. 189 a 209;

- PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, 2.^a reimpressão da 4.^a edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- PINTO, Paulo Mota, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português”, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, 2000, pp. 197 a 331;
- PITÃO, José António França/ PITÃO, Gustavo França, “Condomínio e Propriedade Horizontal”, Quid Juris, Lisboa, 2019;
- RAMOS, Miguel Vieira, “Psicologia e Direito do Consumo: a Protecção do Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas Comerciais”, 2018, disponível *in* https://run.unl.pt/bitstream/10362/42980/1/Ramos_2018.pdf, consult. a 15-06-2019;
- RODRIGUES, José Cunha, “As Novas Fronteiras dos Problemas de Consumo”, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pp. 45 a 67;
- SEIA, Jorge Alberto Aragão, “Propriedade Horizontal: Condóminos e Condomínios”, 2.^a edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2002;
- SILVA, João Calvão da
- “Compra e venda de coisas defeituosas – conformidade e segurança”, Almedina, Coimbra, 2001;
 - “Venda de Bens de Consumo”, 4.^a edição revista, aumentada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2010;
- SIMÕES, Fernando Dias, “O Conceito de Consumidor no Direito Português”, *in* JusNet, n.º 118, 2012, pp. 1 a 19;
- SOUSA, Miguel Teixeira de
- “Estudos sobre o Novo Processo Civil”, 2.^a edição, Lex, Lisboa, 1997;
 - “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *in* Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Braga, 2013, pp. 10 a 14;
- TEIXEIRA, Micael Martins, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, *in* I Congresso de Direito do Consumo, 2016, pp. 139 a 158;
- TELES, Joana Galvão/ CARVALHO, Jorge Morais/ FÉLIX, Pedro/ CRUZ, Sofia, “Venda de Bens de Consumo: Garantia das Peças Inseridas num Bem no Âmbito da sua Reparação”, *in* Conflitos de Consumo, 2006, pp. 225 a 244;
- VARELA, João de Matos Antunes, “Direito do Consumo”, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pp. 391 a 405;
- VICENTE, Dário Moura, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”, *in* Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 121 a 144.

Pareceres, conteúdos jornalísticos e multimédia

Parecer n.º 30/VI, publicado nas Atas da Câmara Corporativa, n.º 56, de 3 de setembro de 1955

Podcast “JUR CAST”, do “JUR.NAL”, pertencente à Associação de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, intervenção do Prof. Doutor Pedro Caetano Nunes, disponível in <https://www.youtube.com/watch?v=ASfhMDeabD4&feature=share>, consult. a 15-06-2019 (min. 19-21).

Diário de Notícias, versão online, publicado a 21-04-2019, disponível in <https://www.dn.pt/lusa/interior/condominios-desvalorizam-impacto-muito-pontual-das-novas-regras-do-alojamento-local-10819023.html>, consult. a 15-06-2019

Jornal Destak, Edição 3340, 22-04-2019, p. 5

Discurso de John F. Kennedy, proferido a 15 de março de 1962, disponível in http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html, consult. a 15-06-2019

Jurisprudência Do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 14 de março de 1991, Processo C-361/89, Acórdão Di Pinto <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96956&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1501669>

Acórdão de 3 de julho de 1997, Processo C-269/95, Acórdão Benincasa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=43682&doclang=PT&mode=&part=1>

Acórdão de 20 de janeiro de 2005, Processo C-464/01, Ac. Gruber <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49857&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8392663>

Acórdão de 20 de janeiro de 2005, Processo C-27/02, Ac. Engler <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49850&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8393946>

Acórdão de 14 de março de 2013, Processo C-419/11, Acórdão *Česká spořitelna, a.s.* <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135027&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7295523>

Acórdão de 04 de junho de 2015, Processo C-497/13, Acórdão Faber <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164727&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7295303>

Acórdão de 03 de setembro de 2015, Processo C-110/14, Acórdão Costea <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3E8F464F392169FC>

A74 0EB365BB2458C?text=&docid=166821&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1072940

Acórdão de 25 de janeiro de 2018, Processo C-498/16, Acórdão Schrems <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198764&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=687472>

Do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 06 de fevereiro de 2007, Revista n.º 4525/06 (Moreira Camilo) <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/sumarios-civel-2007.pdf>

Acórdão de 04 de outubro de 2007, Processo n.º 07B1875 (Santos Bernardino) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0da0dd134ed470d38025736e0041d36a?OpenDocument>

Acórdão de 08 de setembro de 2009, Processo n.º 399/04.0TVLSB.S1 (Fonseca Ramos) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/BC68E080BD17F5668025762B004FCB90>

Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Processo n.º 9065/12.1TCLRS.L1.S1 (Tavares de Paiva) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ccac6c0c266cb61f680257f41005052e5?OpenDocument>

Acórdão de 08 de março de 2016, Processo n.º 1786/12.5TVLSB.L1.S1 (Hélder Roque) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/185D210DDF59367F80257F710034D29C>

Acórdão de 31 de maio de 2016, Processo n.º 721/12.5TCFUN.L1.S1 (Maria Clara Sottomayor)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/BFAEA47B2F1146B780257FC4004A1EAD>

Acórdão de 22 de fevereiro de 2017, Processo n.º 2064/10.0TVLSB.L1.S1 (Tomé Gomes) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b8fb0b9f681e4403802580cf005c6d60?OpenDocument>

Acórdão de 12 de outubro de 2017, Processo n.º 1989/09.0TVPRT.P2.S1 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dc5eaf22296ef197802581b8002ef3df?OpenDocument>

Do Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Processo n.º 2441/04 (Cardoso de Albuquerque) <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/899f9c9e394cf5cb80256fb0003d6de5?OpenDocument>

Acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 2219/08.7TJCBR.C1 (Fonte Ramos) <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c1da536991c5b6cd80257d250034abb6?OpenDocument>

Acórdão de 27 de janeiro de 2015, Processo n.º 586/11.4TBACB-A.Cl (Isabel Silva) <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/bd2210872cc8ed3180257de20038248e?OpenDocument>

Acórdão de 7 abril de 2016, Processo n.º 421/13.9TBOHP.Cl (Sílvia Pires) <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bb0d6ccabf1a3ac280257f96003871e4?OpenDocument>

Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Processo n.º 1638/11.6TBACB.Cl (Maria Domingas Simões) <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/91b786fc06a451808025809f004ed5e6?OpenDocument>

Do Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 17 de janeiro de 2008, Processo n.º 2093/07-2 (Manuel Marques) <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b46d0f5ac8810e7080257de100574c92?OpenDocument>

Acórdão de 17 de março de 2010, Processo n.º 2768/08.7TBPTM.El (Tavares de Paiva) <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/33989dfa06c5a7ef80257de10056f505?OpenDocument>

Acórdão de 21 de fevereiro de 2013, Processo n.º 586/08.ITBSTC.El (Maria Alexandra Moura Santos) <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1111c75f96595b5980257de10056fb36?OpenDocument>

Do Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 14 de abril de 2016, Processo n.º 432/10.6TBCHV.G1 (Maria Purificação Carvalho) <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/51a13ca2911e513480257fc400555eb7?OpenDocument>

Acórdão de 12 de julho de 2016, Processo n.º 59/12.8TBPCR.G1 (Jorge Seabra) <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3850851fc82369898025806e00529a8e?OpenDocument>

Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Processo n.º 3849/15.6TBVCT.G1 (Carvalho Guerra) <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3de24c60fcc754d3802580a40050d90b?OpenDocument>

Acórdão de 7 de dezembro de 2017, Processo n.º 1193/15.8T8VCT.G1 (Maria Purificação Carvalho) <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/eb9a56f8114216e180258224003333a5?OpenDocument>

Acórdão de 12 de fevereiro de 2019, Processo n.º 995/16.2T8BGC.G2 (Alcides Rodrigues) <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d9fd692a856a2963802583bb00425dab?OpenDocument>

Do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 5 de junho de 2008, Processo n.º 10841/2007-7 (Arnaldo Silva), <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/37c9e44e18315d74802574d00054190b?OpenDocument>

Acórdão 12 de outubro de 2010, Processo n.º 2691/04.4TBALM.L1-7 (Luís Espírito Santo) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/970263378dffa10f802577c900428249?OpenDocument>

Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 1260/10.4TBMTA.L1-1 (Manuel Marques) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fbf2fd2f0e5d391480257974004bc433?OpenDocument>

Acórdão de 18 de abril de 2013, Processo n.º 3965/08.0TMSNT.L1-8 (Maria Amélia Ameixoeira) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/32e9059a7e190d4e80257b71004d20a2?OpenDocument>

Acórdão de 11 de março de 2014, Processo n.º 470/07.6TVLSB.L1-7 (Graça Amaral) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/901f38803de9117980257cca00326cff?OpenDocument>

Acórdão de 19 de junho de 2014, Processo n.º 7002/11.0TBOER.L1-8 (Isoleta Almeida Costa) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/064502711313eb1580257d8f003d183b?OpenDocument>

Acórdão de 17 de janeiro de 2017, Processo n.º 826/07.4TCFUN.L1-1 (Rijo Ferreira) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6960121a36a1d088802580bf00566261?OpenDocument>

Acórdão de 22 de maio de 2018, processo n.º 13213/15.1T8LSB.L2-1 (Isabel Fonseca) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/6212DB29DFD4CF73802582CF003A270A>

Do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 8 de março de 2005, Processo n.º 0520163 (Mário Cruz) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6a69cbcdcb99aa2880256fd400460eab?OpenDocument>

Acórdão de 25 de outubro de 2005, Processo n.º 0524747 (Alberto Sobrinho) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f219c959cf3a63cf802570ba003f914d?OpenDocument>

- Acórdão 26 de junho de 2006, Processo n.º 0652865 (Pinto Ferreira) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2b11c542a6617f51802571a8004e17b1?OpenDocument>
- Acórdão de 26 de junho de 2008, Processo n.º 0831242 (Ana Paula Lobo) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/183fb705ead073fe802574b9004c0b21?OpenDocument>
- Acórdão de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ce7cfd89c941f62802574da0053e534?OpenDocument>
- Acórdão de 11 de maio de 2010, Processo 2644/08.3TBVLG-A.P1 (Ana Lucinda Cabral) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ealc61802568d9005cd5bb/736a42752f96351780257753005710e8?OpenDocument>
- Acórdão de 9 de dezembro de 2010, Processo n.º 4450/07.3TBPRD.P1 (Deolinda Varão) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/68fa0b7ade70cd39802578100040e716?OpenDocument>
- Acórdão de 13 de julho de 2011, Processo n.º 345/10.1TBESP.P1 (Soares de Oliveira) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b1e963a25758d19b802578d8003ca5a7?OpenDocument>
- Acórdão de 8 de maio de 2014, Processo n.º 298/11.9TBPFR.P1 (Leonel Seródio) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/12f324b40fc2ac7b80257cdf002e7aab?OpenDocument>
- Acórdão de 10 de novembro de 2015, Processo n.º 1246/14.0T8MTS.P1 (Rodrigues Pires) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fcf66c889e33dfa280257f2300568c6d?OpenDocument>
- Acórdão de 16 de maio de 2016, Processo n.º 263/13.1T2ILH.P1 (Manuel Domingos Fernandes) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3b38e10e2b11c77780257fc300506f76?OpenDocument>
- Acórdão de 12 de outubro de 2017, Processo n.º 392/13.1TVPRP.P1 (Judite Pires) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a16766e8dae2008e802581c4004c55c6?OpenDocument>
- Acórdão de 8 de janeiro de 2018, Processo n.º 1676/16.2T8OAZ.P1 (Miguel Baldaia de Moraes) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9e144d0b1845b36e8025821f004f9adc?OpenDocument>
- Acórdão de 27 de setembro de 2018, Processo n.º 9970/17.9T8PRT-B.P1 (Leonel Seródio) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dd8ef34c9fa49d028025832f003599b1?OpenDocument>

Do Julgado de Paz de Lisboa

Sentença de 28 de março de 2006, Processo n.º 91/2006 (Maria de Ascensão Arriaga)
<http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/48c17ce992b077078025740f00431d50?OpenDocument>

Do Julgado de Paz de Sintra

Sentença de 25 de setembro de 2008, Processo n.º 241/2008 (Sofia Campos Coelho)
<http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4560d0b25b4a7ab2802575fa003059e6?OpenDocument>

Do Julgado de Paz de Tarouca

Sentença de 31 de Outubro de 2008, Processo n.º 96/2008 (Daniela Santos Costa)
<http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c64a4644073efcba802575b0003d5b06?OpenDocument>.

Psicologia e Direito do Consumo: a Proteção do Consumidor face aos Efeitos das Modernas Práticas Comerciais* **

MIGUEL VIEIRA RAMOS

Sumário: I. Introdução. II. Considerações Gerais – *a Market Manipulation*. III. *Racionalidade limitada*. 1. Considerações Introdutórias – *A Sobrecarga de Informação*. 2. Atenção Seletiva – voluntária e involuntária: conceito de *saliência*. 3. *Heurísticas*. 3.1. *Heuristics and biases* – *Disponibilidade, Representatividade, Ancoragem e Ajustamento*. 3.2. ROBERT B.

* Nota do autor: O presente texto corresponde a uma versão corrigida, atualizada (até à data de 18/12/2019) e ampliada da Dissertação de Mestrado realizada no âmbito do Curso de Mestrado, na Menção de Ciências Jurídico-Forenses, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, cuja discussão pública teve lugar no dia 14 de junho de 2018, perante o Júri constituído pelos Senhores Professores Doutores Carlos Ferreira de Almeida, Jorge Morais Carvalho e Pedro Caetano Nunes, a quem muito agradeço todas as sugestões e críticas apresentadas ao trabalho.

** Nota de agradecimento: Em primeiro lugar, gostaria de expressar o meu profundo reconhecimento ao Senhor Professor Jorge Morais Carvalho, cujo contributo foi essencial para a realização deste trabalho. Muito agradeço o enorme estímulo e motivação desde o primeiro momento, a presença e disponibilidade constantes para o esclarecimento de dúvidas, as preciosas sugestões e críticas e, em especial, todo o seu apoio e simpatia. Gostaria também de endereçar uma palavra de agradecimento à Senhora Dra. Patrícia Filipe Luz, à Senhora Dra. Catarina Rosário, ao Senhor João Cabral e ao Senhor Carlos Artur, colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, bem como a toda a equipa da Biblioteca Municipal de Albufeira pela simpatia, disponibilidade e profissionalismo em todas as informações, sugestões e ajudas que me prestaram. Muito agradeço também à Senhora Dra. Maria Miguel Oliveira Silva, Assessora do NOVA Consumer Lab, pelo laborioso trabalho de revisão do presente texto e por todas as correções e sugestões apresentadas. Um agradecimento muito especial a todos os meus amigos, cuja presença e apoio constantes foram imprescindíveis para a realização deste trabalho, em especial ao João Pedro Homem, ao Pedro Sousa e à Sara Carvalho, por todas as sugestões, correções e críticas que fizeram ao texto. Expresso, também, uma palavra de enorme apreço pelo Senhor Cónego Carlos César Chantre por todos os conselhos, apoio e amizade. Por fim, o meu profundo agradecimento a toda a minha família, em especial à minha mãe e à minha avó, pelos princípios que sempre me transmitiram e pela amizade e apoio incessantes.

CIALDINI e as “armas de influência”. 4. *Enviesamentos*. 5. *Teoria da Prospecção*. 5.1. Teorias e *enviesamentos* baseados na *Teoria da Prospecção*. 5.1.1. *Contabilidade mental e Utilidades de Aquisição e Transação*. 5.1.2. *Enviesamento status quo*. 5.1.3. *Efeito de dotação*. 5.1.4. *Efeito de enquadramento*. 5.1.5. *Efeitos contextuais (efeito de atração e efeito de compromisso)*. 6. *Processos mentais inconscientes (o efeito de impulsão)*. 7. *Fatores viscerais*. IV. *Força de vontade limitada (o depauperamento do ego)*. V. *Condicionantes*. 1. *Diferenças individuais e fatores situacionais*. 2. *Novas tecnologias*. 2.1. *Digital Market Manipulation*. 2.2. *Consumer Neuroscience e Neuromarketing*. VI. *Mecanismos de proteção do consumidor*. 1. *Considerações Gerais*. 2. *Soluções voluntárias – Mecanismos resultantes dos mercados*. 3. *Soluções legais*. 3.1. *Fornecimento de informação ao consumidor*. 3.1.1. *Panorama geral*. 3.1.2. *Propostas de solução*. 3.1.3. *Novas soluções em matéria de prestação de informação ao consumidor no âmbito da UE*. 3.1.3.1. *O Regulamento (UE) 2018/1724 e a Plataforma Digital Única*. 3.1.3.2. *“Um Novo Acordo para os Consumidores” – medidas ligadas à prestação de informação*. 3.1.3.2.1. *“Um Novo Acordo para os Consumidores” – medidas ligadas à prestação de informação*. 3.1.4. *Casos de aplicação prática do fornecimento de informação ao consumidor à luz dos BI’s*. 3.2. *Educação e formação do consumidor*. 3.3. *Novo paternalismo*. 3.3.1. *Debiasing Through Law*. 3.3.2. *Paternalismo assimétrico*. 3.3.3. *Paternalismo libertário*. 3.4. *Proibições*. 3.4.1. *Considerações Gerais*. 3.4.2. *Práticas Comerciais Desleais*. 3.4.2.1. *Cláusula Geral*. 3.4.2.1.1. *Conceito de Diligência profissional*. 3.4.2.1.2. *Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores*. 3.4.2.1.3. *Consumidor médio*. 3.4.2.1.4. *Consumidores particularmente vulneráveis*. 3.4.2.2. *Práticas comerciais enganosas e agressivas*. 3.4.2.2.1. *Práticas comerciais enganosas – ações enganosas e omissões enganosas*. 3.4.2.2.1.1. *Ações enganosas*. 3.4.2.2.1.2. *Omissões enganosas*. 3.4.2.2.2. *Práticas comerciais agressivas*. 3.4.2.3. *Lista(s) negra(s) de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias*. VII. *Conclusão*.

Resumo: Face aos avanços que se verificaram nas ciências sociais a partir das décadas de 60/70 do século passado, em particular na Psicologia, ficou cientificamente comprovado que o processo de decisão do consumidor padece de determinadas vulnerabilidades cognitivas suscetíveis de serem exploradas por quem domine o seu modo de funcionamento. Tendo por base estes conhecimentos, HANSON e KYSAR, em 1999, desenvolveram a chamada *market manipulation*, teoria segundo a qual muitas das práticas comerciais utilizadas pelos profissionais visam diretamente o aproveitamento daquele tipo de fragilidades. Todavia, embora tenha sido genericamente bem aceite pela comunidade académica, tal tese não logrou em convencer o legislador e os aplicadores do Direito. Segundo parece, este panorama tende a mudar. Muito graças à extensa produção científica que desde aí se tem verificado, em especial no campo da Economia Comportamental (BE), constata-se, hoje em dia, um cada vez maior interesse nos estudos da Psicologia por parte dos legisladores (incluindo o europeu), sendo já diversos os casos de leis e regulações que foram criadas com base nesses conhecimentos, inclusivamente no âmbito do Direito do Consumo. Sucede que, apesar desta progressiva abertura do

legislador europeu aos conhecimentos da Psicologia, tem-se entendido que o consumidor parece ainda estar em larga medida desprotegido face aos efeitos de práticas comerciais que se aproveitem das vulnerabilidades do seu processo de decisão. O propósito deste estudo passa por tentar compreender os reais contornos desta temática e propor e agrupar soluções. Numa primeira parte, é procurado caracterizar o processo de decisão do consumidor, identificando as diversas vulnerabilidades de que padece e as práticas mais comuns que os profissionais utilizam para as explorar. Ainda nessa parte, e numa segunda, é tentada uma análise crítica, à luz dos conhecimentos atuais da Psicologia e dos principais estudos jurídicos que tratam estas matérias, daquelas que podem ser as melhores formas de proteger o consumidor face aos efeitos lesivos desse tipo de expedientes.

Palavras-chave: *Economia Comportamental; Direito do Consumo; Práticas Comerciais; Processo de decisão do consumidor; Proteção do Consumidor; Psicologia.*

Abstract: Recent advances in Psychology have provided scientific evidence that the consumer decision-making process is affected by cognitive vulnerabilities subjected to exploitation by professionals that fully understand its features. HANSON and KYSAR'S (1999) *market manipulation* theory argues that most of the commercial practices used by traders are directly intended to exploit said weaknesses; despite general acceptance by the academic community, *market manipulation* theory failed to persuade both legislators and law enforcers. However, up-to-date extensive research in Psychology and *Behavioural Economics* has led to an increased interest in Psychological studies among legislators – including the European legislator – reflected by the creation of new laws and regulations based on this knowledge, also in the field of Consumer Law. Despite the progressive openness to psychological evidence by the European legislator, it has been understood that consumers still seem to be highly unprotected against the effects of commercial practices designed to exploit the vulnerabilities of decision-making processes. The purpose of this study is to understand the real outlines of consumer's decision-making manipulation by traders as well as proposing and grouping solutions. In the first part, we sought to characterize the consumer decision-making process, identifying its various weaknesses and the most common commercial practices used by traders to exploit them. Still in that same part and in a second part, we aimed to carry out a critical analysis in the light of present-day Psychology research and major legal studies to determine which may be the most effective ways to protect the consumer against the injurious effects of such practices.

Keywords: *Behavioural Economics; Behavioural Insights; Consumer Law; Commercial Practices; Consumer Decision-making Process; Consumer Protection; Psychology.*

Lista de Siglas e Abreviaturas

| | |
|---------------------|---|
| Ac. | Acórdão |
| Ac. ^{os} | Acórdãos |
| art. ^o | artigo |
| art. ^{os} | artigos |
| <i>BE</i> | <i>Behavioural Economics</i> |
| BERR | Department for Business Enterprise & Regulatory Reform |
| BEUC | <i>The European Consumer Organization/Bureau Européen des Unions de Consommateurs</i> |
| <i>BLE</i> | <i>Behavioural Law and Economics</i> |
| <i>BI's</i> | <i>Behavioural Insights</i> |
| <i>B2C</i> | <i>Business to Consumer</i> |
| CC | Código Civil |
| CCE | Comissão das Comunidades Europeias |
| CCG | Cláusulas Contratuais Gerais |
| CCI | Câmara de Comércio Internacional |
| CDFUE | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia |
| CE | Comissão Europeia |
| CEDH | Convenção Europeia dos Direitos do Homem |
| Cf. | Confrontar |
| Cons. | Considerando |
| Cons. ^{os} | Considerandos |
| CPub | Código da Publicidade |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| CPI | Código da Propriedade Industrial |
| DDC | Diretiva Direitos dos Consumidores |
| DL | Decreto-Lei |
| DGC | Direção-Geral da Comunicação |
| DPCD | Diretiva Práticas Comerciais Desleais |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos Humanos |
| EC | European Commission |
| E.M. | Estado Membro |
| E.M.'s | Estados Membros |
| <i>Et al</i> | E outros |
| Etc. | <i>Et cetera</i> |
| ESOMAR | <i>European Society for Opinion and Marketing Research</i> |

| | |
|---------------------|--|
| EUA | Estados Unidos da América |
| FTC | Federal Trade Commission |
| GPAN IP | Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial |
| IA | Inteligência Artificial |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> |
| ICC | <i>International Chamber of Commerce</i> |
| <i>Id.</i> | <i>Idem</i> |
| IVA | Imposto sobre o Valor Acrescentado |
| LDC | Lei de Defesa do Consumidor |
| n. | nota |
| n. ^{as} | notas |
| n. ^o | número |
| NMSBA | Neuromarketing Science & Business Association |
| OCDE | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| OFT | Office of Fair Trading |
| p. | página |
| Par. | parágrafo |
| Par. ^{os} | parágrafos |
| <i>PCD</i> | <i>prática comercial desleal</i> |
| <i>PCD's</i> | <i>práticas comerciais desleais</i> |
| PE | Parlamento Europeu |
| p. ex. | por exemplo |
| pp. | páginas |
| Proc. | Processo |
| Proc. ^{os} | Processos |
| RGPD | Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados |
| ss. | seguintes |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TPI | Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias |
| TUE | Tratado da União Europeia |
| UE | União Europeia |

I. Introdução

O estudo que nos propomos empreender no presente trabalho e que constitui a nossa dissertação de Mestrado, versa sobre a temática das relações entre o Direito do Consumo e a Psicologia, em particular no que se refere à proteção do consumidor face aos efeitos das práticas comerciais que se baseiem nos conhecimentos desta disciplina científica.

Mais especificamente, numa primeira parte, procuraremos analisar, com a profundidade possível, os traços que caracterizam o processo de decisão do consumidor, em especial, aqueles que são considerados pela Psicologia as suas principais vulnerabilidades, bem como as formas pelas quais estes poderão ser explorados por profissionais que dominem o seu modo de funcionamento. Simultaneamente, tentaremos aferir se, e de que modo, é que o Direito do Consumo vigente reage a esse tipo de abordagens. Por fim, faremos uma referência a determinadas condicionantes que podem agravar o problema em estudo – as diferenças individuais, os riscos dos sistemas de recolha e processamento de dados (*Digital Market Manipulation*) e o uso das Neurociências.

Numa segunda parte, tentaremos analisar a atual importância dos conhecimentos da Psicologia na regulação no âmbito da UE para, em seguida, estudarmos aquelas que são consideradas, pela Psicologia e pela doutrina especializada, as abordagens que, tendo por base esses conhecimentos, melhor podem proteger o consumidor contra os efeitos das práticas comerciais que neles se sustentem. Nesta parte, procuraremos igualmente identificar as principais fragilidades de cada tipo de regulação.

II. Considerações Gerais – a *Market Manipulation*

Desde a Antiga Grécia que se sabe que o processo de decisão do ser humano padece de vulnerabilidades que podem ser exploradas por quem domine o seu modo de funcionamento.

Com os avanços científicos e tecnológicos que se verificaram nas últimas décadas, cada vez mais existe o receio da possibilidade de manipulação dos interesses do consumidor por meio de técnicas e esquemas

sub-reptícios desenvolvidos por profissionais altamente apetrechados de conhecimentos e tecnologias¹.

No âmbito do Direito, esta preocupação não é recente, tendo surgido com a regulação da publicidade e, em particular, com a proibição da publicidade subliminar². Todavia, no que se refere à regulação de práticas desenvolvidas com base na Psicologia, apenas em 1999, com o desenvolvimento da teoria da *market manipulation*, de HANSON e KYSAR³, é que a comunidade jurídica se apercebeu dos verdadeiros contornos da questão e da pertinência da chamada de atenção de PACKARD⁴, ocorrida cerca de quatro décadas antes.

Sucede que, embora tenha sido muito bem acolhida no meio acadêmico, a *market manipulation* não logrou convencer os legisladores e aplicadores do Direito (nos EUA)⁵.

Nos últimos tempos, em resultado dos referidos avanços científicos, tem-se verificado, no âmbito do Direito do Consumo, um aumento da importância da Psicologia para a criação de regulações para a defesa dos interesses do consumidor⁶, o qual se agudiza no caso da regulação das práticas comerciais, dado serem cada vez mais desenvolvidas com base nesses conhecimentos.

Nas próximas linhas, procuraremos estudar as principais vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor identificadas pela Psicologia⁷, as mais importantes práticas comerciais que se lhes dirigem e as eventuais reações do Direito do Consumo a estas últimas.

¹ Cf. BUBLITZ e MERKEL, “*Crimes against minds...*”, 2014, pp. 51 e ss.

² Cf., *infra*, III., 6.

³ A *market manipulation* consiste na tese de HANSON e KYSAR, segundo a qual, muitas das práticas comerciais que os profissionais utilizam são criadas tendo por base os conhecimentos da Psicologia, com o intuito de explorar as vulnerabilidades cognitivas do consumidor – HANSON e KYSAR, “*Taking Behavioralism Seriously: The Problem...*”, 1999, pp. 103 e ss.; HANSON e KYSAR, “*Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...*”, 1999, pp. 1420 e ss.

⁴ PACKARD, *The Hidden Persuaders*, 1957, 1980, pp. 31 e ss.

⁵ CALO, “*Digital Market Manipulation*”, 2014, p. 1002.

⁶ Segundo SIBONY, a Psicologia deverá estar para o Direito do Consumo assim como a Economia está para o Direito da Concorrência. SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, pp. 931-932.

⁷ Estas serão divididas em dois grupos – as vulnerabilidades ligadas à *racionalidade limitada* e as vulnerabilidades associadas à *força de vontade limitada*. Todas elas têm por base

III. Racionalidade Limitada

1. Considerações Introdutórias – A Sobrecarga de Informação

Durante muito tempo, a conceção dominante de consumidor, inspirada nas teorias económicas neoclássicas e desenvolvida com a *Rational Choice Theory* e suas derivações⁸, teve por base a figura do *Homo Economicus*, caracterizado como um ser perfeitamente racional e informado, dotado de preferências estáveis e cujo único propósito seria a maximização da sua satisfação económica⁹.

A partir dos anos 50/60 do século passado, face aos avanços das ciências sociais, alguns economistas começam a rever esta posição¹⁰. Dentro destas novas propostas, as ideias de H. SIMON, pela sua importância e carácter inovador, vão assumir particular destaque. Influenciado, segundo consta¹¹, pelo matemático G. POLYA, SIMON irá sustentar, através de uma perspectiva mais realista das capacidades cognitivas humanas, que, contrariamente àquilo que até aí se pensara, a racionalidade do ser humano não é perfeita, mas sim *limitada* (*bounded rationality*). Tal fenómeno explicar-se-ia pelo facto de, em virtude da enorme complexidade dos ambientes¹², da escassez de tempo e das suas limitações cognitivas e informacionais, o ser humano se ver impossibilitado, na maior parte das situações, de basear as suas escolhas na totalidade da informação disponível sobre a matéria. Nesses casos, a mente humana, enquanto sistema inteligente, encontra-se cognitivamente programada para, de forma automática e adaptativa, fazer face às suas limitações através do recurso a *atalhos mentais* que lhe permitem, em cada contexto, tomar a melhor decisão possível com os dados que tem ao seu dispor¹³.

as chamadas *Dual-Process Theories*, as quais se baseiam no facto de a mente humana ser composta por dois Sistemas complementares – Sistema 1 e Sistema 2, também designados por *inconsciente* e *consciência*. Cf. EVANS, “*Dual-processing Accounts...*”, 2008.

⁸ Cf. KOROBKIN e ULEN, “*Law and Behavioral Science...*”, 2000, pp. 1060 e ss.

⁹ JOLLS, SUNSTEIN e THALER, “*A Behavioral Approach...*”, 1998, p. 1476.

¹⁰ MCFADDEN, “*Economic Choices*”, 2001, p. 353.

¹¹ GIGERENZER, “*Why Heuristics Work*”, 2008, p. 20.

¹² SIMON, “*Rational Choice...*”, 1956, pp. 129-138.

¹³ SIMON, “*A Behavioral Model...*”, 1955, p. 101.

Os desenvolvimentos no campo da Psicologia viriam a confirmar as ideias de SIMON. De facto, hoje em dia é sabido que as capacidades da *memória de curto prazo*¹⁴ são limitadas¹⁵. Em cada momento, o ser humano consegue processar conscientemente apenas cerca de 50 *bits* dos 11 milhões de *bits* de informação captados pelos seus sentidos¹⁶ (o que equivale a cerca de 5 a 9 itens¹⁷). Por conseguinte, é muito fácil que ocorra um fenómeno denominado de *sobrecarga de informação*, o qual se traduz na incapacidade de o ser humano processar conscientemente a totalidade da informação sobre determinada matéria, o que, face às naturais limitações de tempo, o pode levar a *bloquear*, ou a decidir mal. Assim, conforme refere SIMON, com vista a tentar reduzir os inconvenientes deste fenómeno, a mente humana mune-se de diversas ferramentas – os *atalhos mentais*.

Em seguida, debruçar-nos-emos sobre dois dos *atalhos* mais importantes – os aspetos ligados ao modo de funcionamento da nossa atenção e as *heurísticas*.

2. Atenção seletiva – voluntária e involuntária: o conceito de *saliência*

A atenção humana caracteriza-se por ser seletiva, isto é, por, em cada momento, se focar apenas nos estímulos mais relevantes e ignorar os restantes¹⁸. Este traço visa evitar que o consumidor se encontre constantemente *sobrecarregado de informação*¹⁹ e constitui uma importante ferramenta para o seu processo de decisão, uma vez que o guia para os elementos mais importantes.

A maior ou menor relevância de cada estímulo depende da sua “*saliência*”, isto é, da capacidade em atrair a atenção do consumidor. Segundo as modernas concepções da Psicologia, a atenção humana pode focar-se

¹⁴ A *memória de curto prazo*, ou *memória de trabalho*, refere-se ao “*sistema cerebral responsável pelas tarefas temporárias de armazenamento e manipulação da informação necessária ao desempenho de tarefas cognitivas complicadas, como é o caso da compreensão da linguagem, da aprendizagem e do raciocínio*”. Cf. BADDELEY, “*Working Memory*”, 1992, p. 556 (tradução nossa).

¹⁵ KARDES, CRONLEY e KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 72.

¹⁶ T. D. WILSON, *Strangers to Ourselves*, 2002, p. 24.

¹⁷ Cf. MILLER, “*The Magical Number Seven...*”, 1955, p. 348.

¹⁸ KARDES, CRONLEY e KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 64.

¹⁹ *Id.*, *Ibid.*

quer em estímulos voluntários, quer em estímulos involuntários²⁰. O primeiro tipo refere-se aos estímulos que têm maior importância para o consumidor, aos quais ele dirige a sua atenção de modo direto e voluntário – p. ex., a música que aprecia ou a informação acerca das características de um produto caro que pretenda adquirir²¹⁻²². O segundo tipo consiste nos estímulos que, pelos seus traços, conseguem captar a atenção do consumidor de forma involuntária²³, fenómeno este que pode ter origem em diversos fatores, os quais têm em comum o facto de tornarem o estímulo contrastante²⁴ com o ambiente que o rodeia. São eles, a novidade ou originalidade do estímulo²⁵; a sua intensidade e vividez – dado o seu tamanho, cor, odor, textura, etc.²⁶; a complexidade e o carácter intelectualmente desafiante do estímulo²⁷; a sua proximidade temporal, espacial ou sensorial²⁸; e a ligação emocional do consumidor ao estímulo (se este está ligado aos seus interesses e objetivos)²⁹.

Uma vez que os consumidores tendem a fundar as suas decisões nos estímulos voluntários e involuntários *salientes*, são várias as técnicas a que os profissionais recorrem que têm por base estas ideias.

É o que se verifica na utilização de expedientes para destacar determinada parcela de informação – cores, tamanhos e tipos de letra, uso de ilustrações, caixas de destaque, ícones –, p. ex., em anúncios publicitários, folhetos e brochuras. Também é muito frequente o recurso à “*sugestão do*

²⁰ *Id.*, pp. 74-79.

²¹ *Id.*, *Ibid.*

²² Neste caso, assume particular relevo a figura do *envolvimento do consumidor*, que se refere à importância do produto, anúncio, situação, etc., para o consumidor, e tende a ser maior em produtos caros ou que envolvam maior risco ou complexidade. Segundo o *Elaboration Likelihood Model*, o consumidor em situações de grande *envolvimento* debruça-se muito atentamente sobre a informação relevante. Nas situações de pouco *envolvimento*, tende a não se esforçar e a focar-se apenas em aspetos *salientes*, como a estética da embalagem, cf. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 61 e ss., 358-359.

²³ KARDES, CRONLEY e KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, pp. 74 e ss.

²⁴ SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, p. 213.

²⁵ KARDES, CRONLEY e KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 75.

²⁶ *Id.*, pp. 75-76.

²⁷ *Id.*, pp. 76-77.

²⁸ *Id.*, p. 79.

²⁹ *Id.*, p. 77.

chefe”, às “*especialidades da casa*” ou a determinadas expressões que têm em vista melhorar a caracterização dos produtos³⁰.

Todavia, a exploração da *saliência* não se fica por aqui – existe outro tipo de técnicas, mais obscuro e questionável, que também é muito empregue pelos profissionais.

Referimo-nos, em primeiro lugar, à utilização da técnica oposta, isto é, à criação de dificuldades ao consumidor, como a adoção de tipos de letra muito pequenos, linguagem demasiado técnica e/ou confusa, e/ou descrições muito longas³¹, com o objetivo de desencorajá-lo de se informar e de fazer comparações entre produtos, lojas, condições contratuais, etc.³²⁻³³, ou com vista a tornar certo aspeto ou informação mais, ou menos, *saliente*³⁴.

Em segundo lugar, um outro tipo de técnicas traduz-se no aproveitamento de a escolha da localização de informações e produtos ter um papel determinante na “*saliência*” destes. Tal ocorre nos espaços comerciais, em que determinadas localizações captam mais facilmente a atenção do consumidor (designadamente, as prateleiras ao nível dos olhos, para os adultos, ou outros locais de maior visibilidade)³⁵, mas é também muito

³⁰ P. ex., expressões como “*caseiro*” ou “*suculento*”. Cf. WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, p. 140.

³¹ Estas técnicas podem consubstanciar *PCD*'s, nos termos do art.º 9.º, n.º 1, c), e n.º 2, do DL 57/2008.

³² Cf. VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, pp. 1345-1346.

³³ Este tipo de expedientes é muito utilizado nas *Dark Patterns*, termo cunhado por Harry Brignull para se referir a estratégias desenhadas com base na Psicologia com o intuito de levar o consumidor a agir de certo modo. É o caso da *easy in/difficult out*, que consiste em tornar muito fácil a aquisição de produtos ou serviços, mas muito difícil o exercício de direitos ou a revogação ou oposição à renovação do contrato. Cf. darkpatterns.org. Esta técnica pode consubstanciar uma *PCD agressiva*, nos termos do art.º 11.º, n.º 2, d), do DL 57/2008. No caso de falta do endereço ou contacto do profissional, cf. o art.º 9.º, n.ºs 1, 3 e 4, e o art.º 10.º, b), do DL 57/2008, bem como os art.ºs 4.º, a) e b), do DL 24/2014 e 10.º do DL 7/2004.

³⁴ Foi o que se verificou no caso do Ac. do TJ *Canal Digital Danmark*, em que o profissional recorreu à utilização de tipos de letra mais pequenos e à localização da informação com vista a que certos aspetos da mesma passassem despercebidos. O TJ apontou para a possibilidade de estarmos perante *PCD's enganosas*, uma vez provada a *distorção substancial* do comportamento económico do *consumidor médio*. Cf. Ac. *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14.

³⁵ Cf. HANSON e KY SAR, “*Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...*”, 1999, p. 1448.

utilizado no *design* de menus, catálogos e folhetos publicitários, em que se sabe que os itens mais caros devem ser colocados no início desse tipo de documentos (ou no início de cada secção) e os produtos menos lucrativos ou de mais fraca qualidade devem ser situados nos cantos inferiores das páginas esquerdas, para onde os consumidores menos olham³⁶. Também é frequente o recurso a *âncoras*³⁷ e itens com preços elevados estrategicamente colocados com vista a que outros itens pareçam mais atrativos (*efeito de atração*)³⁸⁻³⁹. Por fim, é também comum a colocação de produtos que não se encontrem em promoção em locais *salientes*, como *ilhas*, juntamente com produtos idênticos (mesmo tipo e marca) que estejam em promoção⁴⁰.

Em terceiro lugar, um dos casos mais analisados refere-se ao aproveitamento do carácter *saliente*, ou não, dos termos contratuais, em que, face à circunstância de os consumidores tenderem a focar-se apenas nos termos que são *salientes* para si (a fim de evitarem a *sobrecarga de informação*) – ligados, designadamente, ao preço, aparência e funcionalidades do produto –, existir o risco de os profissionais estabelecerem esse tipo de termos de modo favorável para os consumidores e os restantes de forma não vantajosa (p. ex., incluir taxas ou penalizações)⁴¹⁻⁴².

Em quarto lugar, de acordo com HAMILTON e CHERNEV⁴³, a mesma ideia verifica-se também com os produtos. Face à complexidade dos estabelecimentos de venda a retalho hoje em dia, com milhares de bens em montra e alterações de preços frequentes⁴⁴, ao consumidor é apenas possível ter uma ideia dos preços de alguns dos produtos que adquire com

³⁶ WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, pp. 138-139.

³⁷ Cf., *infra*, III, 3.1.

³⁸ WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, pp. 138-139.

³⁹ Sobre o *efeito de atração*, cf., *infra*, III, 5.1.5.

⁴⁰ Esta prática deverá ser considerada PCD, à luz do art.º 7.º, n.º 1, b) e d), do DL 57/2008.

⁴¹ KOROBKIN, “*Standard Form Contracts...*”, 2003, pp. 1206, 1234 e ss.

⁴² Panfletos ou brochuras enganosas em que apenas são fornecidas algumas informações relativas ao bem ou serviço podem constituir *publicidade enganosa*, nos termos do art.º 11.º, n.º 1, do CPub e ser considerados PCD – art.º 9.º, n.º 1, e 10.º, ou art.º 7.º, todos do DL 57/2008. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 78. Quanto ao carácter *enganoso* das *omissões* de informação, cf., também, o Ac. do TJ *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14.

⁴³ HAMILTON e CHERNEV, “*Low Prices...*”, 2013, p. 4.

⁴⁴ *Id.*, *Ibid.*

maior frequência – os produtos *salientes* –, informação esta que determinará a imagem global da loja para o consumidor no que toca aos preços (“*cara*” ou “*barata*”)⁴⁵. Tendo noção disto, face à evolução dos sistemas de recolha e análise de dados, muitos profissionais adotam a estratégia de estabelecer preços e condições mais favoráveis nesses produtos e utilizar o método inverso nos restantes bens⁴⁶.

Segundo BAR-GILL, esta situação verifica-se igualmente nos casos de produtos que carecem de outros para funcionar – impressoras, escovas de dentes elétricas, dispositivos para lâminas de barbear e alguns aparelhos de limpeza⁴⁷⁻⁴⁸. Basicamente, aqui a tática consiste em oferecer um preço muito baixo para os “*produtos de base*” (*salientes*) e estabelecer um preço elevado para as recargas (*não salientes*), recuperando, dessa forma, o lucro não obtido na venda do primeiro bem⁴⁹.

Por fim, ainda no que toca à exploração da atenção humana, temos os casos de diminuição de embalagens (mantendo o preço inalterado)⁵⁰.

3. *Heurísticas*

O termo “*heurística*” provém do grego, onde tem por significado “*serve para encontrar ou descobrir*”⁵¹, e visa designar determinados *atalhos mentais* a que as espécies animais recorrem⁵², de forma automática, em tomadas de decisão que envolvam incerteza.

Correspondendo a um dos tipos de *atalhos* referidos por SIMON, as *heurísticas* consistem, essencialmente, em regras a que a nossa mente recorre, de forma automática, rápida e intuitiva, para decidir em contextos em

⁴⁵ *Id.*, pp. 3-4.

⁴⁶ *Id.*, p. 4.

⁴⁷ BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 18 e ss.

⁴⁸ No mesmo sentido, VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, p. 1340.

⁴⁹ Segundo BAR-GILL, é uma estratégia semelhante que está em causa nos contratos de hospedagem, em que o preço da prestação principal (locação do quarto) é baixo, mas o custo da prestação de serviços acessórios (serviço de comidas no quarto, etc.) é elevado. Cf. BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 26-29.

⁵⁰ Em Israel, passou a exigir-se que os consumidores sejam informados dos casos em que esta prática se verifique. OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 29.

⁵¹ GIGERENZER e GAISSMAIER, “*Heuristic Decision Making*”, 2011, p. 454.

⁵² GIGERENZER, “*Why Heuristics Work*”, 2008, p. 20.

que não lhe é possível ou conveniente dispor da totalidade da informação sobre a matéria em causa, as quais, tendo origem na evolução das espécies, nas normas sociais apreendidas pela imitação dos outros, pelo ensino e pelas experiências pessoais de como funciona o mundo, permitem que, independentemente das nossas limitações naturais, possamos sobreviver com qualidade nos ambientes extremamente complexos em que habitamos⁵³.

Por motivos de espaço, apresentaremos apenas o estudo das abordagens com maior relevância para a temática que nos propomos desenvolver – o movimento *heuristics and biases* de TVERSKY e KAHNEMAN e as “*armas de influência*” de CIALDINI.

3.1. *Heuristics and biases* – Disponibilidade, Representatividade, Ancoragem e Ajustamento

Impulsionados pela ideia de *racionalidade limitada* defendida por SIMON⁵⁴, os psicólogos israelitas AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN vão tentar descobrir os diversos traços que afastam o ser humano do *Homo Economicus*. Em 1974, num artigo que ficou célebre⁵⁵, TVERSKY e KAHNEMAN conseguem demonstrar cientificamente que, conforme sustentara SIMON, em escolhas que envolvem incerteza, a mente recorre a determinados *atalhos mentais* – as *heurísticas*. Nesse mesmo estudo, são identificados três tipos – a “*disponibilidade*”, a “*representatividade*” e a “*ancoragem e ajustamento*”.

A “*disponibilidade*” refere-se ao facto de as pessoas tenderem a ver um dado resultado como mais provável consoante aquilo que conhecem – p. ex., o caso de A aferir o risco de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade com base nos casos por ele conhecidos⁵⁶.

Por sua vez, a “*representatividade*” assenta no estereótipo – p. ex., a probabilidade de B ser ou não bibliotecário ser aferida com base no seu maior ou menor encaixe no perfil estereotipado⁵⁷.

⁵³ GIGERENZER e GAISSMAIER, “*Heuristic Decision Making*”, 2011, pp. 454 e ss.

⁵⁴ KAHNEMAN, “*A Perspective on Judgement and Choice...*”, 2003, p. 697.

⁵⁵ TVERSKY e KAHNEMAN, “*Judgement under uncertainty...*”, 1974, pp. 1124-1131.

⁵⁶ *Id.*, p. 1127.

⁵⁷ *Id.*, p. 1225.

Finalmente, a “*âncoragem e ajustamento*”⁵⁸ baseia-se na circunstância de uma estimativa poder ser influenciada por um valor inicial (a “*âncora*”), conforme sucederá numa situação de regateio na negociação de um produto, em que o valor inicial pedido por C, vendedor, servirá de *âncora* e influenciará a contraproposta do comprador⁵⁹.

No entanto, nesse mesmo artigo, TVERSKY e KAHNEMAN introduzem o elemento que mais viria a influenciar os movimentos *Behavioural Economics* (BE)⁶⁰ e *Behavioural Law and Economics* (BLE)⁶¹: a ideia segundo a qual as *heurísticas* deverão ser encaradas como uma vulnerabilidade do processo de decisão do ser humano na medida em que, embora normalmente funcionem bem e sejam muito úteis, podem, em certos casos, dar origem a “*erros graves e sistemáticos*”⁶² – os *enviesamentos* (*biases*)⁶³. Como exemplos, o caso de alguém, ao utilizar a “*representatividade*” para apontar que um indivíduo com certas características, numa lista de profissões, será provavelmente bibliotecário, ter apenas em conta as referidas características e não o número de profissionais em cada profissão⁶⁴; o uso da “*disponibilidade*” poder levar a que um indivíduo pense que determinada classe de eventos parece mais numerosa do que aquilo que realmente é (como alguém que presenciou um acidente de automóvel sentir que a probabilidade de acidentes rodoviários aumentou temporariamente)⁶⁵; ou a eventualidade de, na “*âncoragem*”, os ajustamentos que se seguem à proposta inicial ficarem muito próximos do valor inicial⁶⁶.

Ora, estes diversos *enviesamentos* podem ser explorados, de forma *sub-reptícia*, por profissionais que compreendam o modo de funcionamento das três *heurísticas*.

⁵⁸ *Id.*, p. 1128.

⁵⁹ Na medida em que funciona de forma impercetível, embora tremendamente eficaz, a *âncoragem* é, segundo KAHNEMAN, dos “*mais fiáveis e robustos resultados da Psicologia Experimental*”, cujos efeitos se verificam mesmo relativamente a especialistas. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 161 e ss.

⁶⁰ Cf. MULLAINATHAN e THALER, “*Behavioral Economics*”, 2000.

⁶¹ Cf. JOLLS, SUNSTEIN e THALER, “*A Behavioral Approach...*”, 1998.

⁶² TVERSKY e KAHNEMAN, “*Judgement under uncertainty...*”, 1974, p. 1124.

⁶³ *Enviesamentos* são erros de perceção resultantes de processos cognitivos e as suas origens vão para além da utilização de *heurísticas*. Cf., *infra*, III, 4.

⁶⁴ TVERSKY e KAHNEMAN, “*Judgement under uncertainty...*”, 1974, p. 1124.

⁶⁵ *Id.*, p. 1127.

⁶⁶ *Id.*, p. 1128.

Assim, relativamente à *representatividade*, a estratégia passará por tornar *salientes* determinados traços da marca, produto ou estabelecimento que se enquadrem em determinado estereótipo em que o profissional se pretenda inscrever⁶⁷.

No que respeita à *disponibilidade*, o seu aproveitamento deve também passar, por um lado, por tornar *salientes* (ou *não salientes*⁶⁸) através, p. ex., de anúncios publicitários (frequentes), determinado produto, marca, necessidade ou risco, com vista a ficarem mais *disponíveis* na mente dos consumidores. Por outro lado, deve também aferir quais daqueles elementos são já familiares para o consumidor e traçar um plano com base nessa informação.

Por fim, a *ancoragem*, ao ser a mais versátil das três *heurísticas*, pode ser explorada por diversas formas. As estratégias mais comuns tendem a basear-se em preços ou quantidades: assim, são exemplos do primeiro caso a adoção de *preços mínimos recomendados* acompanhados de *práticas de redução de preços* que, ao *ancorarem* o consumidor no primeiro preço, lhe dão a impressão de estar perante um bom negócio⁶⁹; ou a adoção de *âncoras* combinadas com o *efeito de atração*⁷⁰ – isto é, da colocação, em menus ou em locais comerciais, de itens com preços elevados perto de outros com características afins, mas menos dispendiosos, que passam a ser vistos como bons negócios⁷¹. Por fim, temos os chamados *preços-a-canta-gotas*, em que o preço é apresentado sem impostos e taxas (ou que são apresentados como facultativos), que vão acabar por ser cobrados mais tarde⁷².

Como exemplos de *âncoras* de quantidade, temos os casos de *âncoras* que promovem (“*compre 4 por 2 euros*”), limitam (“*limite de 6 por cliente*”)

⁶⁷ P. ex., o caso atrás referido, em que, pela redução dos preços dos produtos mais *salientes*, a loja tende a ser vista como “*low-cost*” para os consumidores – cf., *supra*, III, 2.

⁶⁸ P. ex., tornar os riscos da utilização de determinado produto *não salientes*. Sobre o caso do tabaco, cf. HANSON e KYSAR, “*Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...*”, 1999, pp. 1511-1512.

⁶⁹ VAN BOOM, “*Price Intransparency...*”, 2011, p. 362.

⁷⁰ Sobre o *efeito de atração*, cf., *infra*, III, 5.1.5.

⁷¹ No caso dos menus, cf. WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, p. 138.

⁷² Esta prática pode ser considerada *PCD enganosa*, à luz dos art.ºs 7.º, d), e 9.º, n.º 1, a) e b), e 10.º, c), do DL 57/2008. Cf., também, os art.ºs 22.º e 19.º da DDC e o art.º 23.º do Regulamento (CE) 1008/2008.

ou sugerem a compra de determinada quantidade de produto (“leve 12 chocolates da marca x”)⁷³; ou os casos de *ofertas* de determinada percentagem de produto com indicação na embalagem da área *oferecida*, situação celebrizada pelo Ac. *Mars* do TJ⁷⁴.

Por fim, convém ainda referir as práticas que consistem em publicitar que determinada forma de pagamento apenas será possível para valores acima de “x”, ou que os portes de envio serão “*grátis*”, caso o preço total ultrapasse a quantia “y”.

3.2. ROBERT B. CIALDINI e as “*armas de influência*”

Ao longo das últimas décadas, o psicólogo social ROBERT B. CIALDINI tem-se debruçado sobre o estudo da persuasão, designadamente através da identificação das técnicas mais eficazes desta “*arte*” e da compreensão dos mecanismos psicológicos em que assentam. Tendo por base as conclusões dessas pesquisas, segundo o autor, as mais eficientes técnicas de persuasão visam o aproveitamento de seis categorias cognitivas: a *reciprocidade*, o *compromisso* e a *coerência*, a *prova social*, o *gostar*, a *autoridade* e a *escassez* – as chamadas “*armas de influência*”⁷⁵.

A *reciprocidade* consiste no princípio segundo o qual devemos retribuir as ofertas e concessões que nos sejam endereçadas⁷⁶. Encontrando-se, há séculos, na base de todo o tipo de trocas e entreajudas entre seres humanos, este princípio constitui um dos mais importantes valores da vida em sociedade e um elemento essencial dos nossos processos de

⁷³ WANSINK, KENT e HOCH, “*An Anchoring and Adjustment...*”, 1998, pp. 73 e ss.

⁷⁴ Proc. C-470/93. Neste caso esteve em causa saber se, numa embalagem de gelado, a menção “+ 10%”, colocada numa parte colorida superior a 10% da embalagem, corresponde a uma *PCD enganosa*. A decisão do TJ foi no sentido de que “*consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento*”. Este caso foi testado por PURNHAGEN e VAN HERPEN, “*Can Bonus Packs Mislead...*”, 2014, pp. 9 e ss., onde se comprovou estarmos perante duas *âncoras* (a percentagem “+10%” e a área colorida) com efeitos substanciais na perceção e decisões do consumidor. Apesar dos avanços no estudo e interpretação da DPCD, a CE continua a utilizar (mal) esse aresto como exemplo para a definição do conceito de *consumidor médio*. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

⁷⁵ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 15.

⁷⁶ *Id.*, p. 31.

educação e aculturação, a cujo desrespeito se encontra associado um forte sentimento de repulsa social⁷⁷. Por conseguinte, o seu poder é enorme, expressando-se através do surgimento no destinatário de um favor ou concessão de um imediato e forte sentimento de dívida para com quem lhe fez bem⁷⁸.

Como exemplos de práticas que exploram este princípio, temos a atribuição de amostras gratuitas ou pequenos presentes aos consumidores, que podem ser muito eficazes⁷⁹⁻⁸⁰, ou de técnicas mais elaboradas, como é o caso da “*door-in-the-face technique*”⁸¹ ou da “*that’s-not-all technique*”⁸².

O *compromisso e a coerência* referem-se à ideia de que é essencial ao ser humano ser visto como alguém cujas crenças, escolhas e compromissos são consistentes e estáveis, representando as suas atitudes e comportamentos um reflexo coerente daqueles⁸³. Também este princípio tem uma relevância social tal, que condutas incoerentes, erráticas e inconsistentes são muitas vezes associadas a traços negativos de personalidade ou até a perturbações mentais⁸⁴.

De acordo com CIALDINI, a peça chave deste princípio enquanto “*arma de influência*” está no *compromisso*⁸⁵. Uma vez que, por força da pressão da coerência, o ser humano está programado para se comportar de forma consistente com as opções tomadas, a assunção de um compromisso

⁷⁷ *Id.*, pp. 32-34.

⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*

⁷⁹ *Id.*, *Ibid.*

⁸⁰ Este tipo de prática tem sido considerado totalmente legítimo pela CE. Cf. EC, *Guidance...*, 2009, p. 62.

⁸¹ A “*door-in-the-face technique*” traduz-se na formulação de uma proposta extremamente complicada ou onerosa ao consumidor, que tenderá a recusá-la, seguida da proposta/pedido que o profissional verdadeiramente pretende, a/o qual o consumidor se inclinará a aceitar como reconhecimento da concessão daquele que lhe propôs algo mais em conta. P. ex., sugerir a subscrição de um serviço por 350€ anuais, seguida da proposta de subscrição de um plano mais barato, por 35€ anuais. CIALDINI e GUADAGNO, “*Sequential Request...*”, 2004, pp. 217-219.

⁸² A “*that’s not all technique*” é uma técnica muito utilizada nas *televendas*, e consiste em surpreender o consumidor com a declaração de que, pelo valor de venda do produto inicial, aquele terá direito a mais “x” itens ou vantagens. *Id.*, *Ibid.*, pp. 219-220.

⁸³ CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 65 e ss.

⁸⁴ *Id.*, p. 67.

⁸⁵ *Id.*, p. 74.

leva-o a atuar, muitas vezes de forma automática e inconsciente, de acordo com aquilo que expressou, honrando-o, caso corresponda a uma obrigação⁸⁶, ou agindo de forma consistente com ele, caso consista numa tomada de posição⁸⁷.

Devido a estes efeitos, são comuns as estratégias que visam a assunção de compromissos por parte do consumidor ou a exploração de compromissos anteriormente assumidos por ele. A forma de o fazer pode revestir várias modalidades – é o caso, p. ex., do recurso a técnicas que explorem a autoimagem de alguém, fazendo com que a pessoa se sinta incoerente caso não aja de determinado modo ou adquira certo produto⁸⁸⁻⁸⁹, ou de estratégias que se aproveitem de obrigações assumidas para com outrem⁹⁰, passando por práticas mais *sub-reptícias*, como incentivar o consumidor a promover determinado produto ou participar em concursos que consistam em enaltecer certa marca⁹¹, até expedientes mais complexos, como é o caso da *foot-in-the-door technique*⁹², da *low-ball technique*⁹³, ou da *bait-and-switch tactic*⁹⁴.

⁸⁶ É o caso, p. ex., de um pai que promete algo a um filho. *Id.*, pp. 67 e 71 e ss.

⁸⁷ Alguém, p. ex., declarar que é uma pessoa altruísta.

⁸⁸ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 84.

⁸⁹ Tal pode ser feito de forma muito simples – basta um funcionário perguntar ao consumidor quais as suas preferências no que respeita a marcas, modelos, ou características de certo produto. Cf. KARDES, CRONLEY e KLINE, *Consumer Behavior*, 2011, p. 143.

⁹⁰ Cf. CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 71-74.

⁹¹ *Id.*, *Ibid.*

⁹² A *foot-in-the-door technique* consiste na formulação de um pedido pequeno seguido de um pedido maior, o verdadeiramente pretendido pelo profissional, e explora o facto de o consumidor ficar comprometido caso aceda ao primeiro pedido. P. ex., um representante do profissional pedir a um consumidor para responder a um questionário para, mal este termine essa tarefa, lhe apresentar uma proposta contratual. CIALDINI e GUADAGNO, “*Sequential Request...*”, 2004, pp. 211-212.

⁹³ A *low-ball technique* traduz-se na formulação, por parte do profissional, de uma proposta muito vantajosa para o consumidor, a qual, mais tarde, por algum motivo, é alterada, ou revelado algum aspeto pouco vantajoso inicialmente omitido, e explora o facto de o consumidor estar já comprometido com o profissional e com o produto em causa, não desistindo do negócio. *Id.*, pp. 209-211. O uso desta técnica poderá ser considerado PCD, nos termos do art.º 7.º, n.º 1, do DL 57/2008.

⁹⁴ A *bait-and-switch tactic* consiste na publicitação fraudulenta de um bem com um preço especialmente vantajoso a fim de atrair consumidores ao estabelecimento comercial que,

A *prova social* baseia-se no facto de o ser humano agir muitas vezes através da imitação do comportamento dos outros, principalmente em situações em que não sabe ou não tem a certeza de qual será a melhor decisão⁹⁵. Constituindo um meio de o indivíduo aferir se a sua opinião ou o seu comportamento estão, ou não, corretos, a eficácia do princípio é muito maior quando o(s) outro(s) em causa é (são) semelhante(s) a ele⁹⁶. Tal como as outras “*armas de influência*”, também esta funciona de forma automática⁹⁷ e impercetível⁹⁸.

Face a estas características, a *prova social* constitui um princípio muito utilizado em práticas comerciais, algumas delas muito polémicas. Referimo-nos às técnicas que exploram o princípio de forma encapotada, como é o caso dos chamados *Stealth* e *Buzz Marketing*, em que representantes de profissionais se fazem passar por consumidores em situações da vida real ou nos meios de comunicação social⁹⁹, ou em que representantes de profissionais, ou consumidores, incitados por profissionais, mediante contrapartidas, promovem os produtos de determinada marca, através de ações como comentários (e *gostos*) nas redes sociais, *blogs* e fóruns, nos próprios *sites* dos profissionais ou em *sites* vocacionados para o efeito – o *Crowdturfing*.

Quer o *Stealth* e *Buzz Marketing*, quer o *Crowdturfing* são (à partida) inadmissíveis à luz do Direito do Consumo português. A identificação do carácter comercial das práticas é exigida por diversos diplomas¹⁰⁰ e a ocultação desse carácter pode ser considerada *PCD*¹⁰¹, nos termos do art.º 8.º, n) ou ab), e art.º 9.º, n.º 1, c), do DL 57/2008¹⁰²⁻¹⁰³⁻¹⁰⁴.

quando pretendem adquiri-lo, são informados de que se encontra esgotado, mas existe outro produto idêntico mais caro. *Id.*, pp. 211-212. Esta técnica é considerada *PCD em quaisquer circunstâncias* pelas alíneas e), f), g) e h), do art.º 8.º do DL 57/2008.

⁹⁵ CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 118-119.

⁹⁶ *Id.*, pp. 140 e ss.

⁹⁷ CIALDINI, “*Basic Social...*”, 2005, pp. 158-160.

⁹⁸ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 118.

⁹⁹ *Id.*, p. 157.

¹⁰⁰ Art.º 8.º, n.º 1, CPub – princípio da identificabilidade; art.º 40.º-A, n.º 1, da Lei 27/2007 – Lei da TV e dos Serviços Audiovisuais a Pedido; art.º 21.º do DL 7/2004 – relativo ao Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais.

¹⁰¹ Também pode ser considerado *publicidade enganosa* – cf. art.º 11.º CPub. Cf., também, o art.º 8.º, n), do DL 57/2008, que considera a *publireportagem* como *PCD*.

¹⁰² Cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 73-76, 142 e ss.

¹⁰³ A CE vai mais longe – práticas que envolvam a manipulação de *instrumentos de comparação ou instrumentos de críticas de utilizadores on-line* podem ser consideradas PCD, nos termos do art.º 7.º, c), e/ou nos termos do art.º 9.º, n.º 1, c), do DL 57/2008, podendo inclusivamente caber na cláusula geral – art.º 5.º, n.º 1, do DL 57/2008 – cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 142 e ss.

¹⁰⁴ Note-se que, embora tais situações pareçam enquadrar-se totalmente nestas disposições legais, as coisas não são assim tão simples. Em primeiro lugar, para que uma prática comercial seja considerada *omissão enganosa* tem de preencher os requisitos dos n.ºs 1 e 2, do art.º 7.º da DPCD (e do n.º 1, do art.º 9.º do DL 57/2008), isto é, tendo em consideração “*todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação*”, assim como “*o contexto*”, tem de “*conduzir*” ou “*ser suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo*”. Em segundo lugar, a DPCD, no ponto 11, do seu Anexo I (correspondente à alínea n), do art.º 8.º do DL 57/2008), referente à *publi-reportagem*, indica-nos que esta disposição não prejudica o disposto na Diretiva “*Serviços de Comunicação Social Audiovisual*” (Diretiva 2010/13/UE), onde consta o regime legal relativo à publicidade televisiva, ao patrocínio, à televenda e à colocação de produto (e ajuda de produção). Por fim, no caso da imprensa escrita, o TJ, no Ac. *RLvS*, Proc. C-391/12, considerou, por um lado, que, em face da noção de *profissional*, prevista na alínea b), do art.º 2.º da DPCD, este regime legal apenas se pode aplicar a uma situação em que as práticas comerciais de um operador são executadas por outra empresa (o editor), se esta agir em nome e/ou por conta desse operador. Por outro lado, entendeu que tais práticas apenas poderiam ser consideradas práticas comerciais do editor, para efeitos da alínea d), do art.º 2.º da DPCD, caso estas, ainda que de forma indireta, fossem suscetíveis de *distorcer substancialmente* o comportamento do *consumidor médio* no que respeita à aquisição do jornal em causa. Mas mais, o TJ, nesse aresto, sustentou ainda que o referido ponto 11, do Anexo I da DPCD não impõe aos editores de periódicos a obrigação de impedir eventuais PCD’s dos anunciantes. E que, admitir-se que a DPCD fosse invocada por um concorrente, como ocorreu *in casu*, com o propósito de afastar essas práticas, tal aplicação, se estivéssemos no âmbito da comunicação audiovisual, colidiria diretamente com o disposto no art.º 10.º, n.º 3, c), da Diretiva 2010/13/EU (ao que acresce que o Considerando 82 do mesmo dispositivo legal refere que esta Diretiva abrange práticas diferentes da DPCD). Ora, uma vez que o caso versava sobre a imprensa escrita, para a qual o legislador europeu ainda não adotou legislação específica, sustentou o TJ que os E.M.’s têm a liberdade de disporem como entenderem no que toca à regulação da mesma. Em face do disposto neste Acórdão, TRZASKOWSKI teme que semelhante argumentação seja invocada no que respeita aos chamados *influenciadores* que promovem produtos, a título oneroso, em *blogs* e *canais* da Internet. É certo que, conforme invoca o Autor, nestes casos, poderá ser aplicada a alínea a), do art.º 6.º da “*Diretiva sobre Comércio Eletrónico*” (Diretiva 2000/31/CE) e, assim, o art.º 21.º do DL 7/2004. No entanto, o mais seguro seria a criação de legislação nacional específica sobre a matéria. Em 2015, em Portugal, esteve em cima

Entretanto, em 2018, na sequência da *verificação da adequação (fitness-check)* das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC, 2009/22/EC e 2006/114/EC¹⁰⁵ e da *avaliação da DDC*¹⁰⁶, concluídas pela CE, em 2017, no âmbito do *Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT)*, inserido no programa “*Legislar Melhor*”¹⁰⁷, foi, com base nas conclusões desses estudos, desenvolvido pela CE um pacote de políticas – o “*Novo Acordo para os Consumidores*”¹⁰⁸ –, com vista a dar resposta àquelas que se entendeu serem as principais fragilidades da legislação europeia em matéria de proteção dos consumidores.

São, assim, os seguintes, os objetivos do “*Novo Acordo para os Consumidores*”:

- *modernizar as normas em vigor e colmatar as lacunas do atual acervo relativo à proteção dos consumidores;*
- *proporcionar melhores possibilidades de reparação aos consumidores e apoiar uma aplicação eficaz da legislação e uma maior cooperação entre as autoridades públicas num mercado único justo e seguro;*
- *aumentar a cooperação com países terceiros parceiros;*
- *assegurar a igualdade de tratamento dos consumidores no mercado único e garantir que as autoridades nacionais competentes dispõem de poderes para resolver quaisquer problemas de dualidade de critérios no que diz respeito à qualidade («dualidade de qualidade») dos bens de consumo;*

da mesa a aprovação do *Novo Código da Publicidade*, cujos art.ºs 11.º, n.º 5, 18.º, n.ºs 2 e 3, 51.º e 52.º versariam diretamente sobre tais questões. Cf. <https://www.meiosepublicidade.pt/2015/05/quais-as-implicacoes-do-novo-codigo-da-publicidade/>, acedido em 30/11/2019. Cf., também, TRZASKOWSKI, “*Identifying...*”, 2018. As alterações trazidas à DPCD pela nova Diretiva (UE) 2019/2161, no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*”, referidas *infra*, irão permitir afastar de vez algumas destas práticas.

¹⁰⁵ Cf. o *Roadmap* relativo à *verificação da adequação* das Diretivas de proteção do consumidor, disponível em https://ec.europa.eu/smartregulation/roadmaps/docs/2016_just_023_evaluation_consumer_law_en.pdf – acedido em 30/11/2019; Cf., também, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332, e os relatórios e documentos de apoio aí disponíveis – acedido em 30/11/2019.

¹⁰⁶ *Id, Ibid.*

¹⁰⁷ Sobre o programa “*Legislar Melhor*”, cf. CE, *Better Regulation Guidelines*, 2017, pp. 3 e ss.

¹⁰⁸ Cf. CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018.

- *melhorar a comunicação e o reforço das capacidades para sensibilizar os consumidores para os seus direitos e ajudar os comerciantes, especialmente as pequenas e médias empresas, a cumprir mais facilmente as suas obrigações;*
- *enquadrar os desafios futuros da política de proteção dos consumidores num contexto económico e tecnológico em rápida evolução*¹⁰⁹.

Para o cumprimento destes objetivos, o “*Novo Acordo para os Consumidores*” propõe a combinação entre medidas de alteração legislativa em matéria de proteção dos consumidores e soluções de caráter não legislativo¹¹⁰.

Focando-nos exclusivamente no pacote legislativo, o mesmo é composto pelos seguintes dispositivos legais:

- a nova 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;
- a Proposta de Diretiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE, ainda em fase de discussão e aprovação.

Ora, conforme resulta da sua designação, o primeiro dos diplomas veio proceder a uma série de alterações à DPCD, com vista à prossecução dos objetivos referidos. Entre estas, está, justamente, a inclusão de normas na DPCD com vista à proibição dos *Stealth* e *Buzz Marketing* – referimo-nos ao aditamento de um n.º 6 ao art.º 7.º da DPCD¹¹¹ e à inclusão dos pontos

¹⁰⁹ *Id.*, p. 4.

¹¹⁰ *Id.*, pp. 4 e 5.

¹¹¹ O qual dispõe o seguinte: “6. *Caso um profissional disponibilize o acesso a avaliações de produtos efetuadas por consumidores, é considerada substancial a informação sobre se e de que forma esse profissional garante que as avaliações publicadas são efetuadas por consumidores que efetivamente utilizaram ou adquiriram o produto*”. Cf. Cons.ºs 47-49 e art.º 3.º, n.º 4, c), da Diretiva (UE) 2019/2161.

23-B e 23-C no Anexo I da DPCD (o qual contém a lista das “práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias”)¹¹². Por outro lado, foi também aditado o art.º 11.º-A à DPCD, com vista a garantir aos consumidores lesados com PCD’s o acesso a “meios de ressarcimento proporcionados e eficazes”, assim como a uma indemnização por danos sofridos e, se for caso disso, à redução do preço ou à rescisão do contrato¹¹³. Por outro lado ainda, foi aprovada a alteração do art.º 13.º da DPCD, no sentido de tornar as sanções em caso de violação às disposições nacionais adotadas nos termos da DPCD mais “efetivas, proporcionadas e dissuasivas”¹¹⁴. Por fim, deve-se referir que, nos casos de infrações transfronteiriças (divididas em *infrações intra-União*¹¹⁵, *infrações generalizadas*¹¹⁶, ou *infrações generalizadas ao*

¹¹² Tais pontos assumem os seguintes termos: “23-B. Declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores”;

“23-C. Apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos”. Cf. Cons.ºs 47 e 49 e art.º 3.º, n.º 7, b), da Diretiva (UE) 2019/2161.

¹¹³ Cf. Cons. 16 e art.º 3.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/2161.

¹¹⁴ Sobre o novo regime relativo às sanções, cf. os Cons.ºs 3 a 15 e o art.º 3.º, n.º 6, da Diretiva (UE) 2019/2161.

¹¹⁵ “*Infração intra-União*»: qualquer ação ou omissão, contrária à legislação da União de proteção dos interesses dos consumidores, que tenha prejudicado, prejudique ou seja suscetível de prejudicar os interesses coletivos dos consumidores residentes num Estado-Membro que não seja o Estado-Membro no qual: a) A ação ou omissão tenha tido origem ou sido cometida; b) Se encontre estabelecido o profissional responsável pela ação ou omissão; ou c) Sejam encontrados elementos de prova ou bens do profissional pertinentes à ação ou à omissão” (art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2017/2394).

¹¹⁶ “*Infração generalizada*»: a) Qualquer ação ou omissão, contrária à legislação da União de proteção dos interesses dos consumidores, que tenha prejudicado, prejudique ou seja suscetível de prejudicar os interesses coletivos dos consumidores residentes em pelo menos dois Estados-Membros que não seja o Estado-Membro no qual: i) a ação ou omissão tenha tido origem ou sido cometida, ii) se encontre estabelecido o profissional responsável pela ação ou omissão, ou iii) sejam encontrados elementos de prova ou bens do profissional pertinentes à ação ou à omissão; ou b) Quaisquer ações ou omissões contrárias à legislação da União de proteção dos interesses dos consumidores que tenham prejudicado, prejudiquem ou sejam suscetíveis de prejudicar os interesses coletivos dos consumidores e que tenham características comuns, inclusive a configuração da mesma prática ilegal, o mesmo interesse infringido e que sejam praticadas simultaneamente pelo mesmo profissional em pelo menos três Estados-Membros” (art.º 3.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2017/2394).

nível da União)¹¹⁷⁻¹¹⁸, o Regulamento (UE) 2017/2394, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores e que revoga o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, veio consagrar um reforço muito considerável nos poderes de fiscalização e sancionatórios das ditas autoridades nacionais¹¹⁹, assim como nas formas de cooperação entre as várias autoridades nacionais dos diferentes E.M.'s, e entre estas e a CE¹²⁰, com vista a promover a eliminação rápida e eficaz desse tipo de infrações e, assim, aumentar a confiança dos consumidores e fomentar o desenvolvimento do *mercado único* (em especial, do *digital*).

A quarta “*arma de influência*” identificada por CIALDINI é o *gostar*, que assenta na ideia de que o consumidor diz mais depressa que “*sim*” a uma proposta formulada por alguém de quem goste¹²¹, quer sejam pessoas, quer sejam marcas. O que é determinante é que o estímulo em causa esteja globalmente associado a aspetos positivos, sendo, aliás, essa a justificação que leva os profissionais a associar os seus produtos a

¹¹⁷ “*«Infração generalizada ao nível da União», uma infração generalizada que tenha prejudicado, prejudique ou seja suscetível de prejudicar os interesses coletivos dos consumidores em pelo menos dois terços dos Estados-Membros, que, conjuntamente, correspondam a pelo menos dois terços da população da União*” (art.º 3.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2017/2394).

¹¹⁸ Note-se que, o Regulamento (UE) 2017/2394 apenas se aplica a estes três tipos de infrações (art.ºs 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 5). Em face da proliferação da Internet e das *plataformas digitais*, trata-se de infrações comuns.

¹¹⁹ Cf. Cons.ºs 3-20 e art.ºs 9.º e 10.º do Regulamento (UE) 2017/2394. Desses poderes, merecem particular destaque a faculdade de realização de inspeções generalizadas e apreensão de quaisquer elementos necessários à inspeção (Cons. 11-12, art.º 9.º, n.º 3, a) e c)); a possibilidade de realização de compras-testes, fictícias ou não, a fim de detetar infrações (Cons. 13, e art.º 9.º, n.º 3, d)); o poder de adotar medidas provisórias, no sentido de fazer cessar de imediato a infração, as quais podem mesmo consistir na retirada de conteúdos, no bloqueio do acesso a interfaces em linha, ou na colocação de alertas de aviso aos consumidores na interface em linha (Cons. 14, art.º 9.º, n.º 4, a), f) e g)); o poder de aplicar sanções aos profissionais, inclusive sanções pecuniárias compulsórias (Cons. 16, art.º 9.º, n.ºs 4, h), e 5); ou a possibilidade de exigir dos profissionais a reparação dos prejuízos sofridos pelos consumidores em resultado da infração (Cons. 17, art.º 9.º, n.º 4, c) e d)).

¹²⁰ Cf. Cons.ºs 21-30, 32, 33, 36, 37, 39, 41-45, e os art.ºs 13.º e ss. do Regulamento (UE) 2017/2394.

¹²¹ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 165.

peessoas atraentes ou famosas¹²²⁻¹²³, a determinados cheiros e músicas que inspirem sensações positivas, a frases humorísticas, ou a outros elementos ou características que façam o consumidor sentir-se bem¹²⁴.

A *autoridade* baseia-se no facto de termos maior tendência em aceitar propostas ou ofertas formuladas por pessoas ligadas a cargos de autoridade, ainda que esta não seja real¹²⁵. É o caso, p. ex., dos médicos, professores, juízes, especialistas em determinadas matérias ou detentores de outros cargos normalmente associados a uma especial credibilidade e saber¹²⁶. Uma vez que muitas destas profissões se caracterizam pelo uso de determinada farda, a mera utilização desta confere à pessoa que a veste a aura de fiabilidade que caracteriza as funções em causa¹²⁷. Face a estes efeitos, é comum a associação deste tipo de profissionais, devidamente fardados, à promoção de certos produtos ou serviços, normalmente ligados à sua área de atividade¹²⁸⁻¹²⁹.

Por fim, a *escassez* consiste no princípio segundo o qual o ser humano atribui maior valor às coisas que são escassas, raras ou difíceis de alcançar¹³⁰.

Como exemplos de práticas que se baseiam na *escassez*, temos o caso dos anúncios publicitários em que determinado artigo ou oportunidade estão disponíveis apenas durante certo período de tempo (ou para determinado número de vagas) ou em que o estabelecimento tem em *stock* um número muito limitado de unidades¹³¹. Todavia, se a *escassez* for artificialmente criada pode constituir um caso de *PCD*, nos termos do art.º 8.º, i), do DL 57/2008.

¹²² *Id.*, pp. 187-188.

¹²³ Podendo estar em causa um caso de *Stealth Marketing*.

¹²⁴ SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 195 e ss.

¹²⁵ CIALDINI, *Influência*, 2015, pp. 208 e ss.

¹²⁶ *Id.*, pp. 210 e ss.

¹²⁷ *Id.*, pp. 216-219.

¹²⁸ Dado o poder da farda, é possível obter os mesmos efeitos através do recurso a atores devidamente caracterizados. *Id.*, pp. 211-212.

¹²⁹ Cf., a este propósito, o art.º 15.º do CPub, relativo à publicidade testemunhal.

¹³⁰ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 226.

¹³¹ *Id.*, pp. 230, 239.

4. *Enviesamentos*

O enorme poder de influência que a divulgação das experiências de TVERSKY e KAHNEMAN acerca das *heurísticas* teve na comunidade científica, nos inícios na década de 70, motivou e inspirou estes e diversos outros autores para a continuação do estudo das formas pelas quais o processo de decisão do ser humano se afasta dos modelos de racionalidade económica. Deste fenómeno resultou a descoberta de diversos outros *enviesamentos*¹³² e padrões mentais/comportamentais que nos podem conduzir a decisões menos conseguidas, estabelecendo aquelas que viriam a ser as bases das análises psicológicas da Economia e do Direito (*BE e BLE*).

Por motivos de espaço, debruçar-nos-emos apenas sobre aquelas que têm sido consideradas as mais importantes descobertas deste conjunto de autores: o *excesso de otimismo*, o *enviesamento do autosserviço*, o *enviesamento de confirmação*, o *enviesamento de percepção retrospectiva*, o *enviesamento da omissão*, a *inconsistência temporal* e o *enviesamento do presente* e, por fim, a *Teoria da Prospeção* e as diversas realidades que estão a ela ligadas.

O *excesso de otimismo* refere-se ao facto de o ser humano tender a ser irrealisticamente otimista, considerando, em regra, que é muito mais provável que eventos negativos aconteçam aos outros que a si próprio¹³³.

O *enviesamento do autosserviço* está ligado ao *excesso de otimismo* e traduz-se na ideia segundo a qual tendemos muitas vezes a interpretar os factos de modo distorcido, em razão da necessidade de preservarmos a nossa autoestima¹³⁴. Podemos encontrar diversas manifestações deste *enviesamento* – na nossa propensão natural para sobrevalorizarmos as nossas capacidades¹³⁵; na tendência em *colhermos os louros* quando as coisas correm bem, mas atribuímos responsabilidades a eventos externos quando tal não acontece¹³⁶; ou na nossa propensão natural em avaliarmos

¹³² Sobre o conceito de *enviesamento*, cf. n. 63.

¹³³ KLEIN e HELWEG-LARSEN, “*Perceived Control...*”, 2002, p. 443.

¹³⁴ FORSYTH, “*Self-Serving Bias*”, 2008, p. 429.

¹³⁵ BABCOCK e LOEWENSTEIN, “*Explaining Bargain Impasse...*”, 1997, p. 111.

¹³⁶ FORSYTH, “*Self-Serving Bias*”, 2008, p. 429.

a justiça ou a correção das situações, consoante estas sigam, ou não, a direção dos nossos interesses¹³⁷.

O *enviesamento da confirmação* traduz-se na circunstância de tendermos a pesquisar e analisar a informação disponível de modo a confirmarmos as nossas crenças e opiniões iniciais, desconsiderando os dados que as contrariem¹³⁸.

O *enviesamento de percepção retrospectiva*, também conhecido por efeito “*eu já sabia*”, consiste no facto de considerarmos a verificação de um evento como muito mais previsível quando já temos conhecimento de que ele efetivamente ocorreu¹³⁹⁻¹⁴⁰.

O *enviesamento da omissão* baseia-se na circunstância de lamentarmos muito mais os maus resultados das nossas ações do que as consequências negativas das nossas inações¹⁴¹, o que decorre de nos ser muito mais fácil imaginar o desfecho de uma ação do que de uma omissão¹⁴². Esta figura constitui uma importante causa do *enviesamento status quo* e do *efeito de dotação*, analisados *infra*¹⁴³.

A *inconsistência temporal* está ligada ao facto de não nos ser indiferente o momento em que ocorre determinado ganho ou perda. Este fenómeno está relacionado com as escolhas intertemporais, isto é, escolhas que têm por objeto opções que envolvem consequências que se verificam em diferentes momentos no tempo¹⁴⁴, e manifesta-se através do *enviesamento do presente*, o qual tem origem no chamado *desconto hiperbólico* – a tendência do ser humano em ser muito impaciente no que respeita a custos e benefícios que ocorrerão no curto prazo, mas, pelo contrário, ser paciente no que concerne a custos e benefícios que se verificarão no médio/longo prazo¹⁴⁵.

Todas estas realidades, de modo direto ou indireto, têm relevância no que toca à influência do consumidor. Contudo, três destas figuras, muitas

¹³⁷ BABCOCK e LOEWENSTEIN, “*Explaining Bargain Impasse...*”, 1997, p. 4.

¹³⁸ NICKERSON, “*Confirmation Bias...*”, 1998, p. 175.

¹³⁹ ROESE e VOHS, “*Hindsight Bias*”, 2012, p. 411.

¹⁴⁰ Cf. FISCHHOFF, “*Hindsight ≠ foresight...*”, 1975, pp. 288-299.

¹⁴¹ RITOV e BARON, “*Protected Values...*”, 1999, p. 80.

¹⁴² GILOVIC e HUSTED MEDVEC, “*The Experience of Regret...*”, 1995, p. 380.

¹⁴³ Cf., *infra*, III, 5.1.2. e 5.1.3.

¹⁴⁴ SLOMAN *et al*, “*The Psychology of Intertemporal Discounting...*”, 2005, p. 348.

¹⁴⁵ FREDERICK, LOEWENSTEIN e O'DONOGHUE, “*Time Discounting...*”, 2002, pp. 360-362.

vezes em combinação, têm uma importância chave para os profissionais no que toca ao *design* das suas práticas comerciais – são elas o *excesso de otimismo*, o *enviesamento do autosserviço* e a *inconsistência temporal*.

Assim, práticas como a promoção que envolve a devolução, por parte do profissional, de determinada quantia ao consumidor caso ele envie um cupão pelo correio¹⁴⁶; estratégias “*compre já, pague daqui a “x” tempo*”¹⁴⁷; promoções em que o valor mensal a pagar é mais baixo caso o consumidor adquira uma subscrição por um período mais alargado, p. ex., no caso dos ginásios¹⁴⁸; subscrições com determinados limites de consumo (e preços elevados pelo serviço, para além destes)¹⁴⁹; ou, ainda, contratos de prestação de serviços continuada com preços baixos no período inicial, mas elevados mais tarde¹⁵⁰, todos estes casos exploram o *otimismo* ou o *excesso de confiança* do consumidor, designadamente, no que respeita a, respetivamente, enviar o cupão preenchido, melhorar as suas condições económicas, frequentar o ginásio muitas vezes, não ultrapassar os limites de consumo ou mudar de fornecedor de serviços após o período inicial.

Alguns destes exemplos aproveitam-se igualmente da *inconsistência temporal* do consumidor no que toca a ganhos e custos no curto e médio/ longo prazo¹⁵¹ – designadamente, da estimativa *enviesada* dos custos de enviar o cupão, de conseguir pagar o bem em causa mais tarde ou de mudar de serviço após o período inicial. Finalmente, uma outra forma de explorar este *enviesamento* baseia-se no facto de o consumidor desvalorizar os custos dos períodos de fidelização – em particular, os custos de estar “*preso*” a um contrato durante determinado período de tempo.

A *Teoria da Prospeção* e as realidades a ela associadas serão analisadas de seguida.

¹⁴⁶ BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 13-15.

¹⁴⁷ *Id.*, pp. 15-16.

¹⁴⁸ *Id.*, pp. 35 e ss.

¹⁴⁹ BAR-GILL e STONE, “*Price Misperception...*”, 2009, pp. 5 e ss.

¹⁵⁰ BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 26 e ss.

¹⁵¹ *Id.*, p. 15.

5. Teoria da Prospecção

Conforme referido, as descobertas de TVERSKY e KAHNEMAN não se ficariam pelas *heurísticas e enviesamentos*. Muito pelo contrário. Em 1979, num movimento arrojado, a dupla de psicólogos israelitas consegue publicar na famosa revista científica *Econometrica* o artigo que mais viria a contribuir para a atribuição, em 2002, do prémio Nobel da Economia a KAHNEMAN (TVERSKY falecera em 1996) pelos avanços trazidos pelo autor à análise do processo de decisão humana. Através desse estudo, TVERSKY e KAHNEMAN irão desenvolver e divulgar a *Teoria da Prospecção*¹⁵², apresentada como uma alternativa mais realista à *Teoria da Utilidade Esperada*, a mais importante tese sobre racionalidade defendida pelas ciências económicas¹⁵³.

A *Teoria da Prospecção* tem por objeto a forma como os seres humanos decidem perante opções arriscadas e caracteriza-se, em termos gerais, pelos seguintes contornos: em primeiro lugar, demonstra que as pessoas avaliam as opções em cima da mesa como perdas ou ganhos, não com base em estados absolutos de riqueza, mas a partir de um *ponto de referência*¹⁵⁴; em segundo lugar, introduz o *princípio da sensibilidade diminuída*, segundo o qual as perceções subjetivas dos potenciais ganhos e perdas variam consoante os montantes em causa estejam próximos ou não do *ponto de referência* (p. ex., a alteração de 100€ para 200€ tem muito maior peso subjetivo do que a de 900€ para 1000€)¹⁵⁵; em terceiro lugar, evidencia que o ser humano tem *aversão às perdas*, isto é, para ele, os ganhos têm menor valor que as perdas (tem maior peso o sofrimento de perder 10 euros que a alegria de ganhar o dobro); por fim, vem representar um desvio à *Teoria da Utilidade Esperada* na medida em que, enquanto esta postula que a utilidade dos resultados é avaliada apenas de acordo com as probabilidades destes, a *Teoria da Prospecção* demonstra, pelo contrário, que as atitudes das pessoas variam com base em dois fatores distintos, decorrentes do *princípio da aversão às perdas*: por um lado, a eventualidade de

¹⁵² TVERSKY e KAHNEMAN, “*Prospect Theory...*”, 1979.

¹⁵³ Sobre a *Teoria da Utilidade Esperada*, cf. MONGIN, “*Expected Utility Theory*”, 1998, pp. 171-179.

¹⁵⁴ KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 355 e ss.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 372.

alguma das opções em causa configurar um resultado certo¹⁵⁶; por outro lado, a contingência de as alternativas em jogo serem vistas como ganhos ou perdas (ainda que tenham valores idênticos)¹⁵⁷. Assim, caso surjam como ganhos, as pessoas irão, em regra, expressar uma atitude de aversão ao risco, escolhendo a opção segura: perante a alternativa entre ganhar 3000€ de forma certa ou 80% de hipóteses de ganhar 4000€, optarão, na sua maioria, pela primeira¹⁵⁸. Se as opções estiverem representadas apenas como perdas, os indivíduos decidir-se-ão, maioritariamente, pela opção com risco: entre perder 3000€ de certeza e 50% de hipóteses de perder 4000€, a maioria escolherá a segunda¹⁵⁹.

5.1. Teorias e *enviesamentos* baseados na *Teoria da Prospeção*

Os princípios referidos têm grande influência no comportamento do consumidor. Em seguida, procederemos ao desenvolvimento das mais importantes figuras ligadas a estas ideias: a *Contabilidade mental* e as *Utilidades de Aquisição e Transação*, os *enviesamentos* que resultam da *aversão às perdas* (o *enviesamento status quo* e o *efeito de dotação*) e as formas pelas quais este conjunto de realidades pode ser explorado – o *efeito de enquadramento* e os *efeitos contextuais*.

5.1.1. *Contabilidade mental e Utilidades de Aquisição e Transação*

I. Tendo por base os princípios da *Teoria da Prospeção*, o economista RICHARD THALER, colaborador e discípulo de TVERSKY e KAHNEMAN, veio introduzir um dado novo que nos ajuda a compreender melhor a influência daqueles no processo de decisão do consumidor. Segundo THALER, à semelhança do que fazem as empresas, o ser humano, com o propósito de controlar o seu património, recorre, de forma inata, a uma

¹⁵⁶ P. ex., uma das hipóteses em jogo representar um ganho certo de “x” – “o *efeito de certeza*”. Cf. TVERSKY e KAHNEMAN, “*Prospect Theory...*”, 1979, p. 265.

¹⁵⁷ *Id.*, pp. 265, 268.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 265.

¹⁵⁹ Para mais exemplos, cf. TVERSKY e KAHNEMAN, “*Prospect Theory...*”, 1979, p. 268.

espécie de registos contabilísticos mentais onde figuram as operações económicas que lhe dizem respeito¹⁶⁰. Tal como as contas físicas, estas contas podem revestir vários tipos – desde orçamentos e registos contabilísticos, até à “inscrição” de decisões isoladas, como a compra de um bilhete para um jogo de basquetebol¹⁶¹.

A enorme importância da *contabilidade mental* reside no facto de as *contas* se movimentarem de acordo com os princípios decorrentes da *Teoria da Prospeção*, sendo esta combinação determinante nas escolhas do consumidor. Para termos uma ideia de como funciona na prática, socorramo-nos de um exemplo famoso: “Dois ávidos fãs de desporto planeiam percorrer 60 quilómetros para assistir a um jogo de basquetebol. Um deles comprou bilhete; o outro estava em vias de comprá-lo, quando um amigo lhe ofereceu o dele. Está anunciada uma tempestade de neve para a noite do jogo. Qual dos dois detentores de bilhete terá a maior probabilidade de enfrentar a tempestade para ver o jogo?”¹⁶².

A resposta é intuitiva. Embora ambos queiram ver o jogo, o fã que comprou o bilhete terá uma probabilidade muito maior de fazer a viagem, o que se deve ao facto de a não ida ao jogo representar para ele o encerramento dessa conta com uma perda. Pelo contrário, no caso do segundo, a situação é muito menos dramática, uma vez que deixa apenas de auferir um ganho, encerrando a mesma conta a “zeros”¹⁶³.

Como se pode antever, são inúmeros os casos de influência da *contabilidade mental* nas decisões do consumidor, sempre em articulação com os princípios da *Teoria da Prospeção*. Por todos os motivos referidos, na *contabilidade mental*, o foco é maior no que toca às perdas. No entanto, também os ganhos têm aqui um papel fundamental. De facto, um ganho em determinada conta poderá alterar completamente as escolhas do consumidor, levando-o, p. ex., a correr mais riscos, dado se encontrar mais longe da possibilidade de fechar aquela conta com perdas (o “House

¹⁶⁰ THALER, “*Mental Accounting Matters*”, 1999, pp. 184 e ss., 197.

¹⁶¹ KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, p. 452.

¹⁶² *Id.*, *Ibid.*

¹⁶³ Esta característica de o ser humano tudo fazer para não fechar as suas contas a perder ficou conhecida por *falácia do custo perdido*, e é ela que muitas vezes nos leva a continuar a investir em situações com poucas perspectivas de virem a ter sucesso – THALER, “*Toward a Positive Theory...*”, 1980, pp. 47 e ss.; KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 455-456.

Money Effect”)¹⁶⁴. Por outro lado, em situações que envolvam ambos os tipos de resultados, a forma como os ganhos sejam conjugados com as perdas pode alterar determinadamente a percepção final dos resultados e abrir a porta a manipulações de informação, no sentido de tornar as opções mais atrativas. Esta questão será desenvolvida com maior detalhe a propósito dos *efeitos de enquadramento*¹⁶⁵.

II. Da aplicação da *Teoria da Prospecção* ao processo de decisão do consumidor resulta ainda outro efeito, ligado à importância dos *pontos de referência* na escolha de determinada opção.

De acordo com THALER, o consumidor apenas se decide pela compra de um bem após analisar dois tipos de utilidades – a *Utilidade de Aquisição* e a *Utilidade de Transação*¹⁶⁶.

A *Utilidade de Aquisição* assenta no valor do bem face ao seu preço, isto é, na diferença entre o valor do bem para o consumidor (os benefícios que espera retirar do bem) e o preço daquele¹⁶⁷, encontrando-se ligada à análise subjetiva da qualidade do produto¹⁶⁸.

A *Utilidade de Transação* baseia-se na diferença entre o preço do bem e o *preço de referência* (o preço normalmente pago por aquele bem no contexto em causa)¹⁶⁹. Consubstanciando uma descoberta de THALER, este tipo de utilidade tem uma influência essencial no processo de decisão, na medida em que é através do *preço de referência* que o consumidor sente se está ou não perante um bom negócio¹⁷⁰. Os seus efeitos ficaram bem ilustrados em diversos casos¹⁷¹. Destes, o mais famoso referiu-se ao estudo em que se pretendeu aferir o valor máximo que consumidores apreciadores de cerveja estariam dispostos a pagar pela sua cerveja preferida num dia de praia, a qual seria adquirida em dois locais distintos: um hotel de luxo e um supermercado. Os resultados da experiência viriam a confirmar a

¹⁶⁴ Cf. THALER e JOHNSON, “*Gambling with the House Money...*”, 1990, p. 657.

¹⁶⁵ Cf., *infra*, III, 5.1.4.

¹⁶⁶ THALER, “*Mental Accounting Matters*”, 1999, pp. 188-189.

¹⁶⁷ *Id.*, *Ibid.*

¹⁶⁸ GREWAL, MONROE e KRISHNAN, “*The Effects of Price-Comparison...*”, 1998, p. 48.

¹⁶⁹ THALER, “*Mental Accounting Matters*”, 1999, pp. 188-189.

¹⁷⁰ THALER, “*Mental Accounting and Consumer Choice*”, 2008, p. 19.

¹⁷¹ *Id.*, pp. 19-20.

influência dos *preços de referência*: os consumidores revelaram estar dispostos a pagar pela mesma cerveja um valor médio consideravelmente mais elevado no hotel do que no supermercado (os valores médios, expressos em dólares de 1980, foram de \$2,65 e \$1,50, respetivamente)¹⁷².

Os dois tipos de *utilidade* revestem grande interesse para nós, na medida em que, através da manipulação dos pressupostos em que assentam, poderão determinar diferentes comportamentos. Desta forma, para o aumento da *Utilidade de Aquisição*, contribuirá o investimento em aspetos que elevem a perceção do valor da aquisição do produto por parte do consumidor. Relativamente à alteração da perspetiva do consumidor no que concerne à razoabilidade do negócio (*Utilidade de Transação*), a estratégia deverá basear-se em alterações nos *preços de referência* ou em elementos relacionados com eles.

De ambas as possibilidades, a segunda é a que reveste maiores potencialidades de manipulação do consumidor uma vez que, no limite, permite que negócios pouco ou nada vantajosos sejam vistos como boas oportunidades. Algumas formas de *enquadramento*¹⁷³, mais ligadas à *Utilidade de Transação*, são identificadas por THALER. A mais óbvia corresponde às reduções de preço (descontos, promoções e saldos)¹⁷⁴. Outra técnica corresponde à criação pelo próprio profissional de um *preço de referência*, através da sugestão de um *Preço Recomendado* para o produto, que poderá não apenas elevar o preço deste como, simultaneamente, aumentar a perceção do consumidor no que toca à bondade do negócio, em especial se a medida for acompanhada de práticas de redução de preço¹⁷⁵. Outra forma de elevar o *preço de referência* consiste em melhorar ou tornar mais apelativas as características do estabelecimento ou do produto, associando-as a maior qualidade, quantidade ou luxo¹⁷⁶. Por fim, existe a possibilidade de afastar o *preço de referência* através, p. ex., de contratos com objeto plural que tornem difícil a identificação do valor de cada prestação¹⁷⁷.

¹⁷² *Id.*, p. 20.

¹⁷³ Sobre o *efeito de enquadramento*, cf., *infra*, III, 5.1.4.

¹⁷⁴ THALER, “*Mental Accounting Matters*”, 1999, p. 189.

¹⁷⁵ THALER, “*Mental Accounting and Consumer Choice*”, 2008, p. 23.

¹⁷⁶ *Id.*, *Ibid.*

¹⁷⁷ *Id.*, *Ibid.*

5.1.2. O enviesamento status quo

Também ligado à *Teoria da Prospeção* e à influência dos *pontos de referência*, o *enviesamento status quo* corporiza o famoso adágio “*na dívida, nada faças*”¹⁷⁸. Confirmado pelos economistas SAMUELSON e ZECKHAUSER, este *enviesamento* caracteriza-se pelo facto de as pessoas, perante várias alternativas, atribuírem maior importância ao estado de coisas atual ou anterior (o *ponto de referência* ou *status quo*)¹⁷⁹. É, p. ex., o caso de A apenas beber cerveja da marca X ou de votar, em determinadas eleições, no candidato que ocupa atualmente o cargo¹⁸⁰.

Relativamente à exploração deste *enviesamento*, tal pode ser feito quer através de práticas consensualmente legítimas de promoção de bens e serviços¹⁸¹, quer por meio de técnicas que, dado o seu carácter sub-reptício e diretamente dirigido ao aproveitamento deste *enviesamento*, têm suscitado diversas dúvidas. É o caso, p. ex., de propostas contratuais de fornecimento de serviços em que o consumidor não tem de despende qualquer quantia (ou tem um desconto substancial) nos meses iniciais, com o intuito de o “*agarrar*”; da criação de dificuldades por parte do profissional quando o consumidor pretende a oposição à renovação ou a revogação de contratos duradouros¹⁸²⁻¹⁸³, ou da alteração dos termos contratuais durante a vigência do contrato (p. ex., introduzindo novas taxas)¹⁸⁴.

Todavia, a figura por excelência no que toca à exploração deste *enviesamento* é a *opção por defeito (default)* – a solução que o consumidor recebe caso não efetue nenhuma escolha explícita¹⁸⁵.

Podendo ser gerais ou pessoais¹⁸⁶, estas soluções constituem uma forma simples de o profissional obter benefícios que não conseguiria caso

¹⁷⁸ FLEMMING *et al*, “*Overcoming status quo bias...*”, 2010, p. 6005.

¹⁷⁹ SAMUELSON e ZECKHAUSER, “*Status Quo Bias...*”, 1988, p. 8.

¹⁸⁰ Para estes e mais exemplos, *Id.*, pp. 8 e ss.

¹⁸¹ É o caso, p. ex., de melhoramentos nas características de um produto, ou das reduções de preços. Cf. DHAR, “*Consumer Preference...*”, 1997, p. 216.

¹⁸² Cf., *supra*, n. 33, e art.ºs 48.º, n.ºs 10-14, e 113.º, x), da Lei 5/2004.

¹⁸³ Estas técnicas podem consubstanciar *PCD's agressivas*, nos termos do art.º 11, n.ºs 1 e 2, d), do DL 57/2008. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 90.

¹⁸⁴ No caso das comunicações eletrónicas, cf. os art.ºs 48.º, n.º 16, e 113.º, x), da Lei 5/2004.

¹⁸⁵ BROWN e KRISHNA, “*The Skeptical Shopper...*”, 2004, p. 529.

¹⁸⁶ SUNSTEIN, “*Deciding by Default*”, 2013, pp. 9-10.

o consumidor fosse chamado a dar o seu assentimento logo à partida. É o que ocorre, p. ex., quando um automóvel é vendido logo com diversos *extras* que o encarecem¹⁸⁷, com a posição das comidas num *buffet* (as primeiras na linha tendem a ser as mais escolhidas)¹⁸⁸ ou, muito em especial, com as *opt-out's*¹⁸⁹, isto é, opções que estabelecem que, se o consumidor nada fizer, isso equivalerá à sua aceitação de algo, como a partilha dos seus dados, a adesão a subscrições, a admissão de renovações contratuais, ou a aquisição de produtos.

Neste último caso, dado o seu caráter abusivo, o legislador europeu tomou medidas especiais. Por um lado, veio exigir, no art.º 22.º da DDC¹⁹⁰, a obtenção por parte do profissional do consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à remuneração acordada. Caso o profissional o obtenha por via de *defaults*, a mesma disposição estabelece que o consumidor tem direito ao reembolso dessas quantias (art.º 22.º da DDC, 2.ª parte)¹⁹¹. Por outro lado, dado terem ocorrido alguns casos famosos¹⁹² de utilização de *defaults* no setor do transporte aéreo, com o intuito de levar os consumidores a adquirirem serviços facultativos sem se aperceberem, foi implementado no art.º 23.º, n.º 1, do Regulamento (CE) 1008/2008 que “os suplementos de preço opcionais devem ser comunicados de forma clara, transparente e não dúbia no início de qualquer processo de reserva, e a sua aceitação pelo passageiro deve resultar de uma opção deliberada deste último”¹⁹³.

¹⁸⁷ BROWN e KRISHNA, “*The Skeptical Shopper...*”, 2004, p. 529.

¹⁸⁸ WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, p. 139.

¹⁸⁹ A estas opõem-se as *opt-in's*, em que os efeitos da solução em causa só se verificam caso o consumidor dê o seu assentimento.

¹⁹⁰ Diretiva n.º 2011/83/UE, transposta para o ordenamento jurídico português pelos DL 24/2014 e 47/2014. O art.º 22.º foi transposto pelo DL 47/2014, através do aditamento do art.º 9.º-A à LDC (Lei 24/96).

¹⁹¹ Cf. o art.º 9.º-A, n.ºs 2 e 3, da LDC.

¹⁹² No *site* de uma companhia de aviação, a opção para não escolher o seguro facultativo estar colocada, por ordem alfabética, no local onde são escolhidos os destinos de viagem; e alguns casos de *preços-a-conta-gotas*. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 164-166, 169-171.

¹⁹³ Este tipo de expedientes pode também ser considerado *PCD*, nos termos do art.º 7.º, n.º 1, c), dos art.ºs 9.º, a), n.ºs 3 e 4, e 10.º, c) e d), ou do art.º 5.º, n.º 1, do DL 57/2008. Caso o uso de *defaults* tenha por efeito a execução de operações de pagamento sem o consentimento do consumidor, para além de tal constituir uma *PCD*, nos termos referidos, contraria ainda o art.º 5.º, n.ºs 2, 3 e 4, do DL 24/2014 e constitui uma “*operação de pagamento não autorizada*”,

No entanto, apesar destes avanços, mantém-se ainda, em grande medida, a possibilidade de os profissionais estabelecerem como *default* as opções que mais os beneficiem, as quais, as mais das vezes, são lesivas para o consumidor¹⁹⁴.

5.1.3. Efeito de dotação

Divulgado em 1980¹⁹⁵, pela mão de RICHARD THALER, o *efeito de dotação* parte da ideia, segundo a qual, “*é mais doloroso desfazer-mo-nos de um bem do que é agradável obtê-lo*”¹⁹⁶, resultado da *aversão* do ser humano às perdas¹⁹⁷. Basicamente, esta figura consiste no facto de a *aversão às perdas* tornar os bens que nos pertencem mais valiosos, levando-nos, p. ex., a ser incapazes de os vendermos pelo mesmo valor que os adquirimos, mas apenas por valor superior¹⁹⁸.

Como exemplos de práticas comerciais que explorem esta figura, temos a possibilidade de o consumidor experimentar certo produto durante determinado período de tempo sem qualquer compromisso, podendo devolvê-lo e ser ressarcido caso não o aprecie, ou o caso de propostas contratuais de fornecimento continuado de serviços, em que o consumidor não tem de despende qualquer quantia (ou tem um desconto substancial)¹⁹⁹ nos meses iniciais, o que, face aos custos de devolver o bem ou revogar o contrato, aumenta o seu valor e torna menos provável a sua devolução ou a revogação do contrato²⁰⁰.

nos termos do art.º 65.º, n.ºs 1 e 3, do DL 317/2009. Cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 140, 166 e ss.

¹⁹⁴ P. ex., numa máquina de venda de bilhetes de transporte público, a *default* ser um bilhete para trajetos mais longos.

¹⁹⁵ THALER, “*Toward a Positive Theory...*”, 1980, pp. 5 e ss.

¹⁹⁶ KAHNEMAN e TVERSKY, “*Escolhas, valores e enquadramentos*”, 2011, p. 586.

¹⁹⁷ KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 385-387.

¹⁹⁸ *Id.*, *Ibid.*

¹⁹⁹ ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, p. 137.

²⁰⁰ THALER, “*Toward a Positive Theory...*”, 1980, p. 46.

5.1.4. Efeito de enquadramento

A expressão *efeito de enquadramento* foi atribuída pela primeira vez por TVERSKY e KAHNEMAN para designar o facto de o modo como as opções são apresentadas influir determinadamente na decisão do consumidor²⁰¹. Ao notarem que, em situações arriscadas, devido à *aversão às perdas*, as decisões dos indivíduos variavam consoante as opções configurassem resultados certos e fossem vistas em termos de ganhos ou perdas²⁰², TVERSKY e KAHNEMAN resolveram testar, de forma mais aprofundada²⁰³, os efeitos da apresentação de opções idênticas, mas enquadradas como ganhos ou perdas. Os resultados destas experiências confirmariam a robustez da influência deste tipo de *enquadramentos* – perante uma situação enquadrada em termos de ganhos, a maioria das pessoas escolherá a opção segura, fugindo ao risco; caso as opções estejam enquadradas em termos de perdas, a maioria procurará a escolha arriscada²⁰⁴.

Face à multiplicidade de modos pelos quais a *aversão às perdas* pode ser explorada, têm surgido diversas classificações para a figura. A mais famosa é a proposta de LEVIN, SCHNEIDER e GAETH, que vem acrescentar aos *efeitos de enquadramento* descobertos por TVERSKY e KAHNEMAN (os *efeitos de enquadramento em decisões arriscadas*) mais dois tipos distintos – os *efeitos de enquadramento de atributos* e os *efeitos de enquadramento de objetivos*²⁰⁵.

Os *enquadramentos de atributos* caracterizam-se pela manipulação de um dos atributos da opção em causa em termos positivos (sucesso, saúde, magro) ou negativos (insucesso, doença, gordo), com vista a torná-la mais, ou menos, apelativa e, assim, influenciar a decisão do consumidor²⁰⁶. Um caso famoso foi a experiência que consistiu em *enquadrar* os rótulos de diversas embalagens de carne picada como “carne 75% magra” ou “carne com 25% de gordura” e em que a carne “magra” obteve comentários muito mais favoráveis²⁰⁷.

²⁰¹ TVERSKY e KAHNEMAN, “*The Framing of Decisions...*”, 1981, pp. 453 e ss.

²⁰² TVERSKY e KAHNEMAN, “*Prospect Theory...*”, 1979, p. 268.

²⁰³ Cf. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 483-484.

²⁰⁴ TVERSKY e KAHNEMAN, “*The Framing of Decisions...*”, 1981, p. 453.

²⁰⁵ LEVIN, SCHNEIDER e GAETH, “*All frames...*”, 1998, p. 150.

²⁰⁶ *Id.*, pp. 158 e ss.

²⁰⁷ LEVIN e GAETH, “*How Consumers...*”, 1998, pp. 374-378.

O *enquadramento de objetivos*, diferentemente, refere-se à manipulação das informações por forma a realçar as consequências positivas ou negativas de escolher ou não determinada opção²⁰⁸⁻²⁰⁹, tendo as segundas maior eficácia em resultado da *aversão às perdas*. É, p. ex., o caso de um profissional advertir o consumidor das consequências negativas de não adquirir o seu produto²¹⁰.

Outra classificação muito importante de *efeitos de enquadramento* resulta das descobertas de THALER relativas à utilização dos princípios da *Teoria da Prospecção* e da *contabilidade mental* – a *integração e segregação de resultados e informações*²¹¹.

O recurso a este tipo de *enquadramentos* reveste particular interesse nos casos de resultados plurais (decisões com várias perdas, vários ganhos ou combinações de ambos)²¹². Nestes casos, a forma mais eficaz de *enquadramento* consiste na *integração* (num único) ou *segregação* (em vários) de resultados²¹³.

A *integração de resultados* é utilizada nos casos de várias perdas ou de verificação simultânea de perdas e ganhos (superiores àquelas), em que, dada a referida *aversão* do consumidor, compensará aglutinar estes vários resultados num único, diminuindo ou afastando aquele efeito e tornando, assim, a proposta em causa mais atrativa²¹⁴. O recurso a esta técnica ocorre, p. ex., nas propostas *all-included*, oferecidas por alguns hotéis; nos pacotes de telecomunicações com comunicações ilimitadas²¹⁵; ou aquando da compra de automóveis ou imóveis, em que a indicação do valor total do bem torna mais fácil a aquisição de opções adicionais para o mesmo²¹⁶ (estando aqui também em causa o *princípio da sensibilidade diminuída*)²¹⁷.

²⁰⁸ LEVIN, SCHNEIDER e GAETH, “All frames...”, 1998, p. 167.

²⁰⁹ Sobre as diferenças entre ambos os *enquadramentos* – *Id.*, p. 168.

²¹⁰ Neste caso podemos estar perante uma *PCD*, nos termos do art.º 8.º, o), do DL 57/2008.

²¹¹ THALER, “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, pp. 16-18 e 21-22.

²¹² *Id.*, *Ibid.*

²¹³ *Id.*, *Ibid.*

²¹⁴ *Id.*, *Ibid.*

²¹⁵ THALER, “Mental Accounting Matters”, 1999, pp. 192-193.

²¹⁶ THALER, “Mental Accounting and Consumer Choice”, 2008, p. 22.

²¹⁷ Cf., *supra*, III, 5.

Inversamente, a *segregação de resultados* tem por base a predileção do consumidor por ganhos e deve ocorrer quando os resultados representem vários ganhos, ou perdas seguidas de ganhos (inferiores àquelas)²¹⁸. Constituem exemplos do recurso a esta técnica algumas práticas utilizadas em *televendas*²¹⁹, como a apresentação dos artigos como sendo dotados de uma multiplicidade de funções ou a “*oferta*” de várias vantagens caso o consumidor ligue no momento em que é feito o anúncio²²⁰ (a *that’s-not-all technique* combinada com a *escassez*, atrás analisadas)²²¹.

Existe, contudo, um caso particular que parece configurar uma exceção às ideias por detrás da *integração* e *segregação de resultados*. Referimo-nos à prática que consiste em anunciar que, p. ex., face às facilidades de pagamento, o custo de determinado produto corresponderá a apenas alguns cêntimos por dia²²², a qual visa antes explorar a circunstância de a generalidade dos consumidores não contabilizar despesas muito pequenas²²³, não sentindo, assim, essas perdas.

No entanto, os casos de *efeito de enquadramento* não se ficam por aqui. A *aversão às perdas* pode ser explorada por diversas outras formas. É, assim, o que sucede, p. ex., quando os profissionais estabelecem, à partida, preços muito elevados para os produtos (ou quando os elevam momentaneamente) a fim de implementarem artificialmente práticas de redução de preços²²⁴, quando definem preços terminados em .99\$, com o objetivo de

²¹⁸ THALER, “*Mental Accounting and Consumer Choice*”, 2008, pp. 16-18, 21.

²¹⁹ Sobre o regime legal aplicável às *televendas*, cf. os art.ºs 2.º, e) e v), 8.º, n.º 4, 39.º, n.º 2, e 40.º a 40.º-C, todos da Lei 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido).

²²⁰ THALER, “*Mental Accounting and Consumer Choice*”, 2008, p. 21.

²²¹ Cf., *supra*, III, 3.2.

²²² Cf. GOURVILLE, “*Pennies-a-day...*”, 1998, pp. 395-408.

²²³ THALER, “*Mental Accounting Matters*”, 1999, p. 194.

²²⁴ Com vista a impedir esta prática, o art.º 5.º, n.º 2, do DL 70/2007, na sua versão original, exigia que a redução do preço tivesse por referência “o preço mais baixo efetivamente praticado para o respetivo produto no mesmo local de venda, durante um período continuado de 30 dias anteriores ao início do período de redução”. Em 2015, essa disposição foi eliminada pelo DL 10/2015, no sentido de permitir que a redução tivesse por referência o último preço praticado (que poderia ser, p. ex., o da “hora anterior”), o que motivou diversas críticas por parte da doutrina. MORAIS CARVALHO advertiu mesmo que, na medida em que essa versão do art.º 5.º, n.º 1, do diploma manteve que a redução de preço deveria ser “real”, sempre que a mesma fosse artificial deveria considerar-se estarmos perante uma fraude à lei.

levarem o consumidor a interpretá-los como mais baixos do que aquilo que são na realidade²²⁵, quando recorrem a contratos promocionais com objeto plural²²⁶, que têm o efeito de afastar a atenção do consumidor dos

Cf. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 75-76. Com a nova alteração ao DL 70/2007, operada pelo DL 109/2019, veio de novo assegurar-se a proteção do consumidor neste âmbito, prevendo que a redução de preço anunciada “*deve ser real*”, por referência ao “*preço mais baixo a que o produto foi vendido, fora de eventuais períodos de saldo ou de promoção, nos 90 dias anteriores ao dia em que é posto à venda em saldo ou em promoção*”. Cf. art.º 5.º, n.º 1, e art.º 3.º, n.º 2, a), do DL 70/2007, alterado pelo DL 109/2019. Entretanto, em face dos resultados da *verificação da adequação (fitness-check)* das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC, 2009/22/EC e 2006/114/EC, uma das medidas legislativas implementadas pelo “*Novo Acordo para os Consumidores*”, consistiu justamente em, através da nova Diretiva (UE) 2019/2161, alterar a Diretiva 98/6/CE, no sentido de incluir nesta um novo art.º 6.º-A, com os seguintes termos: “*Artigo 6.º-A*

1. *Qualquer anúncio de redução de preço indica o preço anteriormente praticado pelo comerciante durante um determinado período anterior à aplicação da redução do preço.*

2. *Entende-se por preço anteriormente praticado, o preço mais baixo praticado pelo comerciante durante um período que não seja inferior a 30 dias anterior à aplicação da redução do preço.*

3. *Os Estados-Membros podem estabelecer regras diferentes para os bens suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo de validade.*

4. *Caso o produto esteja no mercado há menos de 30 dias, os Estados-Membros podem igualmente fixar um período mais curto do que o estabelecido no n.º 2.*

5. *Os Estados-Membros podem estabelecer que, aquando do aumento gradual da redução do preço, o preço anteriormente praticado é o preço sem redução antes da primeira aplicação da redução do preço*”. Isto é, ainda que com exceções, volta a implementar-se, em termos gerais, um regime semelhante ao regime original do DL 70/2007. Em virtude de o regime relativo aos preços de referência que vigora hoje, entre nós, ser mais garantístico do que a regulação recentemente aprovada no âmbito do “*Novo Acordo*”, as disposições do DL 70/2007 respeitantes a essa matéria deverão manter-se inalteradas. Todavia, já não será assim no que toca ao regime das sanções, presente no DL 70/2007. De facto, no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*”, foi também alterado o art.º 8.º da Diretiva 98/6/CE, com vista a tornar as sanções, em caso de violação do disposto nesse instrumento legal, mais “*efetivas, proporcionadas e dissuasivas*”. Cf. o art.º 2.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva (UE) 2019/2161.

²²⁵ Cf. ANDERSON e SIMESTER, “*Effects of \$9 Price Endings...*”, 2003, pp. 105 e ss.

²²⁶ O TJ tem considerado este tipo de práticas, à partida, como admissível à luz do disposto na DPCD. Cf. Ac. VTB-VAB e Galatea – Proc.ºs apensos C-261/07 e C-299/07 –, e o Ac. Vincent Deroo-Blanquart, Proc. C-310/15. Neste último caso, foi sustentado pelo TJ que a proposta conjunta de um computador equipado com programas pré-instalados, sem a indicação do preço de cada um dos componentes da mesma, não constitui uma PCD enganosa, nos termos do art.º 5.º, n.º 4, a), e do art.º 7.º da DPCD. Já se um dos componentes da oferta conjunta for um serviço financeiro, o TJ não se opõe a que a mesma seja proibida

preços individuais de cada produto publicitando, muitas vezes, que um deles é “*grátis*” ou “*oferta*”²²⁷⁻²²⁸, ou ainda, quando esta referência é feita em relação a determinado bem ou serviço individuais²²⁹.

No que toca esta última prática, existe um caso que merece especial referência – a publicitação de serviços como “*gratuitos*” quando, na verdade, são fornecidos em troca dos dados pessoais dos consumidores²³⁰. Ora, também neste caso foram introduzidas alterações legais no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*”²³¹.

Na sua versão original, o regime da DDC era já aplicável aos contratos de fornecimento de *conteúdos* digitais que não sejam fornecidos num suporte material (cf. Cons. 19; art.ºs 5.º, n.º 2; 6.º, n.º 2; 14.º, n.º 4, b), da DDC), independentemente de, como contrapartida, o consumidor pagar um preço ou fornecer os seus dados pessoais²³². No entanto, no que toca aos contratos de prestação de *serviços* digitais, a versão original da DDC apenas se aplicava aos contratos em que, como contrapartida, o consumidor pagava um preço em dinheiro. Basicamente, neste caso, em face da similitude que existe entre os contratos em que ao fornecimento dos *serviços* digitais se contrapõe o pagamento de um preço em dinheiro

pela legislação dos E.M.’s, uma vez que se encontra preenchida a exceção do n.º 9, do art.º 3.º da DPCD. Cf. Ac. *Citroën Belux*, Proc. C-265/12.

²²⁷ ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, pp. 49 e ss.

²²⁸ De acordo com MORAIS CARVALHO, esta prática é intrinsecamente *enganosa*, na medida em que o consumidor é atraído para uma oferta apresentada como gratuita, quando, na verdade, o seu preço está integrado no preço do conjunto. Por conseguinte, segundo o autor, o legislador deveria proibi-la e estabelecer que, quando o profissional se referir a um bem como gratuito, este possa ser exigido independentemente da celebração do contrato. MORAIS CARVALHO, “*Reflexão...*”, 2011, pp. 500, 518. De acordo com a CE, a principal preocupação do legislador europeu parece estar em que o profissional não suba artificialmente o preço do conjunto nem crie esquemas com vista a recuperar o valor do bem “*oferecido*”. Caso tal ocorra, estaremos perante a PCD prevista no art.º 8.º, z), do DL 57/2008. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 99 e ss.

²²⁹ No que respeita a esta prática, convém referir que pode também estar em causa o art.º 8.º, z), bem como os art.ºs 9.º e 10.º, todos do DL 57/2008.

²³⁰ Segundo a CE, esta prática pode-se também enquadrar no art.º 8.º, z), ou nos art.ºs 9.º e 10.º do DL 57/2008. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 103, 155. Qualificando este tipo de contratos como onerosos. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 39.

²³¹ CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018, p. 6.

²³² Cf. Cons. 31 da Diretiva (UE) 2019/2161.

e aqueles em que os *serviços* digitais são prestados em troca de dados pessoais, entendeu-se, no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*”, promover a alteração²³³ da DDC de modo a que ambos os tipos de contratos de fornecimento de *serviços* digitais estejam sujeitos ao mesmo regime legal na DDC²³⁴, incluindo a atribuição, em ambos os casos, do *direito de arrependimento* (ou *retratação*). Ainda no âmbito da DDC, foi igualmente aprovada a alteração do art.º 24.º deste diploma no sentido de tornar as sanções em caso de violação às disposições nacionais adotadas nos termos da DDC, mais “*efetivas, proporcionadas e dissuasivas*”²³⁵.

5.1.5. *Efeitos contextuais (efeito de atração e efeito de compromisso)*

Contrariamente ao que sustentavam as teorias da racionalidade económica²³⁶, é hoje sabido que a particular configuração do leque de opções em jogo tem uma influência determinante nas escolhas do consumidor²³⁷. Os *efeitos contextuais* correspondem a diferentes manifestações deste fenómeno, as quais têm por base o impacto que a inclusão de alternativas irrelevantes no conjunto de opções em jogo tem nas escolhas do consumidor²³⁸.

Os mais importantes *efeitos contextuais* são o *efeito de atração* e o *efeito de compromisso*.

²³³ Cf. Cons. 31, e as alterações à DDC, previstas no art.º 4.º, n.º 1, b), c), d), e), n.º 2, b), n.º 3, a) e b), n.º 4, a), iii) e iv), e n.ºs 10, 11 e 12, a), i) e ii), da Diretiva (UE) 2019/2161.

²³⁴ Excetuando os casos em que os dados pessoais em causa são recolhidos pelo profissional exclusivamente para o fornecimento dos conteúdos digitais ou prestação dos serviços digitais, e não para outros fins; em que os dados do consumidor sejam recolhidos para cumprimento de obrigações legais; ou quando o profissional recolhe apenas metadados, tais como informações relativas ao dispositivo do consumidor ou ao seu histórico de navegação, exceto se essa situação for considerada um contrato, nos termos do direito nacional. Cf. Cons.ºs 33, 34 e 35, e art.º 4.º, n.ºs 2, b), e 10, da Diretiva (UE) 2019/2161.

²³⁵ Sobre o regime relativo às sanções no âmbito da DDC, cf. os Cons.ºs 3 a 15 e o art.º 4.º, n.º 13, da Diretiva (UE) 2019/2161.

²³⁶ TVERSKY e SIMONSON, “*Context Dependent Effects*”, 1993, pp. 1179-1180.

²³⁷ *Id.*, pp. 1180 e ss.

²³⁸ *Id.*, p. 1187.

O *efeito de atração* corresponde ao facto de, num leque composto por duas escolhas, a inclusão de uma terceira opção que seja dominada por uma daquelas tornar esta possibilidade dominante como muito mais apelativa para o consumidor²³⁹. P. ex., num caso em que o consumidor se encontre indeciso entre dois pacotes de viagens com tudo incluído para Paris ou Roma, a integração no leque de opções de um novo pacote de viagem a Roma, mas sem pequeno-almoço, torna o pacote Roma com tudo incluído como a mais apelativa das três alternativas²⁴⁰.

O *efeito de compromisso* traduz-se na circunstância de o consumidor, perante um determinado conjunto de opções, considerar as opções que sejam equilibradas no que toca a vantagens e desvantagens muito mais apelativas que as opções extremadas, isto é, opções que contenham grandes vantagens, mas também grandes desvantagens²⁴¹. P. ex., num caso em que estejam em jogo dois modelos de determinado produto, um com um preço de 170€ e outro com um preço de 240€, a inclusão no conjunto de um terceiro modelo, com um preço de 470€, faz com que a opção do meio se torne muito mais interessante²⁴².

Em face dos seus efeitos, ambas as figuras podem ser exploradas por diversas formas – p. ex., pelos vendedores de imóveis ou de automóveis, na escolha e ordem de apresentação dos bens que vão propor aos consumidores²⁴³; pelos profissionais retalhistas, pela forma como estabelecem a disposição e os preços das diversas categorias de produtos, quer nas lojas físicas, quer *on-line* (p. ex., pela ordem de resultados da pesquisa)²⁴⁴⁻²⁴⁵;

²³⁹ SIMONSON, “*Choice Based on Reasons*”, 1989, p. 160.

²⁴⁰ ARIELY, *Predictably Irrational*, 2008, p. 10.

²⁴¹ SIMONSON, “*Choice Based on Reasons*”, 1989, p. 161.

²⁴² TVERSKY e SIMONSON, “*Context Dependent Effects*”, 1993, p. 1183.

²⁴³ HANSON e KYSAR, “*Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...*”, 1999, p. 1440.

²⁴⁴ VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, pp. 1344-1345.

²⁴⁵ No que respeita às ordenações dos resultados das pesquisas, o “*Novo Acordo para os Consumidores*” veio impor aos profissionais que operem nos mercados em linha diversas obrigações de *transparência* para com os consumidores no que toca aos parâmetros que são utilizados para o posicionamento das ofertas. Cf. Cons.^{os} 17-23, 26, o art.^o 3.^o, n.^{os} 1, b), 4, b), e 7, a), e o art.^o 4.^o, n.^o 5, da Diretiva (UE) 2019/2161. Tais medidas consistiram na alteração da DPCD e da DDC no sentido de considerar os parâmetros que determinam a classificação dos produtos apresentados ao consumidor em resultado de pesquisas em linha (e a importância relativa desses parâmetros em comparação com outros parâmetros)

pelos profissionais da restauração, por meio da definição da ordem de apresentação dos preços²⁴⁶ e das opções de tamanho das porções²⁴⁷; ou até pelas marcas, ao desenvolverem modelos que sabem que não serão vendidos, mas que terão o efeito de potenciar a venda de outros²⁴⁸.

6. Processos mentais inconscientes – o efeito de impulsão

I. Com o surgimento das *Dual-Process Theories*, é hoje ponto assente que a mente humana é constituída pela consciência, mas também por um conjunto de mecanismos mentais, na sua maioria inconscientes, que operam de forma contínua em articulação com aquela, e são essenciais nas nossas tomadas de decisão²⁴⁹.

Tendo em vista a prossecução de objetivos adaptativos, uma das formas pelas quais estas ferramentas inconscientes operam é através da determinação automática de comportamentos, a qual tem origem em quatro microssistemas – *perceptivo, avaliativo, motivacional e emocional*²⁵⁰.

O microssistema *perceptivo* refere-se ao facto de estarmos psicológica e neurologicamente programados²⁵¹ para que as nossas percepções influenciem os nossos comportamentos, de modo automático e inconsciente²⁵². É

como *informação substancial*, a qual deve ser obrigatoriamente fornecida ao consumidor nos contratos celebrados em mercados em linha (e em estabelecer como *PCD em quaisquer circunstâncias* a prática que consista em “fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa”). Estas medidas tiveram por base um estudo comportamental relativo à transparência das *plataformas digitais*, disponível em https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_en.

²⁴⁶ P. ex., a colocação estratégica de preços de produtos que vão fazer com que os outros pareçam menos caros. WANSINK e LOVE, “*Slim By Design...*”, 2014, p. 138.

²⁴⁷ P. ex., a criação de diversas embalagens gigantes com vista a que o consumidor considere mais facilmente opções intermédias maiores e mais caras.

²⁴⁸ P. ex., a junção de um produto muito caro à linha de produtos de certa marca, a fim de tornar as gamas intermédias mais atrativas. VAN LOO, “*Helping Buyers Beware*”, 2015, p. 1345.

²⁴⁹ Cf., *supra*, n. 7.

²⁵⁰ BARGH e MORSELLA, “*Unconscious Behavioral...*”, 2009, pp. 6 e ss.

²⁵¹ *Id.*, pp. 7, 8, 11 e 12.

²⁵² BARGH e CHARTRAND, “*The Unbearable...*”, 1999, pp. 465-466.

o que se passa com a circunstância de nascermos com a capacidade inata de imitarmos os comportamentos de quem nos rodeia, ou de com quem interagimos²⁵³, ligada à *prova social* e aos *contágios comportamentais*²⁵⁴, mas também com o facto de a percepção das características ou comportamentos dos outros ou de pistas que os evoquem, como palavras ou imagens, conduzir à ativação de estereótipos sociais e traços comportamentais que espoletam a adoção inconsciente de comportamentos²⁵⁵. P. ex., a ativação do estereótipo “*idoso*” levou voluntários numa experiência a andar mais devagar²⁵⁶.

O segundo microssistema, o *avaliativo*, parte da ideia de que temos gostos, preferências e modos de agir inconscientes que resultam da evolução adaptativa das espécies²⁵⁷ (embora ampliadas pela nossa experiência pessoal e aprendizagem²⁵⁸) e que nos guiam de forma automática em todas as nossas avaliações e decisões²⁵⁹. P. ex., tendemos a gostar mais daqueles que são parecidos connosco e vice-versa.

O terceiro microssistema, o *motivacional*, abrange os mecanismos mentais responsáveis pelos nossos objetivos²⁶⁰. Uma vez que, à semelhança dos estereótipos e traços comportamentais, os objetivos do ser humano consistem em representações mentais (do objetivo e dos meios para os atingir), é igualmente possível ativá-los e prosseguir-los por intermédio de processos mentais inconscientes desencadeados por estímulos ambientais²⁶¹. P. ex., perguntar a um consumidor qual a sua preferência relativamente a certo produto ativa a disposição “*consumo*”, aumentando a probabilidade de compra²⁶².

Por fim, o microssistema *emocional* reporta-se à circunstância de os nossos estados emocionais poderem dar azo a alterações automáticas dos nossos comportamentos, sem que nos apercebamos desse efeito. P. ex., a

²⁵³ DIJKSTERHUIS *et al*, “*The Unconscious Consumer...*”, 2005, p. 195.

²⁵⁴ BARGH e MORSELLA, “*Unconscious Behavioral...*”, 2009, p. 9.

²⁵⁵ DIJKSTERHUIS *et al*, “*The Unconscious Consumer...*”, 2005, pp. 196-197.

²⁵⁶ BARGH e CHARTRAND, “*The Unbearable...*”, 1999, p. 466.

²⁵⁷ BARGH e MORSELLA, “*Unconscious Behavioral...*”, 2009, p. 12.

²⁵⁸ WILSON, *Strangers to Ourselves*, 2002, pp. 88-89.

²⁵⁹ BARGH e MORSELLA, “*Unconscious Behavioral...*”, 2009, p. 12.

²⁶⁰ *Id.*, p. 14.

²⁶¹ BARGH e CHARTRAND, “*The Unbearable...*”, 1999, p. 468.

²⁶² XU e WYER JR., “*The Effect of Mind-sets...*”, 2007, p. 556.

tristeza pode levar-nos, inconscientemente, a pagar mais por determinado produto, ou a vendê-lo por menos²⁶³.

Apesar de estes quatro sistemas desempenharem importantes funções adaptativas, as suas características podem ser exploradas por meio da *persuasão supraliminar* e da famosa *persuasão subliminar*.

II. A *persuasão supraliminar* consiste na utilização de estímulos ambientais que são percebidos conscientemente pelo consumidor, mas que influenciam os seus comportamentos de modo indetetável, dado se basearem no funcionamento dos quatro sistemas referidos²⁶⁴. Referimo-nos, essencialmente, às técnicas da *impulsão (priming)*, as quais consistem, basicamente, no recurso a estímulos como palavras, imagens, sons, cheiros, cores, comportamentos individuais, etc., com o intuito de ativar determinado processo mental que conduza a certo comportamento²⁶⁵. P. ex., um profissional, ao dialogar com um consumidor, imitar os seus movimentos físicos de modo a que este o avalie mais positivamente²⁶⁶.

É também neste contexto que se insere o *marketing sensorial* e os *atmosféricos*, isto é, a utilização de estímulos sensoriais na promoção de bens e serviços e no *design* de ambientes comerciais (físicos ou virtuais) com o objetivo de potenciar (muitas vezes de modo inconsciente) comportamentos de consumo²⁶⁷.

Existem vários casos de *atmosféricos* que são criados como o fim de espoletar processos mentais inconscientes. Por motivos de espaço, cingir-nos-emos aos exemplos mais importantes²⁶⁸ – a música; os cheiros e aromas; os *atmosféricos* ligados ao *design* do espaço comercial e seus elementos; o uso das cores.

Assim, no que respeita à música, foi demonstrado, p. ex., que o seu *tempo* (rápido ou lento), o seu *estilo* (música clássica ou *pop*) ou a sua nacionalidade (francesa ou alemã) podem ser utilizados para influenciar,

²⁶³ BARGH e MORSELLA, “*Unconscious Behavioral...*”, 2009, pp. 18 e ss.

²⁶⁴ BARGH, “*Losing Consciousness...*”, 2002, p. 282.

²⁶⁵ Cf. DIJKSTERHUIS *et al*, “*The Unconscious Consumer...*”, 2005, pp. 194 e ss.

²⁶⁶ CIALDINI, *Influência*, 2015, p. 171.

²⁶⁷ KOTLER, “*Atmospherics...*”, 1973-1974, p. 50.

²⁶⁸ Para uma sùmula das diversas categorias de *atmosféricos* que podem existir, cf. TURLEY e MILLIMAN, “*Atmospheric Effects...*”, 2000, pp. 194 e ss.

respetivamente, a velocidade com que nos movimentamos no espaço comercial e o tempo em que nele permanecemos²⁶⁹, o quanto gastamos (música clássica está associada a sofisticação, logo a maior dispêndio)²⁷⁰, ou o tipo de vinho que compramos (francês ou alemão)²⁷¹.

No que se refere à utilização dos cheiros e aromas, é hoje sabido, p. ex., que cheiros agradáveis levam o consumidor a permanecer mais tempo no espaço comercial e a avaliar mais positivamente a loja/marca e os seus produtos²⁷².

Outro tipo de *atmosféricos* refere-se àqueles que estão ligados ao *design* do espaço comercial e seus elementos. É o caso, p. ex., de as dimensões dos carrinhos e cestos dos hipermercados (largos e fundos) terem em vista levar os consumidores a comprar mais²⁷³, de os corredores desse tipo de estabelecimentos serem longos e projetados como “*labirintos*”²⁷⁴ com o fim de potenciarem o consumo²⁷⁵, ou de os bens essenciais serem colocados nas zonas mais afastadas das saídas por forma a obrigar o consumidor a passar por toda a loja²⁷⁶.

Ainda neste campo, impõe-se uma referência à capacidade da utilização das cores na determinação de comportamentos. Diversos estudos indicam que por meio das cores é possível influenciar (inconscientemente) o consumidor praticamente a todos os níveis – desde o apetite, à atenção e às emoções²⁷⁷. Assim, p. ex., é hoje sabido que o azul induz calma e prazer²⁷⁸, que o vermelho induz excitação e abre o apetite²⁷⁹ e que

²⁶⁹ MILLIMAN, “*Using Background Music...*”, 1982, pp. 87 e ss.

²⁷⁰ NORTH, SHILCOCK e HARGREAVES, “*The Effect of Musical Style...*”, 2003, pp. 712-718.

²⁷¹ NORTH, HARGREAVES e MCKENDRICK, “*In-store music...*”, 1997, p. 132.

²⁷² BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, pp. 122 e ss.

²⁷³ <https://consumerist.com/2014/02/07/do-super-sized-shopping-carts-equal-super-sized-bills/>, acedido em 09/03/2018.

²⁷⁴ Sobre o *design* dos espaços comerciais de uma conhecida marca de mobiliário, cf. PENN, “*The complexity...*”, 2005.

²⁷⁵ HANSON e KYSAR, “*Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence...*”, 1999, pp. 1446-1447.

²⁷⁶ *Id.*, *Ibid.*

²⁷⁷ BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 119.

²⁷⁸ SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, p. 197.

²⁷⁹ *Id.*, *Ibid.*

esta cor e o amarelo aumentam a sociabilidade dos consumidores²⁸⁰. Por outro lado, as cores podem estar também associadas a determinados significados, que podem ser explorados – é o caso, p. ex., de os profissionais adotarem a cor verde para as embalagens dos seus produtos, dado estar associada a preocupações ambientais²⁸¹⁻²⁸², ou de profissionais ligados a produtos com riscos para a saúde escolherem para esses produtos embalagens com cores suaves, como branco ou azul-bebé, uma vez que estão associadas a estímulos inofensivos²⁸³⁻²⁸⁴.

III. A famosa *persuasão subliminar* não se afasta muito da *persuasão supraliminar*. Aquela consiste, basicamente, no recurso aos mesmos métodos utilizados nas técnicas da *impulsão*. A diferença fundamental entre ambas está no facto de, na *persuasão subliminar*, aqueles estímulos serem utilizados de modo impercetível para a consciência, através, p. ex., de imagens muito rápidas ou dissimuladas no ambiente²⁸⁵⁻²⁸⁶. Apesar de, ao longo da história, ter alimentado muitos receios e inspirado o desenvolvimento de normas legais que a proíbem²⁸⁷, a sua eficácia é muito mais limitada do que aquilo que se pensa²⁸⁸.

²⁸⁰ *Id.*, p. 198.

²⁸¹ BERMAN, “*Manipulative Marketing...*”, 2015, pp. 530 e ss.

²⁸² Este tipo de técnica, ou o uso de símbolos, logótipos ou outras formas de comunicação indireta podem ser considerados *alegações ambientais enganosas* ou “*branqueamento ecológico*” e, assim, configurar PCD’s, nos termos dos art.º 7.º, n.º 1, do DL 57/2008. Os profissionais podem, no entanto, fazer prova de que as alegações ambientais que invocam (ainda que de modo indireto) são verídicas – art.º 22.º do DL 57/2008. Para mais desenvolvimentos, cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 111 e ss.

²⁸³ BERMAN, “*Manipulative Marketing...*”, 2015, pp. 530 e ss.

²⁸⁴ No limite, é sempre possível, nos termos do art.º 7.º, n.º 1, do DL 57/2008, estarmos perante PCD’s *enganosas*, uma vez preenchidos os seus requisitos. Tudo dependerá da existência de indução em erro e *distorção substancial* do comportamento económico do *consumidor médio*. A Psicologia poderá assumir um papel essencial nesta análise, a qual tem sido relegada pelo TJ para os tribunais nacionais. Cf., por todos, o Ac. *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14.

²⁸⁵ BARGH, “*Losing Consciousness...*”, 2002, p. 282.

²⁸⁶ Sobre as influências *subliminares*, cf. DIJKSTERHUIS, AARTS e SMITH, “*The Power of the Subliminal...*”, 2006, pp. 77-104.

²⁸⁷ Entre nós, o art.º 60.º da CRP e o art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do CPub.

²⁸⁸ DIJKSTERHUIS, AARTS e SMITH, “*The Power of the Subliminal...*”, 2006, pp. 92 e ss.

7. *Fatores viscerais*

A expressão *fatores viscerais* deve a sua autoria a GEORGE LOEWENSTEIN e visa designar um conjunto composto por determinados mecanismos cognitivos que, face aos seus traços gerais, assumem uma importante influência no processo de decisão do ser humano. São eles as pulsões e motivações (o facto de sentirmos fome, sede, desejo sexual ou poder-mos ficar fisicamente dependentes de substâncias), as emoções e a dor física²⁸⁹.

Com vista à prossecução de objetivos adaptativos, os *fatores viscerais* resultam de *impulsos* e *instintos* que têm origem em mecanismos reguladores que o organismo dispõe de forma inata²⁹⁰ (embora temperada pelos processos de educação e aculturação²⁹¹) para identificar carências biológicas²⁹² e classificar e catalogar estímulos existentes nos ambientes que o ser humano frequenta ou nas situações que este represente mentalmente²⁹³.

Nesta medida, da intervenção dos *fatores viscerais* resultam normalmente comportamentos e decisões essenciais à nossa vida e, como tal, conformes com a racionalidade²⁹⁴. Todavia, há muito que se sabe que estes mesmos mecanismos conduzem, muitas vezes, o ser humano a decisões muito contrárias aos seus melhores interesses²⁹⁵⁻²⁹⁶.

Face a esses efeitos, são diversos os casos de estratégias de persuasão que têm por objeto este tipo de reações, tendo nós, por principais exemplos, determinadas técnicas que têm por fim aumentar a *saliência* dos produtos e os *atmosféricos*.

No que toca às primeiras, referimo-nos, p. ex., ao recurso a fotografias, vídeos, ou expressões, os quais podem ser diretamente concebidos para

²⁸⁹ LOEWENSTEIN, “*Out of Control...*”, 1996, p. 272.

²⁹⁰ DAMÁSIO, *O Erro de Descartes*, 2014, pp. 160 e ss.

²⁹¹ *Id.*, pp. 170-174.

²⁹² *Id.*, pp. 161-162.

²⁹³ P. ex., qualificando certo estímulo como perigoso (gerando as sensações físicas ligadas ao medo) ou certa decisão como positiva (associando-a a sensações agradáveis).

²⁹⁴ LOEWENSTEIN, “*Out of Control...*”, 1996, p. 273.

²⁹⁵ LOEWENSTEIN, “*Emotions...*”, 2000, pp. 426-427.

²⁹⁶ Sobre as causas deste fenómeno, cf. LOEWENSTEIN, “*Out of Control...*”, 1996, pp. 273-276; LOEWENSTEIN, “*Emotions...*”, 2000, p. 428.

despertar determinado *fator visceral*, como a fome (ou a pulsão por açúcar) ou certas emoções.

Relativamente aos *atmosféricos*, temos em mente, p. ex., a utilização de cores, como o vermelho, capaz de induzir excitação e abrir o apetite²⁹⁷; de cheiros (artificiais ou naturais), como o cheiro a pão acabado de fazer (ou a café acabado de moer) ou a comida, capazes também de espoletar emoções ligadas à evocação de memórias agradáveis²⁹⁸; das ofertas de comida nos hipermercados, cuja verdadeira função é provocar o funcionamento das glândulas salivares dos consumidores, potenciando dessa forma o consumo²⁹⁹; do *design* do espaço – em que os produtos capazes de desencadear *fatores viscerais* estão estrategicamente colocados em *ilhas* e junto às caixas; ou, ainda, do recurso a luzes capazes de tornar os produtos visualmente mais apelativos³⁰⁰.

No caso específico das emoções, refira-se ainda o recurso a técnicas como a colocação estratégica das personagens nas caixas de cereais de modo a estabelecerem contacto visual com as crianças, potenciando sentimentos de confiança e conexão com a marca³⁰¹⁻³⁰²; ou os casos em que os próprios representantes dos profissionais podem, por meio das suas formas de interação, desencadear no consumidor certos estados emocionais que o deixem mais impulsivo.

Em segundo lugar, o próprio *enquadramento* das opções como perdas³⁰³, ou o aumento da *saliência* da possibilidade destas, influencia emocionalmente o consumidor³⁰⁴.

Por fim, de acordo com GRISKEVICIUS *et al*, a função adaptativa de cada emoção pode ser aproveitada por técnicas de persuasão que potenciem algumas das “*armas de influência*” de CIALDINI. P. ex., o medo leva-nos

²⁹⁷ SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, p. 197.

²⁹⁸ Tal evocação pode ser feita também por meio de outros estímulos, como músicas. SOLOMON, *Consumer Behavior*, 2015, pp. 200-203.

²⁹⁹ <http://www.bonappetit.com/test-kitchen/how-to/article/supermarket-psychology>, acedido em 09/03/2018.

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 124.

³⁰² Esta técnica pode ser considerada *PCD agressiva*, nos termos do art.º 11.º, n.º 1, do DL 57/2008.

³⁰³ Cf, *supra*, III, 5.1.4.

³⁰⁴ Tal é reconhecido pelo DL 57/2008 – cf. art.º 8.º, o), e o art.º 12.º, g).

a agir mais de acordo com a maioria, tornando-nos mais permeáveis à *prova social*³⁰⁵.

IV. *Força de vontade limitada (o depauperamento do ego)*

Para além dos desvios à racionalidade atrás enunciados, o ser humano afasta-se do modelo do *Homo Economicus*, também em resultado de a sua força de vontade ou poder de autocontrolo³⁰⁶ serem *limitados* – *bounded willpower*³⁰⁷.

Nas últimas décadas, importantes correntes da Psicologia contemporânea³⁰⁸ têm vindo a sustentar que muitas das faltas de autocontrolo do ser humano resultam de um fenómeno denominado *depauperamento do ego*, o qual se traduz no facto de as capacidades de autocontrolo do ser humano decrescerem à medida que são utilizadas³⁰⁹. Sendo o autocontrolo a mais importante defesa que o consumidor tem ao seu dispor, um mecanismo que o limite ou afaste representa uma importante fragilidade, uma vez que o deixa à mercê das vulnerabilidades atrás analisadas. Tal ideia foi evidenciada por autores como POCHEPSOVA *et al*³¹⁰ e VOHS e FABER³¹¹ que, a propósito do comportamento do consumidor, constataram que o *depauperamento do ego* o deixa mais impulsivo³¹², menos apto a detetar propostas pouco vantajosas³¹³ e mais vulnerável a *enviesamentos*³¹⁴.

Tendo noção destes aspetos, alguns profissionais têm desenvolvido técnicas que visam explorar os seus efeitos. É o caso, p. ex., da tática

³⁰⁵ GRISKEVICIUS *et al*, “*Fear and Loving in Las Vegas...*”, 2009, p. 386.

³⁰⁶ Sobre o poder de autocontrolo, cf. INZLICHT, SCHMEICHEL e MACRAE, “*Why self-control...*”, 2014, p. 127.

³⁰⁷ JOLLS, SUNSTEIN e THALER, “*A Behavioral Approach...*”, 1998, p. 1479.

³⁰⁸ Referimo-nos à *Resource Theory*, de BAUMEISTER, e ao *Process Model*, de INZLICHT e SCHMEICHEL. Cf. BAUMEISTER *et al*, “*Ego Depletion...*”, 1998, e INZLICHT e SCHMEICHEL, “*Beyond limited resources...*”, 2016.

³⁰⁹ BAUMEISTER *et al*, “*Ego Depletion...*”, 1998, p. 1252.

³¹⁰ POCHEPSOVA *et al*, “*Deciding Without Resources...*”, 2007, pp. 5 e ss.

³¹¹ VOHS e FABER, “*Spent Resources...*”, 2007, pp. 537-547.

³¹² *Id.*, pp. 544-545.

³¹³ *Id.*, *Ibid.*

³¹⁴ POCHEPSOVA *et al*, “*Deciding Without Resources...*”, 2007, pp. 5 e ss.

que consiste em convidar o consumidor a deslocar-se a um local, onde é submetido a longas esperas e questionários, a fim de *depauperá-lo* e obter mais facilmente a sua aceitação a determinada proposta³¹⁵.

Esta realidade, aliada aos desenvolvimentos tecnológicos que caracterizam o comércio do século XXI, designadamente os modernos sistemas de recolha e tratamento de dados, tem deixado estudiosos como LEVY³¹⁶ ou CALO³¹⁷ bastante apreensivos no que respeita ao potencial lesivo da figura.

V. Condicionantes

Uma vez analisado este conjunto de vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor, cumpre referir dois fatores que podem afetar a sua capacidade de influência – o ambiente concreto da decisão e a utilização das novas tecnologias.

1. Diferenças individuais e fatores situacionais

De acordo com os desenvolvimentos das *Dual-Process Theories*, as diversas vulnerabilidades que analisamos correspondem a realidades universais, isto é, que são comuns à generalidade dos indivíduos³¹⁸. Todavia, a sua capacidade de conduzir o consumidor a más decisões depende de vários fatores – em particular, das diferenças cognitivas individuais e do contexto da decisão em jogo.

No que respeita às diferenças individuais, referimo-nos quer ao facto de as capacidades dos mecanismos que podem contrariar os seus efeitos (em particular, a inteligência³¹⁹) poderem variar muito de indivíduo para

³¹⁵ Neste caso pode estar em causa a *PCD agressiva em quaisquer circunstâncias* prevista no art.º 12.º, a), ou uma *PCD agressiva*, nos termos gerais do art.º 11.º, n.ºs 1 e 2, a), do DL 57/2008.

³¹⁶ LEVY, *Neuroethics*, 2007, pp. 153-154.

³¹⁷ CALO, “*Digital Market Manipulation*”, 2014, p. 996.

³¹⁸ STANOVITCH e WEST, “*On the Relative Independence...*”, 2008, p. 672.

³¹⁹ Note-se, no entanto, que estudos recentes comprovam que determinadas *heurísticas* e *enviesamentos* podem ser difíceis de superar, na medida em que não podem ser afastados pela inteligência, mas apenas por estratégias específicas dificilmente adquiridas unicamente com a experiência de vida. É o caso da *ancoragem* ou da *falácia dos custos perdidos*. *Id.*, pp. 686 e ss.

indivíduo, quer à circunstância de as influências culturais e sociais, a educação e experiência de vida influírem determinadamente na configuração mental de cada um de nós³²⁰.

Relativamente aos aspetos situacionais, temos em mente, p. ex., o *envolvimento* do consumidor na decisão³²¹, o seu estado emocional ou o tempo para tomar a decisão, os quais, como vimos, têm um papel essencial, quer na determinação dos mecanismos envolvidos no processo de decisão, quer no seu resultado final.

2. Novas tecnologias

2.1. *Digital Market Manipulation*

A *Digital Market Manipulation* corresponde a uma expressão da autoria de CALO ligada ao impacto que as novas tecnologias de recolha e tratamento de dados (*Big Data*) podem ter na manipulação do consumidor³²². Para o autor, dado o potencial destas tecnologias, o conjunto de vulnerabilidades e técnicas que analisámos até aqui poderá ser apenas a *ponta do iceberg*³²³.

Segundo CALO, em face da generalização dos dispositivos que permitem o acesso à Internet a qualquer momento e, cada vez mais, em qualquer lugar, o consumidor do século XXI caracteriza-se por ser um “*consumidor mediado*”, que intervém no mercado por meio de tecnologia criada por outrem³²⁴. Deste fenómeno resultam enormes benefícios para o consumidor como, p. ex., a maior facilidade no acesso a bens e serviços e à informação acerca das características destes e dos profissionais que os produzem e/ou comercializam³²⁵. Todavia, é também responsável pelos fatores que permitem que a *Digital Market Manipulation* possa ser uma realidade³²⁶.

³²⁰ Cf. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, pp. 19-22, 40.

³²¹ Sobre o conceito de *envolvimento*, cf., *supra*, n. 22.

³²² CALO, “*Digital Market Manipulation*”, 2014, pp. 995 e ss.

³²³ *Id.*, p. 1049.

³²⁴ *Id.*, pp. 1002 e ss.

³²⁵ *Id.*, p. 1005.

³²⁶ *Id.*, pp. 1003 e ss.

Em primeiro lugar, essa mesma tecnologia possibilita, em tempo real e de modo imperceptível, a recolha e gravação de diversos tipos de dados relativos ao consumidor, os quais podem ir até ao mais ínfimo pormenor, desde os *sites* que visitou, as informações que consultou e o tempo que demorou, até ao seu estado emocional ou a sua localização geográfica³²⁷. A estes enormes conjuntos de informação, muitas vezes completados por outros tipos de dados, (p. ex., adquiridos em cartões de cliente ou a terceiros) são aplicados complexos algoritmos que permitem aos profissionais a deteção de diversas categorias de padrões de comportamento individuais e, assim, a criação de perfis psicocomportamentais para cada um de nós³²⁸. Através destes perfis, vão conseguir não apenas compreender os comportamentos presentes e prever os comportamentos futuros dos consumidores (o *modelling*³²⁹), como saber quais daqueles (consumidores e comportamentos) são mais, ou menos, lucrativos, e em que momentos³³⁰.

Para além de tudo isto, esses mesmos profissionais têm a capacidade de alterar, em cada momento, o *design* do ambiente virtual (e, cada vez mais, o ambiente físico), adaptando-o como bem entenderem³³¹. Com esta faculdade podem, em cada instante, através de algoritmos, adaptar o ambiente virtual com vista a adequá-lo ao perfil individual de cada consumidor (o *morphing*)³³². E com uma agravante: as reações destes às alterações do *design* podem ser aferidas (e modificadas) em tempo real, através de *Testes A/B* indetetáveis³³³⁻³³⁴.

³²⁷ *Id.*, p. 1004.

³²⁸ *Id.*, *Ibid.* O detalhe destes perfis é assustador. De acordo com TUFEKCI, cada perfil pode conter cerca de 3000 pontos diferentes sobre a pessoa em causa. TUFEKCI, “*Engineering the Public...*”, 2014, p. 13.

³²⁹ P. ex., apenas através dos “*gostos*” do Facebook, é possível aferir (*model*) diversas características do consumidor – orientação sexual, etnia, religião, preferências políticas, inteligência, felicidade, etc. TUFEKCI, “*Engineering the Public...*”, 2014, p. 17.

³³⁰ CALO relata-nos até a existência de vendas de *sucker lists*, isto é, de listas de dados de consumidores *vulneráveis*. CALO, “*Digital Market Manipulation*”, 2014, p. 1015, n. 115.

³³¹ *Id.*, p. 1004.

³³² *Id.*, p. 1017.

³³³ Trata-se de estudos feitos em tempo real, sem que os consumidores saibam, em que as reações destes a alterações em determinado estímulo (*design* de um *site*, um produto, etc.) são comparadas às reações de um grupo de controlo. *Id.*, p. 1015, n. 114.

³³⁴ Para uma análise dos estudos mais famosos, cf. PUSCHMANN e BOZDAG, “*Staking out...*”, 2014, pp. 1-15.

Face a este panorama, diz-nos CALO que não só é perfeitamente possível aos profissionais descobrirem novas vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor, como são igualmente capazes de identificar aquelas que são mais vincadas em cada um de nós e adaptarem a realidade virtual (ou física) a essas informações, espoletando comportamentos e aumentando os lucros³³⁵. P. ex., saber qual o momento em que os consumidores se sentem mais vulneráveis ou *depauperados* e utilizar essa informação para implementar estratégias comerciais direcionadas³³⁶.

Segundo HILDEBRANDT, a utilização de perfis suscita ainda outras questões, como o facto de o consumidor não ter modo de saber o que consta do seu perfil, não o podendo contestar³³⁷; ou a circunstância de, ao ser tratado com base no perfil, começar aos poucos a agir de acordo com ele, sofrendo uma deformação na sua identidade³³⁸.

Para a BEUC, o Direito do Consumo Europeu existente está preparado para lidar com este tipo de questões, sugerindo, no entanto, que a CE forneça orientações sobre a melhor forma de o fazer. Todavia, aponta, à partida, que práticas comerciais que se baseiem neste tipo de técnicas podem, em certos casos, ser consideradas *influência indevida*, nos termos dos art.ºs 11.º, n.º 1, e 3.º, j), do DL 57/2008³³⁹.

No que toca a esta temática, a CE, ciente dos riscos destas técnicas, remeteu-nos para os art.ºs 14.º, b), e 15.º da Diretiva 95/46/CE³⁴⁰, os quais foram substituídos, a partir de 25 de maio de 2018, pelo art.º 21.º, n.ºs 2 e 3, e pelo art.º 22.º do Regulamento (UE) 2016/679 – RGPD³⁴¹, que atribuem ao *titular dos dados* o direito de se *opor* ao tratamento dos seus dados para efeitos de marketing direto, bem como o direito de qualquer pessoa “*não ficar sujeita a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete significativamente de forma similar*”³⁴². Por

³³⁵ CALO, “*Digital Market Manipulation*”, 2014, pp. 1010 e 1017.

³³⁶ *Id.*, p. 996.

³³⁷ HILDEBRANDT, “*Legal Protection by Design...*”, 2011, p. 7.

³³⁸ *Id.*, pp. 7-8.

³³⁹ BEUC, *Data Collection...*, 2010, pp. 5-6.

³⁴⁰ Transpostos pela Lei n.º 67/98 – art.ºs 12.º, b), e 13.º, n.º 1.

³⁴¹ CE, *Orientações...*, 2016, pp. 159 e 160.

³⁴² Cf. art.º 22.º, n.º 1, do RGPD.

outro lado, confirma-nos que o uso destas técnicas pode conduzir a casos de *influência indevida*³⁴³, ou outras práticas *agressivas*, como “*comunicações persistentes e não solicitadas*” (art.º 12.º, c), do DL 57/2008)³⁴⁴.

Entretanto, conforme referido, em 2018, foi apresentado o “*Novo Acordo para os Consumidores*”, cujos objetivos passam justamente pela modernização e adaptação do direito europeu de proteção do consumidor às inovações tecnológicas, em especial no setor em linha³⁴⁵. Todavia, apesar de bem-intencionadas, no que respeita a medidas que possam travar os riscos em torno da *Digital Market Manipulation*, as inovações trazidas pelo programa ficam muito aquém das expectativas. De facto, embora a CE esteja ciente de toda a realidade mencionada³⁴⁶, a única medida trazida pelo “*Novo Acordo para os Consumidores*” diretamente vocacionada para combater eventuais abusos resultantes da utilização das técnicas referidas, corresponde à alteração da DDC, no sentido de incluir a obrigação de os profissionais informarem claramente os consumidores sempre que os preços apresentados tenham sido personalizados com base em decisões automatizadas³⁴⁷.

Apesar destas propostas, parece-nos que este constitui o maior desafio no campo da proteção do consumidor. Em primeiro lugar, ninguém sabe o que os dados escondem sobre o comportamento do consumidor, nem os modos pelos quais estão a ser utilizados, o que cria um enorme fosso entre profissionais e reguladores³⁴⁸. Em segundo lugar, temos muitas dúvidas que o uso da Psicologia permita afastar práticas comuns, como os *atmosféricos*, tidas habitualmente por *negligenciáveis*³⁴⁹, ainda que,

³⁴³ P. ex., ao saber que o consumidor tem pouco tempo para adquirir um bilhete de avião, indicar falsamente que já existem poucos disponíveis. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 159 e 160.

³⁴⁴ *Id.*, *Ibid.*

³⁴⁵ CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018, pp. 4, 6 e 7.

³⁴⁶ CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, p. 2, n. 2, e pp. 3, 11-12.

³⁴⁷ Cf. Cons.ºs 17 e 45, e art.º 4.º, n.º 4, a), ii), da Diretiva (UE) 2019/2161.

³⁴⁸ Para VAN LOO, a única solução quer permitiria equilibrar posições seria legislar no sentido de os reguladores poderem coletar os dados internos dos profissionais, p. ex., resultados de experiências. Cf. VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, pp. 1323, 1382 e ss. Embora o Regulamento (UE) 2017/2394 tenha ampliado os poderes de investigação das autoridades nacionais de proteção dos consumidores (Cons. 11-12, art.º 9.º, n.º 3, a) e c)), parece-nos uma medida de difícil implementação.

³⁴⁹ Cf., *infra*, VI, 3.4.2.

face à utilização desses dados, conjuntamente com o recurso às novas tecnologias, se tornem tremendamente eficazes³⁵⁰. Em terceiro lugar, a enorme sofisticação desses profissionais, capazes de testar e implementar novas técnicas diariamente³⁵¹, torna quase impossível a sua regulação.

Na Comunicação relativa ao “*Novo Acordo para os Consumidores*”, a CE refere que irá continuar a acompanhar as constantes evoluções dos mercados de consumo, “*a fim de identificar questões emergentes e desenvolver uma base de conhecimento comportamental destinada a informar os decisores políticos*”³⁵². Uma das áreas que se encontra em estudo é justamente a área das tecnologias de Inteligência Artificial (IA), encontrando-se os principais desafios que delas podem resultar para a proteção dos consumidores perfeitamente identificados³⁵³. Recentemente, foi emitida uma Comunicação da CE relativa a esse âmbito, enumerando um conjunto de propostas com vista a aumentar a confiança na utilização dessas tecnologias³⁵⁴. Entre estas propostas, inclui-se a publicação, que teve lugar em abril de 2019, de um guia de *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*³⁵⁵, elaborado por um painel de 52 especialistas de alto nível na matéria, na sequência de diversos estudos aprofundados³⁵⁶. Trata-se, em linhas gerais, do estabelecimento de um quadro geral de princípios éticos, valores, parâmetros, métodos técnicos e não técnicos que devem ser respeitados pelos profissionais do ramo para que os sistemas de IA correspondam a *IA de confiança (legal, ética, e sólida)*³⁵⁷. Os resultados desta

³⁵⁰ P. ex., o *design* das etiquetas de preços –VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, p. 1333.

³⁵¹ *Id.*, p. 1361.

³⁵² CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018, p. 16.

³⁵³ Cf. Ficha Informativa da CE “*A European approach on Artificial Intelligence*”, de 25/04/2018, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_3363.

³⁵⁴ Cf. EC, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, 2019, COM(2019) 168 final.

³⁵⁵ GPAN IA, *Orientações éticas...*, 2019.

³⁵⁶ Cf. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>, acedido em 30/11/2019.

³⁵⁷ O documento encontra-se dividido em três campos: Bases para uma *IA de confiança*; Concretização de uma *IA de confiança*; Avaliação de uma *IA de confiança*. Para mais desenvolvimentos, cf. GPAN IA, *Orientações éticas...*, 2019.

medida, assim como a necessidade de mais medidas legais no campo da proteção do consumidor em face da utilização destas ferramentas, são ainda incertos.

2.2. *Consumer Neuroscience e Neuromarketing*

Através do estudo do sistema nervoso, a Neurociência permite alcançar o objetivo de compreender as raízes biológicas do comportamento³⁵⁸.

Dado o seu potencial, nas últimas décadas, as suas técnicas e métodos foram importados para o estudo do comportamento do consumidor, dando origem a duas disciplinas – a *Consumer Neuroscience* e o *Neuromarketing*.

Basicamente, o que está aqui em causa é o recurso a equipamentos, como a ressonância magnética funcional (fMRI) ou o eletroencefalograma (EEG), com vista a aferir, através de estudos, a “*real*” reação do consumidor (as áreas do cérebro que são, ou não, ativadas) relativamente a estímulos ligados ao consumo³⁵⁹. Contudo, se a primeira daquelas disciplinas tem objetivos eminentemente académicos de compreensão do comportamento do consumidor, já a segunda, ao ser prosseguida por empresas privadas que utilizam as Neurociências para compreender como podem os produtos e serviços dos seus clientes ficar mais apelativos para o consumidor, tem propósitos exclusivamente comerciais³⁶⁰.

A sua utilização, em particular no que toca ao *Neuromarketing*, dado o secretismo que envolve os seus estudos³⁶¹, tem, todavia, suscitado enormes preocupações e debates éticos face aos riscos que representa³⁶², quer para a saúde e privacidade dos voluntários que aceitam realizar esses testes³⁶³, quer para a saúde, privacidade, autonomia e autodeterminação de todos os consumidores (em particular, os mais vulneráveis)³⁶⁴, espe-

³⁵⁸ PLASSMAN, ZOËGA RAMSØY e MILOSAVLJEVIC, “*Branding the brain...*”, 2012, p. 18.

³⁵⁹ *Id.*, p. 19.

³⁶⁰ *Id.*, *Ibid.*

³⁶¹ JAVOR *et al.*, “*Neuromarketing and Consumer Neuroscience...*” 2013, pp. 7-8.

³⁶² ULMAN, CAKAR e YILDIZ, “*Ethical Issues in Neuromarketing...*”, 2015, pp. 1276 e ss.

³⁶³ *Id.*, *Ibid.*

³⁶⁴ *Id.*, *Ibid.*

cialmente, neste último caso, se as suas técnicas forem combinadas com os métodos ligados à análise e tratamento de dados. Segundo ARIELY e BERNS, embora ainda estejamos longe do verdadeiro potencial do *Neuromarketing*, existe, em teoria, a possibilidade de algumas destas preocupações se poderem vir a materializar no futuro³⁶⁵.

De todo o modo, os mais relevantes Códigos de Ética aplicáveis ao setor – Código NMSBA (específico) e Código CCI/ESOMAR – postulam no sentido de existir elevada diligência ética na condução das experiências científicas (cf. art.º 1.º do Código NMSBA e art.º 1.º do Código CCI/ESOMAR).

Isto não impediu que, face a toda esta controvérsia, o Estado Francês, a fim de evitar manchar o bom nome das Neurociências junto da opinião pública³⁶⁶, tenha vindo dispor que o recurso às Neurociências apenas seja admitido para fins médicos, de pesquisa científica ou judiciais – art.º 45.º da LOI n.º 2011-814 *du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, que introduz o art.º 16.º, n.º 14, do CC francês.

Também a FTC norte-americana tem procurado aferir os contornos da utilização das Neurociências no *marketing*³⁶⁷.

De que tenhamos conhecimento, as instituições da UE ainda não se debruçaram sobre esta questão no âmbito da proteção do consumidor.

VI. Mecanismos de proteção do consumidor

1. Considerações Gerais

Após a análise deste importante leque de limitações do processo de decisão do consumidor descobertas pela Psicologia, bem como das diversas técnicas que lhes podem ser direcionadas por parte dos profissionais e das eventuais reações do Direito do Consumo às mesmas, constatámos que muitas daquelas limitações e técnicas, apesar de restringirem de modo efetivo a autonomia contratual do consumidor (em particular, a

³⁶⁵ Cf. ARIELY e BERNS, “*Neuromarketing...*”, 2010, pp. 287 e ss.

³⁶⁶ OULLIER, “*Clear up this fuzzy...*”, 2012, p. 7.

³⁶⁷ Cf. <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/review-food-marketing-children-and-adolescents-follow-report/121221foodmarketingreport.pdf>, p. 15.

sa *liberdade de celebração*), parecem não ser objeto de qualquer tutela por parte do Direito.

Poderá legitimamente pensar-se que, talvez face ao caráter sub-reptício que define as realidades psicológicas estudadas, estas tenham passado despercebidas ao legislador europeu.

Contudo, não é assim. Desde 2008/2009³⁶⁸, que as instituições europeias³⁶⁹, em particular a CE, no cumprimento do art.º 114.º, n.º 3, do TFUE³⁷⁰, se têm debruçado de modo bastante intenso sobre aquele conjunto de limitações, à luz dos chamados *behavioural insights*³⁷¹⁻³⁷². Deste fenómeno tem resultado a criação de laboratórios e departamentos ligados a estas matérias, quer no âmbito da CE, quer em diversos E.M.'s da UE³⁷³, com vista ao desenvolvimento de estudos³⁷⁴ que têm por fim a implementação dos conhecimentos ligados aos *BI's* em políticas europeias ou estaduais nos mais diversos setores. De acordo com o relatório de 2016 da *Foresight and Behavioural Insights Unit* do *Joint Research Centre* da CE, até à data, foram implementadas, no seio da UE, mais de 200 iniciativas políticas baseadas nestes conhecimentos³⁷⁵, repartidas por três categorias – *behaviourally-tested initiatives* (implementadas unicamente após serem testadas em estudos comportamentais *ad-hoc*); *behaviourally-informed initiatives* (que têm origem, não em estudos *ad-hoc*, mas em conhecimentos comportamentais relativos à situação em concreto); *behaviourally-aligned*

³⁶⁸ SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 4, 37; VAN BAVEL *et al*, *Applying Behavioural Sciences...*, 2013, p. 8.

³⁶⁹ Também a OCDE e o Banco Mundial se têm debruçado sobre estas matérias, cf. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 8.

³⁷⁰ Art.º 114, n.º 3, do TFUE, “A Comissão (...), em matéria (...) de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. (...)”.

³⁷¹ Trata-se de um conjunto de conhecimentos que integra ciências como a Psicologia, mas também a Economia ou as Neurociências. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 9-12.

³⁷² Cf. <https://ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights>, acessado em 30/11/2019.

³⁷³ SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 8, 18 e ss.

³⁷⁴ Para uma lista dos estudos comportamentais que têm sido desenvolvidos pela CE, cf. https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection/evidence-based-consumer-policy/behavioural-research_en, acessado em 30/11/2019.

³⁷⁵ SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 6.

initiatives (que se baseiam em conhecimentos da Psicologia em abstrato)³⁷⁶. Como exemplos, no que toca à primeira categoria, temos a Recomendação da CE, de 14 de julho de 2014, relativa à proteção dos consumidores face ao jogo *on-line*, que propõe a implementação de medidas que visem a autoproteção do jogador³⁷⁷; relativamente à segunda categoria, temos a inclusão do art.º 22.º na DDC, que visa impedir a utilização indevida de *defaults* em contratos de consumo³⁷⁸; no que concerne à terceira categoria, temos o Regulamento (CE) n.º 1924/2006, que veio proibir a utilização de determinados *enquadramentos* em alegações nutricionais e de saúde realizadas em comunicações comerciais sobre alimentos³⁷⁹ ou, fora do Direito do Consumo, a implementação da nova “*carta de condução por pontos*”³⁸⁰, que se baseia na *aversão às perdas*³⁸¹⁻³⁸².

É também de referir que, na nova iniciativa “*Legislar melhor*” da UE³⁸³, é bastante analisado o papel que o recurso às informações dos *BI*s pode ter na avaliação, preparação e fundamentação de novas políticas, bem como na avaliação da legislação já existente³⁸⁴⁻³⁸⁵.

³⁷⁶ *Id.*, pp. 15-16.

³⁷⁷ *Id.*, p. 16.

³⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*

³⁷⁹ *Id.*, *Ibid.*

³⁸⁰ Implementada, entre nós, pela Lei n.º 116/2015, que procedeu à décima-quarta alteração ao Código da Estrada – DL 114/94.

³⁸¹ SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 16.

³⁸² Para uma resenha das principais medidas tomadas em cada E.M. e, em especial, em Portugal (até 2016), tendo por base os conhecimentos dos *behavioral insights*, cf. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied to Policy, Country Overviews*, 2016; SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied to Policy: PORTUGAL...*, 2016.

³⁸³ Cf. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_pt.

³⁸⁴ Sobre a importância de tais conhecimentos no âmbito das ferramentas de avaliação utilizadas pela iniciativa “*Legislar Melhor*” e no Programa REFIT – as *avaliações de impacto*, as *avaliações*, e as *verificações de adequação (fitness-checks)*. Cf. o documento da CE intitulado *Better Regulation “Toolbox”*, disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, pp. 65, 90-92, 103, 118, 250-257. Acerca do programa “*Legislar Melhor*”, do programa REFIT, e das ferramentas neles utilizadas, cf. CE, *Better Regulation Guidelines*, 2017, pp. 3 e ss.

³⁸⁵ P. ex., na génese do “*Novo Acordo para os Consumidores*” e das medidas nele incluídas estiveram estudos comportamentais levados a cabo no âmbito da *verificação da adequação* das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC, 2009/22/EC e 2006/114/EC.

Todavia, apesar desta atitude de crescente abertura aos conhecimentos da Psicologia por parte das instituições europeias (e de alguns E.M.'s), muito se tem escrito acerca de o Direito do Consumo e de as decisões do TJ continuarem a basear-se, em grande parte, em conceções que não têm grande adesão à realidade, deixando o consumidor desprotegido face a muitos dos expedientes utilizados pelos profissionais, atrás analisados. Referimo-nos, em particular, à circunstância de a política europeia de proteção do consumidor assentar em grande medida no fornecimento de informação ao consumidor – estratégia que pode muitas vezes ser ineficaz, ou até prejudicial ao processo de decisão do consumidor –, mas também em conceitos como os de *empoderamento do consumidor*, ou *consumidor médio*, que têm sido muito criticados pela sua fraca adesão à realidade³⁸⁶.

Ora, se atentarmos que, por um lado, grande parte dos conhecimentos da Psicologia, atrás analisados, estiveram durante muito tempo (e, em alguns casos, estão ainda hoje³⁸⁷) envoltos em controvérsia – tendo sido vistos como o resultado de experiências *enviesadas* ou tidos como replicáveis apenas em ambiente laboratorial³⁸⁸ – e que, por outro lado, o processo de decisão do consumidor é tudo menos simples³⁸⁹, é compreensível que o legislador europeu tenha especiais cautelas na aplicação destes conhecimentos na política de consumo europeia³⁹⁰.

Se, para além disso, aliarmos a estas questões o facto de as instituições europeias basearem as suas políticas no método dos *petits pas* ou a circunstância de o procedimento legislativo europeu carecer de elevados

Cf. CE, *Report of the Fitness Check...*, 2017, pp. 141 e ss. Conforme referido, o “Novo Acordo” também teve por base um estudo comportamental sobre *transparência* nas *plataformas digitais*. Cf., *supra*, n. 245.

³⁸⁶ Por todos, cf. TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, pp. 28 e ss.

³⁸⁷ É o caso das *impulsões*, que estiveram envoltas em polémica há alguns anos, dado algumas experiências terem tido resultados díspares. Também ainda hoje não é conhecida a totalidade dos contornos do *efeito de dotação*. Cf. KAHNEMAN, *Pensar, Depressa e Devagar*, 2011, p. 393.

³⁸⁸ Cf. FAURE e LUTH, “*Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*”, 2011, p. 347.

³⁸⁹ *Id.*, *Ibid.*

³⁹⁰ Note-se que o legislador, enquanto decisor humano, pode criar políticas e leis *enviesadas*. *Id.*, *Ibid.*

níveis de consenso entre instituições europeias e E.M.'s³⁹¹, é-nos mais fácil compreender as delongas na correção do panorama acima referido.

De todo o modo, os riscos que resultam deste estado de coisas para o consumidor têm levado a doutrina a procurar soluções que permitam garantir a proteção dos direitos deste agente económico face a eventuais explorações destas realidades, tentando contribuir para a prossecução do objetivo europeu de “assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”³⁹². Todavia, é de referir que este tipo de tentativas de reposição da igualdade entre partes – consumidor e profissional – deve ter em conta o *princípio da proibição do excesso* (ou da *proporcionalidade*³⁹³) no que concerne a restrições aos direitos do profissional – direitos de livre iniciativa económica (art.º 61.º, n.º 1, da CRP), de liberdade de expressão (art.º 37.º da CRP) e de atuação concorrencial (art.º 80.º, f), da CRP) –, bem como o objetivo europeu de desenvolvimento do *mercado único* (art.º 3.º, n.º 3, do TUE e art.º 26.º e ss. do TFUE).

Tendo por base este panorama, procuraremos, de seguida, estudar aquelas que têm sido consideradas as melhores estratégias para proteger o consumidor face às vulnerabilidades e técnicas atrás referidas, ordenadas com base no seu potencial restritivo dos direitos dos profissionais.

2. Soluções voluntárias – Mecanismos resultantes dos mercados

A primeira solução apontada pela doutrina consiste em deixar que os intervenientes nos mercados – consumidores e profissionais – afastem, por si próprios, o potencial lesivo das várias vulnerabilidades e técnicas atrás analisadas.

I. Do lado do consumidor, é normalmente entendido que este agente económico consegue melhorar o seu processo de decisão por meio de

³⁹¹ SIBONY e HELLERINGER, “*EU Consumer Protection...*”, 2015, p. 212.

³⁹² Cf. o art.º 38.º da CDFUE, o art.º 6.º do TUE e os art.ºs 12.º, 114.º, n.º 3, e 169.º, n.º 1, do TFUE.

³⁹³ Cf. o art.º 18.º, n.º 2, da CRP, o art.º 5.º, n.º 4, 1.º par., do TUE e o Protocolo n.º 2 relativo à aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, no que toca ao Direito Europeu.

três abordagens – a experiência individual³⁹⁴, os benefícios resultantes da intervenção de outros consumidores (“*sofisticados*”)³⁹⁵ e a palavra “*boca-a-boca*” e os *rankings*³⁹⁶.

As vantagens da experiência individual resultam de o consumidor estar constantemente a aprender com os seus erros, moldando a sua conduta de acordo com as suas vivências. Quando consegue detetar algum erro ou exploração, as alterações no seu comportamento têm muitas vezes o efeito de disciplinar os mercados, levando os profissionais a mudar de conduta³⁹⁷.

A intervenção de outros consumidores (“*sofisticados*”) tem um efeito muito semelhante. Nos casos em que a generalidade dos consumidores não detete certa falha ou exploração, tem-se defendido que tal pode ser colmatado pela intervenção de grupos de consumidores tidos por mais “*sofisticados*”³⁹⁸, os quais, caso sejam em número suficiente, conseguem, por meio da alteração dos seus comportamentos, levar os profissionais a reformular estratégias face ao receio de perderem clientela³⁹⁹.

Por sua vez, a palavra “*boca-a-boca*” e os *rankings*, muito mais poderosos hoje em dia face à disseminação de *plataformas digitais* na Internet criadas para o efeito⁴⁰⁰, têm a capacidade de, por meio de críticas de outros consumidores, tornar “*salientes*” para todos nós determinados erros, práticas ou riscos que, de outra forma, poderiam passar despercebidos⁴⁰¹.

Todavia, embora seja um facto que destes três tipos de abordagens resultam benefícios substanciais, cumpre referir que, no caso das vulnerabilidades e técnicas que estudámos, podem existir algumas limitações.

Em primeiro lugar, grande parte delas verifica-se de modo sub-reptício e permanece desconhecida do grande público⁴⁰².

Em segundo lugar, ainda que o consumidor possa ter consciência da verificação de determinadas figuras, a robustez dos efeitos destas pode

³⁹⁴ LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103 e ss.

³⁹⁵ SCHWARTZ e WILDE, “*Intervening in Markets...*”, 1979, pp. 663 e ss.

³⁹⁶ PEPPE, “*Freedom of Contract...*”, 2012, pp. 701-706.

³⁹⁷ BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 133.

³⁹⁸ SCHWARTZ e WILDE, “*Intervening in Markets...*”, 1979, pp. 663 e ss.

³⁹⁹ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁰⁰ PEPPE, “*Freedom of Contract...*”, 2012, pp. 701-706.

⁴⁰¹ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁰² BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 130.

levar a que, em muitos casos, não seja possível evitar que influam no seu comportamento⁴⁰³.

Em terceiro lugar, não só grande parte das decisões do consumidor ocorre em “*piloto automático*” (especialmente em produtos com preços baixos)⁴⁰⁴, como os mercados são cada vez mais dinâmicos, com novos produtos e estratégias de marketing a surgir todos os dias⁴⁰⁵, dificultando a deteção e afastamento dos efeitos das realidades referidas.

Em quarto lugar, o facto de o consumidor tender a desconsiderar erros de valor diminuto e sentir grandes dificuldades em aprender por si próprio em decisões complexas, de grande monta (face à baixa frequência com que são tomadas⁴⁰⁶) ou em que não tem grandes alternativas, tem vindo a pôr em causa o seu potencial regulatório⁴⁰⁷.

Por fim, os efeitos de *enviesamentos* como o *excesso de otimismo* ou o *enviesamento da confirmação*, ao levarem o consumidor a pensar que não será afetado por determinado fenómeno⁴⁰⁸ ou a interpretar a realidade de acordo com as suas crenças⁴⁰⁹, impedem muitas vezes que as abordagens referidas o auxiliem.

II. Do lado dos profissionais temos, em primeira linha, os efeitos da sua preocupação com a reputação, mas também os benefícios do seu interesse no fornecimento de informação aos consumidores.

Relativamente ao primeiro caso, o receio de ficarem mal vistos perante os consumidores leva a que os profissionais tenham um maior cuidado na escolha das suas estratégias e práticas comerciais, evitando, p. ex., subir os preços de certos produtos em situações de maior necessidade⁴¹⁰. Todavia, também aqui a natureza sub-reptícia das realidades estudadas pode diminuir os efeitos deste fenómeno – os profissionais tenderão a

⁴⁰³ É, como vimos, o que ocorre, p. ex., com as *âncoras* – cf., *supra*, n. 319.

⁴⁰⁴ VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, p. 1350.

⁴⁰⁵ *Id.*, pp. 1335, 1361.

⁴⁰⁶ LUTH pergunta-se se, face à gravidade das consequências do cometimento de erros nestes casos, será legítimo deixar o consumidor aprender por si próprio. LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103-105.

⁴⁰⁷ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁰⁸ VAN LOO, “*Helping Buyers Beware...*”, 2015, pp. 1348-1349.

⁴⁰⁹ *Id.*, p. 1350.

⁴¹⁰ *Id.*, pp. 1347-1348.

evitar as práticas mais *salientes*, mantendo as menos visíveis, ou então, nem isso, mantendo todas, no caso de todos os seus concorrentes utilizarem as mesmas práticas⁴¹¹.

Também o fornecimento de informação aos consumidores se encontra, de certa forma, ligado à preocupação dos profissionais com a sua reputação. Normalmente, através dela, pretendem dar a conhecer aos consumidores as características dos seus produtos e enaltecer as qualidades destes. Contudo, tem-se defendido que muita desta informação poderá ser tendenciosa, incompleta, excessiva ou até baseada nalgumas das técnicas atrás estudadas⁴¹²⁻⁴¹³, reclamando intervenções governamentais que a corrijam ou completem. Mais, segundo BAR-GILL, os profissionais tendem a fornecer apenas informação acerca das características do produto ou serviço, no sentido de procurar afastar erros que possam afetar a sua reputação, e não informação acerca do uso do produto⁴¹⁴, onde se verificam as maiores falhas por parte do consumidor.

O impacto que o desenvolvimento da Internet e das novas tecnologias teve na divulgação de informação ao consumidor veio permitir dissipar algumas destas questões. De facto, não só é muito mais fácil e barato para os profissionais divulgarem informação ao consumidor, podendo aumentá-la e melhorá-la, como é cada vez mais comum encontrarmos *sites* com comparações e *ratings* de produtos, serviços ou profissionais, em resultado de avaliações e críticas de consumidores ou especialistas – as chamadas *plataformas digitais*⁴¹⁵, tidas, hoje em dia, como a forma mais eficaz de regulação por parte dos mercados⁴¹⁶. É o caso, p. ex., da *Amazon*, do *Facebook* ou de *sites* como o *Booking*, o *Tripadvisor*, o *KuantoKusta*, etc.⁴¹⁷.

Nos últimos tempos, têm vindo a ser desenvolvidas novas formas de *plataformas digitais* que permitem não apenas *informar*, mas sim *aconselhar*

⁴¹¹ *Id.*, p. 1348.

⁴¹² LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, p. 71.

⁴¹³ Como é óbvio, estes expedientes podem ser considerados *PCD's enganosas*, nos termos do disposto nos art.ºs 6.º-10.º, ou do art.º 5.º do DL 57/2008.

⁴¹⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 5 e ss.

⁴¹⁵ Sobre esta temática, cf. VAN LOO, “*The Rise of the Digital Regulator*”, 2017, pp. 1280 e ss.

⁴¹⁶ *Id.*, *Ibid.*

⁴¹⁷ Sobre os diversos tipos de *plataformas digitais*, cf. VAN LOO, “*The Rise of the Digital Regulator*”, 2017, pp. 1280 e ss.

diretamente cada consumidor⁴¹⁸. É o caso de *plataformas* ligadas, p. ex., aos serviços financeiros, nos EUA, que possibilitam ao consumidor colocar lá os seus dados, sendo que aquelas, por meio de algoritmos, analisam as enormes quantidades de informação de que dispõem, de forma a *recomendarem* o melhor produto para o caso concreto (melhor cartão de crédito, melhores taxas de juro, etc.⁴¹⁹).

Por conseguinte, estas ferramentas permitem não apenas informar o consumidor, mas também, face à qualidade e *saliência* da informação, afastar, de modo indireto, algumas das vulnerabilidades e técnicas atrás estudadas⁴²⁰.

Todavia, apesar de todas as suas vantagens, as *plataformas digitais* também têm suscitado algumas preocupações. Por um lado, através da forma e da ordem com que apresentam resultados e informações, podem, sob a aura de *neutralidade* que normalmente as caracteriza, direcionar o consumidor para decisões que não são as melhores para si⁴²¹. Por outro lado, existem os riscos resultantes do *Crowdturfing*, atrás referido, e do facto de ser difícil encontrar informações sobre produtos recentes⁴²², ou pouco divulgados.

3. Soluções legais

3.1. Fornecimento de informação ao consumidor

3.1.1. Panorama Geral

Referido já em 1962, no célebre discurso de Kennedy relativo à proteção dos interesses dos consumidores⁴²³, o direito do consumidor à informação corresponde a uma das mais importantes e tradicionais proteções do Direito do Consumo. Decorrente dos direitos do cidadão

⁴¹⁸ *Id.*, pp. 1277 e ss.

⁴¹⁹ *Id.*, *Ibid.*

⁴²⁰ É, p. ex., o que se passa com o *excesso de otimismo*, mitigado pela divulgação de comentários e críticas, que servem de alerta para possíveis problemas.

⁴²¹ VAN LOO, “*The Rise of the Digital Regulator*”, 2017, pp. 1283, 1289 e ss.

⁴²² BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, p. 64.

⁴²³ Disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.

à informação, prescritos nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do Homem e do Cidadão⁴²⁴, trata-se, hoje, de um direito que goza de proteção constitucional e legal – entre nós, no art.º 60.º, n.º 1, da CRP⁴²⁵ e no art.º 3.º, c) e d), da LDC –, encontrando-se concretizado nos art.ºs 6.º, 7.º e 8.º da LDC e na generalidade dos diplomas de Direito de Consumo que vigoram no nosso ordenamento jurídico.

O fornecimento de informação ao consumidor surge como uma necessidade decorrente das enormes assimetrias de informação que existem entre profissionais e consumidores⁴²⁶. Com vista a fazer face a este cenário, o legislador europeu, influenciado por conceções económicas que sustentam que os mercados funcionam bem caso seja fornecida informação completa aos consumidores⁴²⁷ e tendo consciência que os profissionais não têm estímulo para fornecer ao consumidor toda essa informação⁴²⁸, tem-se munido da concretização do direito à informação através do fornecimento estadual de informação e da imposição aos profissionais da obrigação de prestação de determinados elementos informativos aos consumidores⁴²⁹.

Face aos objetivos europeus de desenvolvimento do *mercado único*, esta abordagem tem sido aprofundada, p. ex., através da harmonização, em diversos diplomas, da informação fornecida a nível europeu⁴³⁰ ou pela consideração do não fornecimento de *informação substancial* como *PCD*⁴³¹⁻⁴³². Na prossecução da grande meta que subjaz à política europeia de proteção do consumidor – o chamado *empoderamento do consumidor*⁴³³

⁴²⁴ Cf. os art.ºs 19.º e 26.º da DUDH e o art.º 10 da CEDH.

⁴²⁵ Cf., também, os art.ºs 81.º, i), e 99.º, e), da CRP.

⁴²⁶ HOWELLS, “*The Potential...*”, 2005, p. 354.

⁴²⁷ INCARDONA e PONCIBÒ, “*The average consumer...*”, 2007, p. 31.

⁴²⁸ HOWELLS, “*The Potential...*”, 2005, p. 355.

⁴²⁹ Cf. o programa plurianual “*Consumidores*”, previsto no Regulamento (UE) n.º 254/2014, Objetivo II.

⁴³⁰ É o caso, p. ex., da DDC.

⁴³¹ O que pode corresponder a uma *omissão enganosa*, nos termos dos art.ºs 9.º e 10.º do DL 57/2008. Cf., *infra*, VI, 3.4.2.2.1.2.

⁴³² Sobre a política europeia de fornecimento de informação ao consumidor, cf. PEGADO LIZ, “*Algumas Reflexões...*”, 2012, pp. 339 e ss.

⁴³³ Sobre o *empoderamento do consumidor*, cf. NARDO *et al*, *The Consumer Empowerment Index*, 2011, pp. 15 e ss.

–, a prestação de informação e a educação têm sido consideradas ferramentas essenciais⁴³⁴.

Todavia, estudos levados a cabo pelo *Eurobarómetro*⁴³⁵ demonstraram que esta política tem falhado redondamente. Em 2011, mais do que um em cada três consumidores declarou sentir-se mal informado e apenas 2% dos inquiridos soube responder corretamente a um conjunto de questões relativas ao *direito de arrependimento*, prazos de garantia ou *PCD*'s⁴³⁶.

Nos últimos anos, a doutrina e a CE têm vindo a identificar as causas para estes resultados, estando muitas delas ligadas ao conjunto de vulnerabilidades que estudámos atrás.

De facto, embora o fornecimento de informação seja essencial ao consumidor, especialmente nos casos em que este dispõe de pouca experiência ou conhecimentos⁴³⁷, há que ter em conta que, ao contrário daquela que tem sido a conceção dominante⁴³⁸, as características da informação podem levar o consumidor a não a considerar ou a fazê-lo de modo *enviesado*.

Em primeiro lugar, como vimos, face às suas limitações cognitivas e de tempo, o consumidor, a fim de evitar a *sobrecarga de informação*, tende apenas a ter em conta a informação mais *saliente* – a informação relativa ao preço e aos atributos do produto ou serviço⁴³⁹ (exceto no caso de produtos mais caros ou importantes para si, em que, normalmente, procura analisar o máximo de informação possível⁴⁴⁰) –, só considerando a informação acerca dos seus direitos em caso de litígio⁴⁴¹. Para além disso, informação excessiva⁴⁴², com letra muito pequena⁴⁴³ ou linguagem/informação muito

⁴³⁴ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 8 e ss.

⁴³⁵ CE, Special Eurobarometer, n.º 342, *Consumer Empowerment*, 2011.

⁴³⁶ *Id.*, pp. 11 e 105.

⁴³⁷ TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, p. 29.

⁴³⁸ A ideia segundo a qual “*mais informação é sempre melhor*” – o *paradigma da informação*.

⁴³⁹ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 10.

⁴⁴⁰ *Cf.*, *supra*, n. 22.

⁴⁴¹ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 10 e 11.

⁴⁴² *Id.*, pp. 9 e 24.

⁴⁴³ Esta prática tem sido considerada *enganosa* em alguns E.M.'s. CE, *Orientações...*, 2016, p. 45.

complexas podem não conseguir captar a atenção do consumidor⁴⁴⁴, podem desencorajá-lo de se informar ou até mesmo confundi-lo, caso considere importante ler a informação e tenha dificuldades em a analisar e compreender (*sobrecarga de informação*)⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶.

Em segundo lugar, o próprio conteúdo da informação disponibilizada pode apresentar lacunas importantes. Conforme referido⁴⁴⁷, BAR-GILL tem sustentado que o consumidor carece de informações ligada ao uso dos produtos ou serviços, dado muitas das suas falhas de decisão estarem ligadas a problemas de uso⁴⁴⁸, a qual raramente é fornecida. Por outro lado, também tem sido defendido que, nos casos de pacotes promocionais, o consumidor tem dificuldades em saber o custo individual de cada produto e, em produtos que carecem de outros para funcionar, não tem normalmente noção do quanto terá de gastar em recargas⁴⁴⁹.

Em terceiro lugar, ainda que o fornecimento de informação possa, como vimos, tornar mais *disponíveis* determinadas realidades, até aí ignoradas, existe o risco de o consumidor a interpretar de modo *excessivamente otimista* ou de acordo com o *enviesamento do autosserviço*⁴⁵⁰, especialmente quando estão em jogo riscos, ou segundo o *enviesamento da confirmação*, analisando a informação conforme mais lhe convém.

Por fim, existem muitas dúvidas de que o mero fornecimento de informação, possa, por si só, afastar muitas das realidades que estudamos em que, mesmo que o consumidor tenha consciência da sua verificação, pode não conseguir controlar os seus efeitos⁴⁵¹. É o que ocorre, p. ex., com os *atmosféricos* ou com as *âncoras*, dada a sua robustez⁴⁵².

⁴⁴⁴ INCARDONA e PONCIBÒ, “*The average consumer...*”, 2007, p. 32.

⁴⁴⁵ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁴⁶ Cf., *supra*, III, 1, 2. Muitas vezes, essa complexidade é artificial – CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 5, 9, 23-24.

⁴⁴⁷ Cf., *supra*, VI, 2, II.

⁴⁴⁸ BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 4 e ss.

⁴⁴⁹ HOWELLS, “*The Potential...*”, 2005, p. 358.

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 360.

⁴⁵¹ BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 132.

⁴⁵² PURNHAGEN e VAN HERPEN, “*Can Bonus Packs Mislead...*”, 2014, p. 6.

3.1.2. Propostas de solução

Com a adoção pelo legislador europeu dos conhecimentos ligados aos *BI's*, tem sido defendido que o paradigma do fornecimento de informação ao consumidor deverá mudar, deixando de se focar tanto na quantidade da informação para se passar a centrar na qualidade da mesma⁴⁵³. Por conseguinte, têm sido propostas, ensaiadas e até implementadas diversas soluções com vista a minimizar ou eliminar os diversos problemas que têm sido apontados ao fornecimento de informação ao consumidor.

Uma primeira proposta consiste em, com base em estudos, tornar os elementos informativos mais reduzidos, simples, claros, lógicos, intuitivos e expressos numa linguagem e formatos que permitam a fácil compreensão do seu conteúdo⁴⁵⁴⁻⁴⁵⁵. Tem sido também sugerido que se tornem *salientes* (através de cores, tipos de letra, caixas, etc.) determinadas menções informativas que estudos levados a cabo para o efeito concluíam serem importantes para o consumidor, mas pouco consideradas⁴⁵⁶. Com o desenvolvimento da Internet e das tecnologias digitais, é hoje muito mais fácil e menos dispendioso tornar a informação *saliente*, p. ex., através de vídeos, programas, bases de dados e *sites* (as *plataformas digitais*), cujos formatos são concebidos com o objetivo de simplificar a informação e fornecê-la de modo a captar a atenção do consumidor⁴⁵⁷, constituindo, assim, uma ferramenta essencial para o desenvolvimento daquelas soluções.

O segundo tipo de propostas apresentadas tem por objeto o conteúdo da informação.

A primeira destas soluções consiste em impor o fornecimento *normalizado* de informação *saliente* para os consumidores, isto é, informação que se saiba ser necessária aos consumidores⁴⁵⁸ ou que, segundo estudos

⁴⁵³ TSCHERNER, “*Can behavioral...*”, 2014, p. 149.

⁴⁵⁴ PEPPEP, “*Freedom of Contract...*”, 2012, pp. 740 e ss.

⁴⁵⁵ No que respeita às CCG, tais exigências já se encontram há muito previstas na LDC (art.ºs 8.º, e 9.º, n.ºs 2 e 3) e no DL 446/85, no que toca à redação e à comunicação e esclarecimento das CCG. Trata-se, todavia, de um regime muito pouco respeitado na prática. Sobre este regime, cf. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 88-105.

⁴⁵⁶ PEPPEP, “*Freedom of Contract...*”, 2012, pp. 686, 693 e ss., 737, 740 e ss.

⁴⁵⁷ *Id.*, pp. 718 e ss.

⁴⁵⁸ *Id.*, *Ibid.*

ou dados comportamentais, seja considerada relevante para as suas decisões⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰. Neste último caso, tem sido mesmo defendida a solução ideal, isto é, o fornecimento de informação personalizada a cada consumidor, desenvolvida com base nas suas necessidades e características individuais⁴⁶¹, algo que, dada a evolução das tecnologias digitais e da inteligência artificial, cada vez mais se afigura como possível a breve trecho.

No que respeita ao fornecimento de informação *saliente* ao consumidor, os dados disponibilizados pelas *plataformas digitais* têm vindo a assumir particular relevância. De facto, não apenas fornecem informação altamente *saliente*, como é o caso, p. ex., de *rankings* de profissionais com base em fatores como o preço dos produtos e serviços, como se caracterizam por apresentarem informação que apenas excepcionalmente é exigida por lei⁴⁶² – p. ex., a indicação, através de *rankings* e comentários de consumidores e peritos, de informações negativas acerca de produtos e serviços, tornando-as *disponíveis* para o consumidor, permitindo-o, assim, tomar decisões mais informadas⁴⁶³. Por outro lado, conforme vimos, graças aos novos tipos de *plataformas* que têm surgido, cada vez mais será possível fornecer informação personalizada ao consumidor⁴⁶⁴.

Contudo, face aos enormes custos de implementação e manutenção que acarretam, as origens das *plataformas* são maioritariamente *privadas*. Isto leva a que muitas delas não sejam *neutrais*, o que gera preocupações relativamente ao seu impacto nas decisões do consumidor⁴⁶⁵. A CE há já algum tempo que está atenta a estes e outros problemas, como o *Crowdturfing*⁴⁶⁶, atrás referido, ou algumas práticas que ocorrem

⁴⁵⁹ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 9.

⁴⁶⁰ Será, p. ex., o caso de informação que seja relevante do ponto de vista da *prova social* ou da *aversão às perdas*. Todavia, a eficácia da estratégia varia consoante o setor em causa. OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 23-26, 52.

⁴⁶¹ SIBONY e HELLERINGER, “*EU Consumer Protection...*”, 2015, p. 224.

⁴⁶² VAN LOO, “*The Rise of the Digital Regulator*”, 2017, pp. 1278 e ss.

⁴⁶³ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁶⁴ Essa informação pode ser por ele solicitada ou fornecida automaticamente, com base no seu perfil individual, tornando possível, a breve trecho, a chamada *proteção legal por design*. Cf. HILDEBRANDT, “*Legal Protection by Design...*”, 2011.

⁴⁶⁵ Cf. HILDEBRANDT e JAAP-KOOPS, “*The Challenges of Ambient Law...*”, 2010, p. 457.

⁴⁶⁶ CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, pp. 11-15.

frequentemente nos *sites* de *rankings* de preços, como a indicação do preço de alguns produtos sem IVA, ou sem custos de envio⁴⁶⁷. Dada a importância das *plataformas digitais* no desenvolvimento do *mercado único digital*, o legislador europeu pretende garantir não apenas a criação de novas *plataformas* europeias, como também o respeito da legislação vigente por todas elas⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹. Nos últimos tempos têm-se verificado alguns casos de criação de *plataformas* públicas em alguns E.M.'s⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹ e, nos termos do disposto no Regulamento (UE) 2018/1724, recentemente aprovado, encontra-se presentemente em fase de criação e implementação, no âmbito da UE, a *plataforma digital única* para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas, integrada no Portal “*A Sua Europa*”⁴⁷², a qual deverá estar em pleno funcionamento a partir de 22 de dezembro de 2023⁴⁷³.

Uma segunda forma de melhorar o conteúdo da informação fornecida ao consumidor refere-se à proposta de BAR-GILL de a informação prestada ao consumidor passar a incidir mais no uso dos bens e serviços⁴⁷⁴, no sentido de afastar algumas das falhas de decisão atrás analisadas. De acordo com o autor, a informação de uso divide-se em informação acerca do modo de utilização do produto ou serviço e em informação sobre os padrões de uso pessoal do(s) consumidor(es)⁴⁷⁵. Ora, se o fornecimento do primeiro tipo é frequentemente exigido legalmente, a inovação

⁴⁶⁷ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 24.

⁴⁶⁸ Programa plurianual “*Consumidores*”, previsto no Regulamento (UE) n.º 254/2014, Objetivo II.

⁴⁶⁹ CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, pp. 5 e ss.

⁴⁷⁰ Cf. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 18.

⁴⁷¹ P. ex., a *plataforma Midata*, lançada em 2011, no Reino Unido, com os objetivos de permitir o acesso dos consumidores aos dados das suas transações nos setores financeiro, da energia e das telecomunicações, simplificar a informação e afastar certos *enviesamentos* como o *enviesamento status quo* ou a *sobrecarga de informação*. OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 29.

⁴⁷² Art.º 2.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁷³ Cf. o art.º 39.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁷⁴ BAR-GILL, “*Competition and Consumer Protection...*”, 2011, pp. 17 e ss.

⁴⁷⁵ BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, p. 46.

da proposta do autor reside no facto de ele propor a disseminação do segundo tipo de informação⁴⁷⁶.

A informação acerca dos padrões de uso dos consumidores pode assumir duas formas – fornecimento da informação de uso médio de um grupo de consumidores ou disponibilização da informação de uso individual de dado consumidor⁴⁷⁷.

Segundo BAR-GILL, a primeira proposta⁴⁷⁸ poderá ser muito útil, p. ex., nos casos de venda de extensões de garantia⁴⁷⁹ ou no caso de descontos em que o consumidor tem de enviar um cupão para o profissional⁴⁸⁰. Para o autor, a indicação do número baixo de casos de acionamento de extensões de garantia e de envio de cupões enviados permitiria ao consumidor ter uma melhor noção da realidade em ambas as situações⁴⁸¹ e, assim, afastar ou limitar *enviesamentos* como a *aversão às perdas*, no primeiro caso, e o *excesso de otimismo*, no segundo.

Da mesma forma, BAR-GILL propõe que, p. ex., nos casos em que são vendidos produtos que funcionam com recargas, fará sentido fornecer ao consumidor a TCO (*Total-Cost of Ownership*), isto é, a indicação dos custos totais que a média dos consumidores teve com determinado produto e recargas em determinado período, p. ex., um ano⁴⁸². Também seria vantajoso tornar *saliente* o custo médio de contratos de hospedagem, por hotel, ou a divulgação do número médio de consumidores arrependidos por terem aderido a um contrato com fidelização⁴⁸³.

Contudo, embora benéfica, também esta solução poderá ser afetada por problemas de *excesso de otimismo*⁴⁸⁴ e, em resultado dos efeitos da *prova social* e da *ancoragem*, parece-nos que existe o risco de conduzir a tendências de imitação dos padrões médios divulgados.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 62.

⁴⁷⁷ BAR-GILL, “*Competition and Consumer Protection...*”, 2011, p. 19.

⁴⁷⁸ Note-se que, neste caso, defende-se que o grupo deve ser pequeno para a informação ser mais fiável. BAR-GILL, “*Informing Consumers...*”, 2007, pp. 57, 64-65.

⁴⁷⁹ *Id.*, pp. 53-54.

⁴⁸⁰ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁸¹ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁸² *Id.*, p. 54.

⁴⁸³ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 65.

Diferentemente, quando o profissional tem uma base de dados com as informações de consumo de cada consumidor, conforme ocorre em certos contratos de prestação continuada, como é o caso dos contratos de telecomunicações⁴⁸⁵, é possível a solução ideal, isto é, o fornecimento, a cada consumidor, da sua TCO individual e das suas diversas informações de consumo individuais⁴⁸⁶, permitindo tornar *salientes* determinadas falhas do consumidor, sendo mais fácil corrigi-las. Ainda assim, para BAR-GILL, também esta abordagem tem limites, como o facto de não ser geral, mas apenas relativa a certos produtos⁴⁸⁷, e o risco de o consumidor poder ser afetado por perspetivas *excessivamente otimistas* no que toca à alteração do seu comportamento futuro⁴⁸⁸.

Como vimos, face aos avanços nas tecnologias digitais, começam a surgir, embora com os riscos referidos, *plataformas digitais* que tornam possíveis ambas as propostas de BAR-GILL⁴⁸⁹.

3.1.3. Novas soluções em matéria de prestação de informação ao consumidor no âmbito da UE

Nenhuma das questões referidas em torno do fornecimento de informação é novidade para as instituições europeias, em particular, para a CE⁴⁹⁰. Aliás, conforme veremos⁴⁹¹, muitas destas propostas têm vindo a ser repetidamente testadas e implementadas com sucesso em diversos pontos do globo, mitigando ou mesmo afastando muitos dos problemas referidos.

No âmbito da UE, nos últimos anos, o grande foco no que toca à proteção do consumidor tem vindo a ser o setor digital, muito devido à enorme importância que a *Comissão Juncker* atribuiu à prossecução e

⁴⁸⁵ *Id.*, pp. 59-60.

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 62.

⁴⁸⁷ Os produtos fornecidos por meio de contratos de execução continuada. BAR-GILL, “*Competition and Consumer Protection...*”, 2011, p. 19.

⁴⁸⁸ *Id.*, *Ibid.*

⁴⁸⁹ Cf., *supra*, VI, 2, 3.1.2.

⁴⁹⁰ Cf. CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, p. 12; CE, *Report of the Fitness Check...*, 2017, pp. 18 e ss.

⁴⁹¹ Cf., *infra*, VI, 3.1.4.

desenvolvimento de um *mercado digital único conectado*⁴⁹²⁻⁴⁹³. Das importantes medidas que têm vindo a ser aprovadas recentemente, duas delas assumem particular relevância em face do impacto que poderão vir a ter no fornecimento de informação ao consumidor (e, conseqüentemente, no afastamento de muitos dos problemas referidos). Referimo-nos à criação de uma *plataforma digital única* pública de âmbito europeu e ao “*Novo Acordo para os Consumidores*”. Ambas as propostas serão desenvolvidas de seguida.

3.1.3.1. O Regulamento (UE) 2018/1724 e a Plataforma Digital Única

Conforme foi mencionado, nos termos do disposto no Regulamento (UE) 2018/1724, recentemente aprovado, encontra-se presentemente em fase de criação e implementação, no âmbito da UE, a *plataforma digital única* para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas, integrada no Portal “*A Sua Europa*”⁴⁹⁴, a qual deverá estar em pleno funcionamento a partir de 22 de dezembro de 2023⁴⁹⁵.

Trata-se de uma *plataforma digital* pública europeia, a qual tem por objetivos fornecer aos cidadãos e às empresas um acesso fácil a informações de elevada qualidade, suficiente completas e fiáveis, relativas aos seus direitos e obrigações nos mais diversos domínios – viajar no interior da UE; trabalhar e reformar-se na UE; conduzir na UE; residir, estudar ou estagiar noutro E.M.; cuidados de saúde; direitos do cidadão e das famílias; direitos dos consumidores, entre outros⁴⁹⁶ –, assim como um acesso fácil a procedimentos eficazes e a serviços eficientes de assistência

⁴⁹² A implementação e fomento de um *mercado único digital conectado* correspondeu à 2.ª Prioridade da Comissão Juncker. Cf. CE, DGC, *Compreender as políticas...*, 2015, p. 5; BASSOT e HILLER, *The Juncker Commission's...*, 2019, pp. 6-8.

⁴⁹³ Para uma cronologia das medidas implementadas no âmbito da UE, com vista à implementação e desenvolvimento do *mercado único digital*, cf. <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-single-market/> – acedido em 13/12/2019.

⁴⁹⁴ Art.º 2.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁹⁵ De todo o modo, muitas das funcionalidades da *plataforma* estarão em funcionamento a partir de 12 de dezembro de 2020. Cf. art.º 39.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁹⁶ Art.ºs 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 2, 4.º, 5.º, 9.º-12.º, e Anexo I do Regulamento (UE) 2018/1724.

e resolução de problemas no que concerne ao exercício dos seus direitos decorrentes do direito da UE⁴⁹⁷. Um dos serviços possíveis é o próprio aconselhamento individual ao consumidor⁴⁹⁸.

A garantia da alta qualidade dos serviços prestados pela *plataforma* foi muito tida em linha de conta pelo legislador europeu, tendo ficado prevista no Regulamento (UE) 2018/1724 a imposição de requisitos mínimos de qualidade a praticamente todos os níveis, cujo respeito deverá ser assegurado pelos E.M.'s e pela CE⁴⁹⁹. Uma importante ferramenta também para este efeito consistirá na introdução de mecanismos que irão permitir aos utilizadores da *plataforma* avaliarem anonimamente a qualidade dos serviços da mesma⁵⁰⁰. As principais reações serão publicadas em linha pela CE, de modo anonimizado⁵⁰¹. Por outro lado, será igualmente facultada aos utilizadores a oportunidade, através de outra ferramenta, de relatarem, de modo anónimo, casos de atropelos ao exercício dos seus direitos no mercado interno⁵⁰², os quais também serão publicados em linha pela CE, sob a forma de resumos anonimizados⁵⁰³.

No Regulamento (UE) 2018/1724, o legislador europeu impõe igualmente aos E.M.'s e à CE obrigações de divulgação da *plataforma*⁵⁰⁴, assim como de garantia que a *plataforma* e as informações e serviços por ela prestados são de fácil acesso na Internet⁵⁰⁵, e fornecidos em língua oficial da União amplamente compreendida pelo maior número possível de utilizadores transfronteiriços⁵⁰⁶.

Como é óbvio, a nova *plataforma* constitui uma ferramenta muito completa e com um elevado potencial no âmbito da proteção dos

⁴⁹⁷ Art.ºs 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 2, 6.º, 7.º, 10.º, 11.º, 13.º-16.º, e Anexos II e III, do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁹⁸ Cf. Cons. 32 do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴⁹⁹ Art.ºs 8.º-11.º; 16.º, 17.º, 18.º, n.º 4, 22.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1, k) e n), do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰⁰ Art.º 25.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰¹ Art.º 27.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰² Art.º 26.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰³ Art.º 27.º do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰⁴ Art.º 23.º, n.ºs 1, 2, e 4, do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰⁵ Art.º 23.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2018/1724.

⁵⁰⁶ Art.ºs 9.º, n.º 2, 10.º, n.º 4, 11.º, n.º 1, c), e n.º 2, 12.º e 13.º, n.º 2, a), do Regulamento (UE) 2018/1724.

consumidores, nos mais diversos níveis – fornecimento de informação, educação, esclarecimentos de dúvidas e mesmo aconselhamento, resolução de litígios –, e praticamente em todos os domínios do mercado interno⁵⁰⁷. Acreditamos que poderá ter um impacto muito positivo na proteção do consumidor, na medida em que permitirá afastar muitas das fragilidades ainda hoje existentes neste setor, bem como compreender, através dos dados e comentários dos consumidores, quais os caminhos a seguir no futuro.

3.1.3.2. “Um Novo Acordo para os Consumidores” – medidas ligadas à prestação de informação

Conforme referido, na sequência da *verificação da adequação (fitness-check)* das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC, 2009/22/EC e 2006/114/EC⁵⁰⁸ e da *avaliação* da DDC⁵⁰⁹, concluídas pela CE, em 2017, no âmbito do *Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT)*, inserido no programa “*Legislar Melhor*”⁵¹⁰, e tendo por base os resultados de estudos comportamentais que procuraram identificar as reações dos consumidores ao fornecimento de informação pelos profissionais⁵¹¹ e aferir a transparência das *plataformas digitais*⁵¹² (entre outros)⁵¹³, o “*Novo Acordo para os Consumidores*” veio procurar dar solução a alguns dos maiores receios em torno da prestação de informação

⁵⁰⁷ Cf. o domínio H, do Anexo I do Regulamento (UE) 2018/1724, para uma lista dos setores relativamente aos quais pode o consumidor ser esclarecido dos seus direitos.

⁵⁰⁸ Cf. o *Roadmap* relativo à *verificação da adequação* das Diretivas de proteção do consumidor, disponível em https://ec.europa.eu/smartregulation/roadmaps/docs/2016_just_023_evaluation_consumer_law_en.pdf – acedido em 30/11/2019; Cf., também, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332, e os relatórios e documentos de apoio aí disponíveis – acedido em 30/11/2019.

⁵⁰⁹ *Id, Ibid.*

⁵¹⁰ Sobre o programa “*Legislar Melhor*”, cf. CE, *Better Regulation Guidelines*, 2017, pp. 3 e ss.

⁵¹¹ Cf. CE, *Report of the Fitness Check...*, 2017, pp. 141 e ss.

⁵¹² Disponível em https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_en.

⁵¹³ P. ex., para uma ideia dos estudos da CE relativos às *plataformas digitais*, cf. CE, *As plataformas em linha e o mercado único digital...*, 2016, p. 2, n. 2.

ao consumidor, em particular no que se refere às *plataformas digitais*. Tal foi feito através da alteração da DPCD e da DDC, por meio da 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/EU, 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.

Trata-se, muito provavelmente, do campo que mereceu maior intervenção da parte do legislador europeu no âmbito deste programa, muito devido à referida importância que a *Comissão Juncker* atribuiu à implementação e prossecução do *mercado único digital*.

Assim, com vista à regulação da informação prestada aos consumidores no âmbito das *plataformas digitais*, foram as seguintes, as principais alterações introduzidas pelo “*Novo Acordo para os Consumidores*”:

- i. A alteração da DPCD e da DDC no sentido de preverem a imposição aos profissionais da obrigação de fornecerem aos consumidores os parâmetros que determinam a classificação dos produtos apresentados ao consumidor em resultado de *pesquisas em linha* (e a importância relativa desses parâmetros em comparação com outros parâmetros), considerando tal informação como *substancial*, nos termos da DPCD, nos contratos celebrados nos mercados em linha⁵¹⁴ (esta obrigação não se aplica aos *fornecedores de motores de pesquisa em linha*, na aceção do artigo 2.º, ponto 6, do Regulamento (UE) 2019/1150)⁵¹⁵;
- ii. O aditamento do ponto n.º 11-A ao Anexo I da DPCD, a fim de ser considerada como *PCD em quaisquer circunstâncias*, a prática que consiste em “*fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa*”⁵¹⁶;

⁵¹⁴ O “*Novo Acordo*” veio também estabelecer uma nova definição de “*mercado em linha*”. Cf. art.º 3.º, n.º 1, b), e art.º 4.º, n.º 1, e), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵¹⁵ Cons.ºs 17-23, 26, e os art.ºs 3.º, n.ºs 1, b), e n.º 4, b), e 4.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵¹⁶ Cf. o Cons. 20 e o art.º 3.º, n.º 7, a), da Diretiva (UE) 2019/2161.

- iii. A alteração da DPCD e da DDC com vista à imposição aos profissionais da obrigação de, relativamente aos produtos e serviços apresentados nos mercados em linha, o consumidor ser devidamente informado da natureza da sua contraparte contratual (se se trata de um profissional ou de um consumidor), assim como do modo como os seus direitos e obrigações são afetados em função de tal natureza. Esta informação é considerada *substancial*⁵¹⁷;
- iv. No caso de o profissional disponibilizar avaliações de produtos efetuadas por consumidores, a alteração da DPCD no sentido de considerar como “*substancial, a informação sobre se e de que forma esse profissional garante que as avaliações publicadas são efetuadas por consumidores que efetivamente utilizaram ou adquiriram o produto*”⁵¹⁸;
- v. O aditamento ao Anexo I da DPCD dos pontos n.ºs 23-B e 23-C, que vêm estabelecer como *PCD’s em quaisquer circunstâncias* as práticas que consistam, respetivamente, em “*23-B. Declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores*” ou em “*23-C. Apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos*”⁵¹⁹;
- vi. A alteração da DDC, no sentido de incluir a obrigação de os profissionais informarem claramente os consumidores sempre que os preços apresentados tenham sido personalizados com base em decisões automatizadas⁵²⁰;
- vii. Conforme referido, foi igualmente aditado o art.º 11.º-A à DPCD, com vista a garantir aos consumidores lesados com *PCD’s* o acesso a “*meios de ressarcimento proporcionados e eficazes*”, assim como a uma indemnização por danos sofridos e, se for caso disso, à redução do

⁵¹⁷ Cf. Cons.ºs 24, 26, 27, 28, e art.ºs 3.º, n.º 4, a), ii), e 4.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵¹⁸ Cf. Cons.ºs 48 e 49, e art.º 3.º, n.º 4, c), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵¹⁹ Cf. Cons.ºs 47 e 49, e art.º 3.º, n.º 7, b), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²⁰ Cf. Cons.ºs 17 e 45, e art.º 4.º, n.º 4, a), ii), da Diretiva (UE) 2019/2161.

preço ou à rescisão do contrato⁵²¹. Por outro lado ainda, foi também aprovada a alteração dos art.ºs 13.º da DPCD e 24.º da DDC com o propósito de tornar as sanções em caso de violação às disposições nacionais adotadas nos termos da DPCD e da DDC mais “*efetivas, proporcionadas e dissuasivas*”⁵²².

Como se pode verificar, o grande contributo do “*Novo Acordo para os Consumidores*” no que respeita à informação ao consumidor, foram as alterações à DPCD e à DDC, no sentido de obrigar os profissionais a garantir a *neutralidade* e a *transparência* das *plataformas digitais*⁵²³, através das informações prestadas ao consumidor. De facto, as restantes propostas do “*Novo Acordo*” em matéria de informação fornecida ao consumidor, embora importantes, foram pontuais:

- a) Foi o caso da imposição que, nas reduções de preço, o preço anterior corresponda ao preço mais baixo praticado pelo profissional num período não inferior a 30 dias ao da aplicação da redução⁵²⁴;
- b) Da obrigação de os profissionais fornecerem informações específicas relativas aos produtos do setor digital⁵²⁵;
- c) Ou da eliminação da obrigação de fornecimento de elementos informativos que já não se justifiquem hoje em dia – como o n.º de fax⁵²⁶ –, sejam desnecessários⁵²⁷, ou inviáveis, como o envio

⁵²¹ Cf. Cons. 16 e art.º 3.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²² Sobre o regime relativo às sanções, cf. os Cons.ºs 3 a 15, o art.º 3.º, n.º 6, e o art.º 4.º, n.º 13, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²³ Relativamente às medidas implementadas no âmbito da UE para assegurar a *transparência* das *plataformas digitais* relativamente aos utilizadores profissionais, cf. o Reg (UE) 2019/1150.

⁵²⁴ Cf. o art.º 2.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²⁵ Cf. o art.º 4.º, n.º 3, a) e b), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²⁶ O qual foi substituído pela indicação dos dados pormenorizados de novos meios de comunicação em linha utilizados pelo profissional – cf. Cons. 46 e art.º 4.º, n.º 4, a), i), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²⁷ Cf. os Cons.ºs 39 e 40 da Diretiva (UE) 2019/2161, que referem que certas informações que são obrigatoriamente prestadas, quer na fase da publicidade, quer na fase pré-contratual, devem ser suprimidas naquela fase por se justificarem mais nesta, evitando, assim, duplicações de informação. Todavia, apesar desta intenção, nem a DPCD nem a DDC foram alteradas nesse sentido.

do modelo do formulário relativo ao direito de arrependimento, constante do Anexo I da DDC, quando o contrato seja celebrado por meio de comunicação à distância⁵²⁸.

Por conseguinte, no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*”, a CE optou por deixar de fora algumas das soluções atrás enunciadas – como a obrigação de entrega ao consumidor de informação *saliente* mais geral ou a informação relativa a padrões de uso individual ou médio –, tendo optado antes por outro tipo de medidas.

Não nos parece, todavia, que a CE tenha sido displicente ao seguir este caminho. Se bem analisarmos as medidas propostas no “*Novo Acordo para os Consumidores*” no que respeita à informação, facilmente constatamos que pretendem dar resposta aos problemas mais gritantes neste setor – as questões ligadas à transparência das *plataformas digitais*, atacando diretamente o *Crowdturfing*⁵²⁹⁻⁵³⁰ e a manipulação enganosa de resultados de produtos nos mercados em linha (assim como as personalizações de preços)⁵³¹ – e estão em consonância com o que é defendido à luz da Psicologia e dos *BI*'s.

No que toca às propostas que ficaram de fora do “*Novo Acordo*” – p. ex., as medidas ligadas ao aumento da *saliência* da informação ou de fornecimento de informações relativas ao uso dos produtos e serviços –, tal parece-nos até, em certa medida, adequado. Efetivamente, estas correspondem, regra geral, a soluções com contornos muito díspares e cuja especificidade pode variar muito de setor para setor (e até de produto para produto), pelo que deverão, na nossa opinião, na sua maioria, ficar

⁵²⁸ Note-se que esta medida não isenta o profissional da obrigação de prestar ao consumidor as informações constantes do modelo de formulário. Cf. Cons. 41 e art.º 4.º, n.º 7, a), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵²⁹ Cf. Cons. 49 e art.º 3.º, n.º 4, c), e 7, b), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁵³⁰ Note-se, todavia, que uma das alterações ao Anexo I da DPCD (art. 23-C) exige que, para estarmos perante uma *PCD em quaisquer circunstâncias*, as avaliações em causa deverão ser *falsas*. Parece-nos que se justifica uma clarificação do tipo de práticas que pode estar aqui em causa. De facto, aparentemente, se tais avaliações forem *verdadeiras*, embora pagas, parece não haver *deslealdade*, o que gera alguma perplexidade, pois que ficam em aberto as questões levantadas no que respeita ao princípio da *identificabilidade* e à dificuldade de enquadrar legalmente as ações dos chamados *influenciadores*. Cf., *supra*, nota 104.

⁵³¹ Cf. Cons.ºs 17 e 45, e art.º 4.º, n.º 4, a), ii), da Diretiva (UE) 2019/2161.

relegadas para legislação setorial. Uma medida que poderia ser interessante seria a sua implementação no âmbito da *plataforma digital única* ou em *plataformas digitais setoriais*. Nas próximas linhas, tendo por base um programa que foi devidamente testado e implementado na Colômbia, veremos os modos como tal poderá ser feito à luz dos *BI's*, assim como referiremos outras soluções que poderão ter relevância no que respeita ao fornecimento de informação ao consumidor.

3.1.4. Aplicação prática do fornecimento de informação ao consumidor à luz dos *BI's*

Conforme ficou dito, muitas das propostas de solução relativas à informação, *supra* indicadas, encontram-se já em prática em diversos Estados ao longo do globo, com o apoio de várias entidades, como a UE⁵³² ou a OCDE, e diversos governos estaduais.

No relatório de 2017, *Behavioural Insights and Public Policy*, são fornecidos pela OCDE inúmeros exemplos de estudos e implementação de medidas que se inscrevem nas propostas doutrinárias atrás indicadas⁵³³. Desses exemplos, merece particular destaque a reforma operada no setor das telecomunicações na Colômbia⁵³⁴.

Basicamente, o que esteve em causa neste caso foi o melhoramento da informação fornecida no setor das telecomunicações nesse Estado⁵³⁵.

Assim, com vista a auxiliar as instâncias governamentais ligadas ao setor das telecomunicações na Colômbia⁵³⁶, foram efetuados diversos estudos pela *Facultad de Psicología da Fundación Universitaria Konrad Lorenz*, complementados com os conhecimentos de uma equipa multidisciplinar ligada à OCDE⁵³⁷, que permitiram identificar, com base nos *BI's*, os pontos mais problemáticos no fornecimento de informação ao consumidor no

⁵³² Para exemplos de propostas implementadas em E.M.'s da UE., cf. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 18-21.

⁵³³ OECD, *Behavioural Insights...*, 2017.

⁵³⁴ OECD, *Protecting Consumers...*, 2016.

⁵³⁵ OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 29 e ss.

⁵³⁶ A *Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)*.

⁵³⁷ OECD, *Protecting Consumers...*, 2016, pp. 18-19.

setor das telecomunicações nesse Estado e efetuar propostas de solução e testes, tendo todo o processo sido descrito num relatório de cerca de 80 páginas⁵³⁸.

Tal relatório agrupou os problemas e soluções em quatro grupos distintos: a) melhoria no fornecimento de informação; b) melhoria nos serviços de apoio aos consumidores; c) criação de mecanismos de controlo dos consumos individuais; d) estratégias de informação ligadas aos problemas causados pelos contratos promocionais com objeto plural⁵³⁹.

Num primeiro nível, tentou-se afastar os problemas ligados ao fornecimento de informação⁵⁴⁰. Tendo-se constatado que os consumidores colombianos estão pouco informados⁵⁴¹, procurou-se identificar e fornecer a informação básica e essencial que lhes permita efetivamente exercerem os seus direitos e melhorar as suas decisões – isto independentemente do seu nível social, cultural ou educacional⁵⁴². Tendo em mente os problemas ligados à *sobrecarga de informação*, foi também sugerido, a par da informação “*completa*”, o fornecimento de “*informação sumária*” que condense, de modo simples e claro, a informação necessária a uma boa tomada de decisão⁵⁴³. Foi igualmente proposto o fornecimento de listas de passos que indiquem, p. ex., os procedimentos a seguir na adesão a certo serviço ou de guiões informativos que permitam ao consumidor escolher o plano de serviços mais adequado para si⁵⁴⁴. Sugeriu-se também o fornecimento da informação ideal no momento certo (p. ex., informação que se saiba ser necessária, fornecida em momentos em que o consumidor se encontra mais recetivo)⁵⁴⁵; a concessão de informação de casos reais (mais facilmente apreensível)⁵⁴⁶; e a disponibilização de ferramentas comparativas que permitam saber as escolhas de consumidores com

⁵³⁸ *Id.*

⁵³⁹ *Id.*, pp. 19-20.

⁵⁴⁰ *Id.*, pp. 30 e ss.

⁵⁴¹ *Id.*, p. 30.

⁵⁴² *Id.*, p. 31.

⁵⁴³ *Id.*, p. 35.

⁵⁴⁴ *Id.*, pp. 35-36.

⁵⁴⁵ Para mais desenvolvimentos, *Id.*, p. 36.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 37.

características idênticas às do consumidor em causa (uso da *prova social* para alterar comportamentos)⁵⁴⁷.

Num segundo nível, relativo aos serviços de apoio ao consumidor, procurou-se melhorar e simplificar o fornecimento de informação relativa aos procedimentos a tomar em caso de reclamação⁵⁴⁸. Sugeriu-se também criar um sistema simples, claro e transparente de avaliação e graduação dos serviços, com notas e *rankings*⁵⁴⁹, o desenvolvimento de uma plataforma *on-line* para reclamações⁵⁵⁰ e a criação de incentivos, como prémios, para a realização de comentários e reclamações genuínos⁵⁵¹.

Num terceiro nível, com vista a evitar que o consumidor pague demasiado pelos serviços, propôs-se melhorar a regulação relativa ao consentimento do consumidor, incluindo regras que afastem o consentimento por meio de *defaults*⁵⁵². Foi igualmente apontada a criação de mecanismos que melhorem o conhecimento do consumidor relativamente às suas necessidades, aos seus consumos individuais e às características dos planos e serviços, de modo a possibilitar-lhe uma escolha informada dos planos e serviços mais adequados para si, evitando gastos excessivos e desnecessários⁵⁵³. Tal foi feito através da simplificação das faturas, com a apresentação detalhada dos consumos individuais⁵⁵⁴, por meio de notificações ou mensagens ao consumidor acerca dos seus consumos⁵⁵⁵ ou, finalmente, através de *plataformas digitais* e aplicações que continham todos os dados necessários ao consumidor – mostragem dos consumos individuais, indicação dos tipos de modalidades de serviços e opções nas diferentes operadoras e sugestão da modalidade mais adequada ao consumidor, apresentação de comentários e reclamações⁵⁵⁶. Por fim, foi

⁵⁴⁷ *Id.*, *Ibid.*

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 41.

⁵⁴⁹ *Id.*, pp. 41-44.

⁵⁵⁰ *Id.*, pp. 44-45.

⁵⁵¹ *Id.*, p. 45.

⁵⁵² *Id.*, p. 49.

⁵⁵³ *Id.*, pp. 50-59.

⁵⁵⁴ *Id.*, pp. 51-52.

⁵⁵⁵ *Id.*, pp. 53-56.

⁵⁵⁶ *Id.*, pp. 56-59.

sugerida a adoção por *default* de um *plano de emergência* para consumidores que mantenham um plano que não seja o mais indicado para si⁵⁵⁷.

Finalmente, num quarto nível, relativo aos contratos promocionais com objeto plural, com o objetivo de evitar más escolhas, foi proposto tornar “*altamente saliente*” o preço de cada componente dos vários “*pacotes*”, de modo a tornar possível a comparação e identificação da melhor proposta⁵⁵⁸.

3.2. Educação e formação do consumidor

Uma outra medida que se encontra ligada à prestação de informação ao consumidor refere-se à sua educação e formação.

Esta configura uma das soluções mais defendidas pelo legislador europeu, em particular no que respeita à defesa dos consumidores vulneráveis⁵⁵⁹, constituindo, entre nós, um dos meios tradicionais de proteção do consumidor, o qual goza de consagração constitucional e legal (art.º 60.º, n.º 1, da CRP, e art.ºs 3.º, c), e 6.º da LDC).

Trata-se, no entanto, de uma das medidas de mais difícil implementação⁵⁶⁰ em face dos enormes dispêndios e disponibilidade de recursos que implica e da incerteza dos seus resultados. Todos estes aspetos vêm confirmados no relatório de 2011, relativo ao estudo dos resultados das políticas europeias de fornecimento de informação, formação e educação dos consumidores no período a partir do ano de 2002⁵⁶¹, onde se concluiu que, face à proliferação da Internet e conseqüente alteração dos ambientes de informação e educação ao consumidor⁵⁶², os parcos resultados de

⁵⁵⁷ *Id.*, pp. 59.

⁵⁵⁸ *Id.*, pp. 63-64.

⁵⁵⁹ Programa plurianual “*Consumidores*”, previsto no Regulamento (UE) n.º 254/2014, Objeto II.

⁵⁶⁰ Tem, aliás, havido fortes críticas em Portugal face à inação do Governo português na prossecução deste tipo de medidas. Cf. https://www.rtp.pt/noticias/economia/direito-do-consumo-denuncia-falta-de-formacao-e-informacao-ao-consumidor_n937402, acedido em 02/01/2018.

⁵⁶¹ BLAKEMORE e SMITH, *Evaluation of Consumer...*, 2011.

⁵⁶² *Id.*, pp. ii-iii.

algumas medidas anteriores justificam uma alteração nas abordagens⁵⁶³, sendo sublinhada a importância da utilização dos conhecimentos do *BE* nas medidas a tomar para o futuro⁵⁶⁴. Foi inclusive apontado que, com base nestes conhecimentos, deverão ser fornecidas ferramentas *ativas* que melhorem as competências e escolhas do consumidor, quer a nível nacional, quer no seio do *mercado único*⁵⁶⁵.

Ora, a nossa ideia é justamente esta – a de aferir a possibilidade de educar os consumidores tendo em conta os conhecimentos da Psicologia. Para tanto, mantemos as propostas tradicionais, de a educação para o consumo ser introduzida nas escolas e universidades, no caso dos jovens, mas estar também a cargo de associações de consumidores, autarquias locais e empregadores (através de incentivos) para a restante população⁵⁶⁶. Dado o problema da dificuldade em educar adultos, em especial os idosos⁵⁶⁷, propostas de implementação de programas específicos que tenham por missão educar o consumidor através da imposição de informação *saliente* como jogos, incentivos e práticas associadas ao humor e emoções positivas, questionários e ensino de estratégias que contrariem os efeitos de práticas de *lealdade* duvidosa podem ser benéficas⁵⁶⁸.

Todavia, no caso dos consumidores mais vulneráveis, faz também sentido a disponibilização de peritos (ou outros profissionais) que prestem auxílio na gestão da sua vida económica e forneçam acompanhamento e informação na tomada de decisões, em particular no caso de decisões raras e dispendiosas ou em setores mais complexos, como o

⁵⁶³ O relatório refere-se ao *site* Dolceta.com, destinado à informação e educação do consumidor, e ao jornal *Europa Diary*, sobre temáticas ligadas ao consumo, distribuído nas escolas e dirigido aos jovens entre 15-18 anos. BLAKEMORE e SMITH, *Evaluation of Consumer...*, 2011, pp. vii-x.

⁵⁶⁴ *Id.*, p. x.

⁵⁶⁵ *Id.*, *Ibid.*

⁵⁶⁶ Cf. o art.º 6.º da LDC.

⁵⁶⁷ CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, pp. 18-19.

⁵⁶⁸ Por exemplo, estender iniciativas como o *ConsumerLawReady* ao consumidor comum. Sobre este programa, cf. CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018, p. 16; www.ConsumerLawReady.eu.

financeiro⁵⁶⁹⁻⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹. Parece-nos, aliás, em face do que ficou dito, que faria sentido alargar este apoio pericial à generalidade da população⁵⁷²⁻⁵⁷³. Neste âmbito, a criação, divulgação e fomento de *plataformas públicas* facilmente acessíveis ao público em geral, como a *plataforma digital única* e outras *plataformas* criadas especificamente para o sector em causa⁵⁷⁴, parece-nos essencial⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶⁻⁵⁷⁷. Conforme vimos, entre os serviços prestados no âmbito da *plataforma digital única* está mesmo o aconselhamento individual ao consumidor⁵⁷⁸.

Relativamente aos conteúdos ministrados, remetemos para o que ficou dito a propósito da informação que deve ser disponibilizada ao consumidor e dos meios para o fazer – em particular, do recurso à Internet e da importância das tecnologias digitais. Mais uma vez, as *plataformas públicas*, como a nova *plataforma digital única* ou outras *plataformas* especificamente concebidas para o setor em causa, poderão ter aqui um papel determinante.

⁵⁶⁹ Neste sentido, CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 19.

⁵⁷⁰ Na Suécia, esse apoio aos consumidores mais frágeis é desenvolvido por sindicatos e assistentes sociais. CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 19.

⁵⁷¹ No que toca à educação e formação dos consumidores *vulneráveis*, cf. o n.º 7, do Objetivo II do Programa plurianual “*Consumidores*”, previsto no Regulamento (UE) n.º 254/2014. Cf., também, a Resolução do PE, de 15 de novembro de 2011, sobre uma nova estratégia..., par. 38.

⁵⁷² Não esquecendo que todos os consumidores, ao longo da sua vida, podem ser ou ficar *vulneráveis* em face de dadas circunstâncias ou de certo mercado. CE, *On Knowledge-Enhancing...*, 2012, p. 6.

⁵⁷³ Com argumentos que justificam esta medida, LUTH, *Behavioral Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 103-105.

⁵⁷⁴ Cf., *supra*, VI, 3.1.3.1.

⁵⁷⁵ Cf. o art.º 6.º, n.º 4, da LDC.

⁵⁷⁶ Propondo o aconselhamento direto ao consumidor, através de meios automatizados (*plataformas digitais*), como nos EUA (cf., *supra*, VI, 2, II), e a regulação das mesmas no sentido de garantir a sua *neutralidade*, cf. HELLERINGER e SIBONY, “*European Consumer Protection...*”, 2017, p. 634.

⁵⁷⁷ A criação e manutenção de bases de dados constitui uma das principais ferramentas apontadas pela UE para a educação e formação dos consumidores projetadas para o período 2014-2020, cf. Regulamento (UE) n.º 254/2014, Objetivo II, n.º 4.

⁵⁷⁸ Cf., *supra*, VI, 3.1.3.1.

Parece-nos ainda que, face ao reconhecimento generalizado da importância dos conhecimentos da Psicologia, dever-se-á dar a conhecer aos consumidores as diversas vulnerabilidades existentes, atrás estudadas, as técnicas mais comuns que as exploram e as estratégias tidas por mais eficazes para as contrariar, como, p. ex., a técnica *consider-the-opposite*⁵⁷⁹.

3.3. Novo paternalismo

O *novo paternalismo* corresponde a um conjunto de abordagens desenvolvidas nos finais do século XX, nos EUA, as quais, sendo desenhadas com base nos conhecimentos do *BE*, visam melhorar o processo de decisão do cidadão e afastar muitas das vulnerabilidades estudadas⁵⁸⁰. Referimo-nos, em especial, ao *debiasing through law*, ao *paternalismo assimétrico* e ao *paternalismo libertário*.

Como se pode antever, este conjunto de soluções inscreve-se no chamado *paternalismo jurídico*⁵⁸¹⁻⁵⁸², isto é, no estabelecimento de restrições aos direitos e interesses do cidadão a fim de o proteger contra uma eventual má utilização dos mesmos – a *proteção estadual contra si mesmo*⁵⁸³ –, corrente há muito envolta em polémica face aos riscos que representa para a liberdade e autonomia pessoais⁵⁸⁴. Todavia, ao assentar nos referidos estudos psicológicos do *BE*, o *novo paternalismo* procura fazê-lo de forma a minimizar o mais possível estas ameaças, adotando o método do *paternalismo suave*, isto é, a utilização de medidas que não excluam a capacidade do cidadão de decidir de modo voluntário e autónomo⁵⁸⁵.

As três abordagens referidas serão desenvolvidas de seguida.

⁵⁷⁹ Trata-se de uma técnica que consiste em procurar razões que indiquem que um julgamento inicial pode estar incorreto, a qual é capaz de mitigar ou afastar *enviesamentos* como o *excesso de otimismo*, o *enviesamento da perceção retrospectiva* ou a *ancoragem*. Cf. http://lesswrong.com/lw/7ep/practical_debiasing/, acedido em 02/01/2018.

⁵⁸⁰ CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, 2012, p. 1.

⁵⁸¹ MAC CRORIE, “O *paternalismo estadual...*”, 2012, p. 34.

⁵⁸² Para mais desenvolvimentos, cf. CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, 2012, pp. 11 e ss.

⁵⁸³ MAC CRORIE, “O *paternalismo estadual...*”, 2012, p. 34.

⁵⁸⁴ *Id.*, pp. 34 e ss.

⁵⁸⁵ CSERNE, *Freedom of Contract and Paternalism...*, 2012, pp. 13-15.

3.3.1. *Debiasing Through Law*

A *Debiasing Through Law* consiste numa proposta dos juristas JOLLS e SUNSTEIN que propugna que a lei deverá incorporar soluções especificamente direcionadas para diminuir ou impedir a ocorrência das vulnerabilidades atrás estudadas⁵⁸⁶. Conforme referido, as medidas sugeridas inscrevem-se no chamado *paternalismo suave*, pelo que permitem que o cidadão mantenha, tanto quanto possível, a capacidade de decidir como melhor entender⁵⁸⁷.

Cingindo-nos à regulação do comportamento do consumidor, são essencialmente duas as abordagens sugeridas pelos autores. A primeira refere-se ao facto de a *heurística da disponibilidade* permitir afastar o *excesso de otimismo* (e o *enviesamento do autosserviço*)⁵⁸⁸. Focando-se na circunstância de este *enviesamento* levar o consumidor a desconsiderar riscos pouco *salientes*, JOLLS e SUNSTEIN propõem como solução tornar esses riscos *disponíveis* para o consumidor, de modo a que os passe a ver como mais prováveis⁵⁸⁹. Para tanto, sugerem a divulgação, com letra e forma altamente *salientes*, de casos concretos em que o risco se consumou⁵⁹⁰.

A segunda proposta consiste na utilização do *efeito de enquadramento* para também afastar o *excesso de otimismo*⁵⁹¹. Aqui, a ideia é apresentar a informação de modo a enfatizar as *perdas* que o produto ou atividade podem causar ao consumidor⁵⁹².

Todavia, face ao alarmismo que estas abordagens podem causar nos consumidores, com consequências nefastas para os profissionais, devem ser utilizadas em casos muito específicos em que a restrição dos direitos destes últimos seja justificada em função de interesses superiores (ideia de proporcionalidade). Note-se, de todo o modo, que ambas as soluções se encontram hoje em dia amplamente prosseguidas por meio das ferramentas digitais que permitem aos consumidores avaliar as suas experiências

⁵⁸⁶ JOLLS e SUNSTEIN, “*Debiasing Through Law*”, 2006, pp. 200-201.

⁵⁸⁷ *Id.*, *Ibid.*

⁵⁸⁸ *Id.*, pp. 209, 212 e ss.

⁵⁸⁹ *Id.*, p. 212.

⁵⁹⁰ *Id.*, pp. 212-213.

⁵⁹¹ *Id.*, pp. 210-211.

⁵⁹² *Id.*, pp. 211 e ss.

de consumo. Face à importância destes mecanismos, impõe-se, mais uma vez, o seu fomento e regulação⁵⁹³.

3.3.2. *Paternalismo assimétrico*

O *Paternalismo assimétrico* constitui uma abordagem sugerida por CAMERER *et al* que, ao se basear nos conhecimentos do *BE* e no facto de a capacidade de influência das vulnerabilidades estudadas poder variar muito de indivíduo para indivíduo e de situação para situação, propõe a implementação de medidas que sejam muito benéficas para quem tome más decisões em resultado dessas realidades, mas não imponham custos a quem não seja por estas afetado – *paternalismo suave*⁵⁹⁴.

Como exemplos de formas de regulação ligadas a esta conceção, temos o fornecimento de informação *saliente e enquadrada*⁵⁹⁵, o recurso ao *direito de arrependimento*⁵⁹⁶ e a utilização de *defaults*⁵⁹⁷.

No que respeita às diversas formas pelas quais a informação deverá ser fornecida ao consumidor, remetemos para o que ficou escrito *supra*⁵⁹⁸.

No que toca ao *direito de arrependimento*, este é visto como um instrumento importante para auxiliar o consumidor nos casos em que tome decisões precipitadas em resultado da influência das vulnerabilidades referidas⁵⁹⁹. Trata-se, hoje em dia, de um dos direitos mais emblemáticos do Direito do Consumo Europeu, o qual tem em vista restabelecer, na medida do possível, o equilíbrio contratual entre consumidor e profissional em situações em que a relação contratual se encontre particularmente desequilibrada⁶⁰⁰⁻⁶⁰¹. Embora exista a ideia de que o consumidor não

⁵⁹³ Relativamente às novas medidas implementadas no âmbito do “*Novo Acordo para os Consumidores*” no que concerne às *plataformas digitais*, cf., *supra*, VI, 3.1.3.2.

⁵⁹⁴ CAMERER *et al*, “*Regulation for Conservatives...*”, 2003, p. 1212.

⁵⁹⁵ *Id.*, pp. 1230-1237.

⁵⁹⁶ *Id.*, pp. 1238-1242.

⁵⁹⁷ *Id.*, pp. 1224-1230.

⁵⁹⁸ Cf., *supra*, VI, 3.1.2.

⁵⁹⁹ CAMERER *et al*, “*Regulation for Conservatives...*”, 2003, pp. 1238-1239.

⁶⁰⁰ Sobre o *direito de arrependimento*, cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, pp. 105-115; MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 152-160, 206-229.

⁶⁰¹ Uma proposta interessante neste âmbito, a qual foi incluída na nova Diretiva (UE) 2019/2161, consiste na possibilidade de prever a dilação do prazo para o exercício do *direito*

exerce este direito em virtude da influência de *enviesamentos* como o *status quo* ou o *efeito de dotação*⁶⁰², parece-nos que aquele assume grande importância, dado permitir uma reponderação da decisão tomada.

Por fim, relativamente às *defaults*, esta tese propõe que, face à capacidade de influência que estas ferramentas podem ter no comportamento do consumidor⁶⁰³, se procure descobrir, mediante estudos, quais as soluções que mais beneficiam a esmagadora maioria dos consumidores para, caso nada o contrarie (como, p. ex., os custos da sua implementação), serem estabelecidas como *default*⁶⁰⁴.

3.3.3. *Paternalismo libertário*

O *Paternalismo libertário* constitui a forma mais conhecida de *Novo Paternalismo*. Desenvolvida por THALER e SUNSTEIN e amplamente divulgada através do *best-seller Nudge*⁶⁰⁵, esta proposta terá sido, muito provavelmente, o principal impulsionador para que, hoje em dia, sejam desenvolvidas políticas assentes nos *BI's* nos EUA, na Europa e ao longo do globo⁶⁰⁶.

Neste tipo de paternalismo, o conceito de *arquitetura das escolhas* assume um papel fulcral⁶⁰⁷. Segundo os autores, não existe nenhum *design* que seja completamente neutro⁶⁰⁸. Todas as situações influenciam e *empurram* o consumidor para determinado comportamento, quer queiramos quer não. Tendo por base esta ideia, a proposta dos autores consiste em estabelecer *arquitecturas situacionais (nudges)* que, à semelhança de um GPS⁶⁰⁹, direcionem o cidadão para o caminho que, objetivamente,

de arrependimento em situações em que a prática em causa é de *lealdade duvidosa*, como é o caso das vendas ao domicílio, ou das vendas de produtos no âmbito de viagens organizadas. Cf. Cons.^{os} 54 e 55, e art.^o 4.^o, n.^{os} 8 e 12, b), da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁶⁰² CATERINA, “*Architettura delle scelte...*”, 2012, p. 75

⁶⁰³ Cf., *supra*, III, 5.1.2.

⁶⁰⁴ CAMERER *et al*, “*Regulation for Conservatives...*”, 2003, p. 1226.

⁶⁰⁵ THALER e SUNSTEIN, *Nudge*, 2008.

⁶⁰⁶ Cf. OECD, *Behavioural Insights...*, 2017, pp. 15 e ss. Sobre o uso dos *BI's* no âmbito da UE. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, pp. 15 e ss.

⁶⁰⁷ THALER e SUNSTEIN, *Nudge*, 2008, pp. 15-16.

⁶⁰⁸ SUNSTEIN, “*The Ethics of Nudging*”, 2015, p. vii.

⁶⁰⁹ *Id.*, p. viii.

seja o melhor para si, “*tal como julgado por si próprio*”, mas que, simultaneamente, lhe permitam decidir de outro modo, caso assim entenda⁶¹⁰⁻⁶¹¹ (*paternalismo suave*).

Assentes nos conhecimentos da Psicologia, algumas destas *arquitecturas* são hoje famosas. É o caso de, p. ex., numa cantina, os alimentos mais saudáveis serem dispostos em primeiro lugar e os menos saudáveis em último, explorando, dessa forma, o poder das *defaults* para melhorar os hábitos alimentares dos consumidores⁶¹², ou do recurso à *prova social* e às emoções para potenciar a diminuição do consumo de eletricidade – a colocação dos hábitos de consumo dos vizinhos na fatura de eletricidade, acompanhada de um símbolo *smiley* triste ou contente, consoante o consumo do agregado familiar seja alto ou baixo⁶¹³.

Contudo, apesar de todo o entusiasmo em torno deste tipo de políticas, tem sido referido que a sua implementação pode pôr em causa a autonomia e liberdade de decisão do cidadão⁶¹⁴, o que pode resultar de vários fatores – como o de não ser possível ao legislador saber o que é verdadeiramente melhor para o cidadão em cada momento⁶¹⁵, da eventualidade de a vontade do legislador estar *enviesada*⁶¹⁶ ou do risco de estas práticas poderem impedir que o cidadão desenvolva a capacidade de decidir por si próprio⁶¹⁷. Impõem-se, assim, especiais cautelas na sua implementação⁶¹⁸⁻⁶¹⁹.

⁶¹⁰ *Id.*, pp. viii e ix.

⁶¹¹ Daí a escolha do epíteto “*libertário*”.

⁶¹² THALER e SUNSTEIN, *Nudge*, 2008, pp. 13-15.

⁶¹³ *Id.*, p. 102.

⁶¹⁴ SUNSTEIN, “*The Ethics of Nudging*”, 2015, p. xi.

⁶¹⁵ LUTH, *Behavioural Economics in Consumer Policy*, 2010, pp. 109 e ss.

⁶¹⁶ *Id.*, *Ibid.*

⁶¹⁷ *Id.*, pp. 114-115.

⁶¹⁸ SUNSTEIN, “*The Ethics of Nudging*”, 2015, pp. xiii-xvi.

⁶¹⁹ HELLERINGER e SIBONY sugerem, p. ex., no caso das *defaults*, uma maior aposta nas *opt-in's* em detrimento das *opt-out's*. Cf. HELLERINGER e SIBONY, “*European Consumer Protection...*”, 2017, p. 638. Sobre a diferença entre *opt-in's* e *opt-out's*, cf., *supra*, III, 5.1.2, e n. 189.

3.4. Proibições

3.4.1. Considerações Gerais

Uma última forma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais criadas com base nos conhecimentos da Psicologia consiste na sua proibição. Trata-se, todavia, de um tipo de solução que, face ao enorme impacto que pode ter na atividade dos profissionais, deve ser utilizado como último reduto e com base no princípio da proporcionalidade.

A determinação do conjunto de práticas comerciais a proibir não se afigura simples. Por um lado, todas as práticas comerciais têm o mesmo objetivo – influenciar o comportamento do consumidor, levando-o a agir de determinada forma. Por outro lado, muitas delas, ainda que possam funcionar de modo insidioso, são tidas como “normais” e amplamente aceites, sendo reconhecida a importância do *marketing* no desenvolvimento dos mercados e na melhoria das condições de acesso a bens e serviços por parte dos consumidores. Ressalta, assim, a questão de determinar quais os critérios que deverão subjazer à proibição de certas práticas comerciais (bem como o papel dos conhecimentos da Psicologia nesta sede) e quais os instrumentos legais que deverão ser utilizados para o efeito.

Neste campo, duas propostas de regulação parecem-nos interessantes. Por um lado, o estabelecimento de *pré-aprovações*, isto é, a admissibilidade apenas das práticas que tenham sido objeto de *pré-aprovação* por parte do regulador⁶²⁰. Por outro lado, a possibilidade de determinação “*por design*” das práticas que podem, ou não, ser endereçadas a cada consumidor⁶²¹ – *proteção legal por design* –, algo que poderá vir a vigorar em breve.

Outra modalidade, que tem vindo a ser adotada pelo legislador europeu nos últimos tempos, corresponde às *proibições individuais*, como é o caso do art.º 22.º da DDC.

Todavia, os instrumentos de regulação por excelência neste âmbito (ainda) são o DL 57/2008 e a DPCD, relativos às *PCD*'s, os quais já preveem a proibição expressa de muitas das práticas atrás referidas e que, em face do seu regime, poderão ser um importante instrumento para

⁶²⁰ BECHER e FELDMAN, “*Manipulating, Fast and Slow...*”, 2016, p. 131.

⁶²¹ Tendo por base, p. ex., as suas características individuais.

uma regulação equilibrada das práticas baseadas nos conhecimentos da Psicologia.

Efetivamente, uma vez que, como veremos, o regime relativo às *PCD's* assenta em fórmulas abertas e conceitos indeterminados, esta característica torna-o totalmente adaptável à constante evolução dos tempos⁶²², permitindo-lhe, em simultâneo, dar resposta aos maiores desafios e técnicas trazidos pelas novas ciências e tecnologias, e isso através daquelas que são consideradas cientificamente as soluções mais equilibradas em cada momento.

Acresce que, até agora, uma das maiores preocupações no que respeitava à regulação das *PCD's* referia-se à ideia de, em alguns E.M.'s, este se tratar de um regime muito pouco eficaz, sem grandes consequências práticas para o sancionamento de casos óbvios de *PCD's*, o que deixava os consumidores em larga medida desprotegidos face ao poderio técnico e logístico dos profissionais⁶²³.

Ciente desse facto⁶²⁴, a UE veio estabelecer a criação de medidas com vista a um reforço eficaz dos meios de tutela dos consumidores face às *PCD's*. Destas, duas propostas merecem particular destaque. Referimo-nos à aprovação do Regulamento (UE) 2017/2394, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores e que revoga o Regulamento (CE) 2006/2004, o qual veio reforçar em larga medida os poderes de inspeção e sancionatórios das autoridades nacionais, em especial no que respeita às infrações no âmbito do setor digital, e de carácter transfronteiriço⁶²⁵, e ao “*Novo Acordo para os Consumidores*”, o qual, como vimos, veio introduzir importantes soluções no que respeita ao regime de sanções e ressarcimento dos consumidores nos casos em que os profissionais recorram ao uso de *PCD's*⁶²⁶.

⁶²² A DPCD é mesmo considerada como “*future-proof*” e “*technology-neutral*” em face desta característica. Cf. CE, *Report of the Fitness Check...*, 2017, p. 88.

⁶²³ *Id.*, pp. 29-31.

⁶²⁴ Cf. Cons. 5 da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁶²⁵ Para mais desenvolvimentos, cf., *supra*, III, 3.2.

⁶²⁶ O “*Novo Acordo para os Consumidores*” veio também estabelecer como medida legislativa a aprovação de uma nova Diretiva que vem permitir a entidades qualificadas representativas dos interesses dos consumidores, como associações de consumidores, intentarem ações coletivas com vista à aplicação de medidas inibitórias e de reparação contra

Neste último caso, conforme referido, por meio da nova 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/EU, 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, foi aprovada a alteração do art.º 13.º da DPCD, no sentido de tornar as sanções em caso de violação às disposições nacionais adotadas nos termos da DPCD mais “*efetivas, proporcionadas e dissuasivas*”⁶²⁷. Por outro lado, foi igualmente aditado à DPCD o art.º 11.º-A, com vista a garantir aos consumidores lesados com *PCD*'s o acesso a “*meios de ressarcimento proporcionados e eficazes*”, assim como a uma indemnização por danos sofridos e, se for caso disso, à redução do preço ou à rescisão do contrato⁶²⁸.

Pela sua importância, todas estas alterações vêm trazer-nos algum alento no que respeita às perspetivas futuras de proteção do consumidor face aos efeitos de práticas comerciais abusivas desenvolvidas com base nos conhecimentos da Psicologia. Como é óbvio, para que tal se torne uma realidade, os intérpretes e aplicadores do Direito têm também de estar abertos à interpretação da DPCD e do DL 57/2008 à luz desses conhecimentos. Vejamos, em seguida, de que formas é que tal poderá ser feito (e se já se encontra em prática).

3.4.2. Práticas Comerciais Desleais

I. O DL 57/2008 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2005/29/CE, relativa às *PCD*'s das empresas face aos consumidores no

profissionais que violem o Direito da UE relativo à proteção dos interesses dos consumidores. Cf. a Proposta de Diretiva relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE (ST 14600 2019 INIT).

⁶²⁷ Sobre o regime relativo às sanções no âmbito da DPCD, cf. os Cons.ºs 3 a 15 e o art.º 3.º, n.º 6, da nova Diretiva (UE) 2019/2161. Tais sanções podem mesmo chegar a 4% do volume de negócios anual do profissional no(s) E.(s)M.(s) onde a *PCD* tenha sido aplicada, caso estejam em causa infrações generalizadas ou infrações generalizadas ao nível da União, nos termos e para os efeitos dos art.ºs 3.º, n.ºs 3 e 4, e 21.º do Regulamento (UE) 2017/2394 (cf. art.º 3.º, n.º 6, da Diretiva (UE) 2019/2161).

⁶²⁸ Cf. Cons. 16 e art.º 3.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/2161.

mercado interno (DPCD), a qual, com vista à consecução simultânea dos objetivos europeus de desenvolvimento do mercado interno e garantia de um elevado nível de proteção dos consumidores⁶²⁹, veio procurar harmonizar as regras de regulação desse tipo de práticas a nível europeu (Diretiva de harmonização máxima)⁶³⁰.

Todavia, os termos da aplicação dos diplomas não são simples, sendo difícil determinar quais os contornos que uma prática deverá ter para ser proibida. De facto, aplicando-se a *práticas comerciais*, definidas, de modo amplo, no art.º 3.º, d), do DL 57/2008 como “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”, quer o DL, quer a DPCD, assentam no conceito de “deslealdade”⁶³¹, cujo conteúdo não se encontra claramente expresso, tendo de ser extraído dos respetivos regimes de proteção, das disposições previstas nos Considerandos da DPCD e do preâmbulo do DL, que nos fornecem pistas acerca do escopo dos diplomas.

Ambos os diplomas focam-se na proteção dos *interesses económicos* dos consumidores⁶³², restringindo-se tal proteção às relações entre profissionais e consumidores (*B2C*)⁶³³ que tenham por base práticas comerciais que visem “influenciar diretamente as decisões de transação dos consumidores em relação a produtos”⁶³⁴. Isto é, exige-se que exista uma conexão entre a prática comercial⁶³⁵ e um produto ou serviço⁶³⁶ e que esta desemboque numa “decisão de transação”⁶³⁷.

⁶²⁹ Cf. o preâmbulo do DL 57/2008 e os art.ºs 12.º, 26.º e 27.º, 114.º, n.ºs 1 e 3, e 169.º do TFUE, relativos à conciliação entre os dois objetivos.

⁶³⁰ Isto é, os E.M.’s não podem, em regra, introduzir ou manter um nível mais elevado de proteção no que respeita ao objeto da Diretiva. Cf. Cons.ºs 11, 12, 14, 15 e art.º 4.º da DPCD.

⁶³¹ Cf. art.ºs 4.º-6.º do DL 57/2008 e art.ºs 3.º e 5.º da DPCD.

⁶³² Tal proteção encontra-se igualmente prevista na LDC – art.º 9.º.

⁶³³ Art.º 1.º do DL 57/2008.

⁶³⁴ Cons. 7 da DPCD.

⁶³⁵ Cf. o art.º 3.º, d), do DL 57/2008.

⁶³⁶ Segundo o art.º 3.º, c), do DL 57/2008, “produto” é “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”.

⁶³⁷ Cf. o art.º 3.º, l), do DL 57/2008. A noção será desenvolvida *infra*.

Este foco exclusivo nos *interesses económicos* dos consumidores é reforçado pela DPCD, ao referir que o diploma não se aplica a requisitos legais relacionados com o “*bom gosto e decência*”, ligados a aspetos morais e culturais, que podem continuar a ser livremente regulados pelos E.M.’s⁶³⁸.

Não obstante essa precisão, a DCPD adverte-nos, todavia, que não são todas as práticas que prejudiquem diretamente os *interesses económicos* dos consumidores que são sancionadas, mas sim, em obediência ao princípio da proporcionalidade, apenas aquelas cujas consequências sejam *substantiais*, deixando de fora as práticas cujo impacto seja “*negligenciável*”⁶³⁹. Por outro lado, estabelece-se igualmente que a DPCD não afeta as práticas publicitárias e comerciais aceites, como a colocação legítima de produtos⁶⁴⁰, a diferenciação de marcas ou a oferta de incentivos que possam legitimamente afetar a perceção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, embora desde que não prejudiquem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida⁶⁴¹.

Face a esta indefinição, impõe-se uma breve análise do regime dos diplomas a fim de tentarmos compreender os contornos que uma prática comercial deve ter para ser considerada “*desleal*” para, em seguida, procurarmos analisar em que termos é que o recurso aos conhecimentos da Psicologia pode relevar para o efeito.

II. O regime aplicável às *PCD*’s, quer na DPCD, quer no DL 57/2008, assenta em três níveis de proteção.

⁶³⁸ É o caso de práticas que ponham em causa os bons costumes ou a cultura vigente em certo E.M. No segundo caso, a DPCD dá como exemplo as abordagens na rua para efeitos comerciais, que podem ser consideradas inapropriadas em certas culturas (Cons. 7). Note-se que, se algum desses tipos de práticas afetar negativamente os interesses económicos dos consumidores, passa a caber no escopo da DPCD e do DL 57/2008. WILHELMSSON, “*Scope of the Directive*”, 2005, p. 59.

⁶³⁹ Cons. 6 da DPCD.

⁶⁴⁰ O regime da colocação de produto encontra-se nos art.ºs 2.º, d), 41.º-A e 41.º-C da Lei 27/2007 (Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido). Nos termos do ponto 11, do Anexo I da DPCD, relativo à *publireportagem*, o regime da Lei 27/2007 constitui uma exceção à aplicação da regulação resultante constante desse ponto.

⁶⁴¹ Cons. 6 DPCD.

Num primeiro nível, decorre de uma cláusula geral “grande”⁶⁴², altamente indeterminada⁶⁴³, que estabelece a *deslealdade* de “qualquer prática desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço”⁶⁴⁴. Segundo o art.º 5.º, n.º 2, do DL, este teste “é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”⁶⁴⁵.

Num segundo nível, o DL prevê a proibição das práticas comerciais *enganosas* e *agressivas*. Tal é feito através de “pequenas”⁶⁴⁶ cláusulas gerais que estabelecem conjuntos de elementos que os profissionais tendem a explorar para levar os consumidores a agir do modo por eles pretendido. Também aqui se exige que a prática leve o *consumidor médio* a tomar uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo⁶⁴⁷. Todavia, prescinde-se da aferição da contrariedade da prática com a *diligência profissional*, a qual se considera automaticamente verificada⁶⁴⁸.

Por fim, num terceiro nível, estabelece-se a proibição de práticas comerciais elencadas individualmente por meio de uma *lista negra* taxativa de práticas⁶⁴⁹ – também *enganosas* ou *agressivas* – que, face à sua gravidade, são consideradas *desleais* (*de per se*⁶⁵⁰) em *quaisquer circunstâncias*. O conjunto das práticas elencadas na lista pretende ser exaustivo⁶⁵¹ e foi determinado com base nas experiências dos diversos E.M.’s, o que torna difícil encontrar um fio condutor que una os diversos tipos de práticas escolhidos⁶⁵².

⁶⁴² MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, p. 84.

⁶⁴³ Tal resulta do facto de se pretender que esta cláusula constitua um instrumento flexível, adaptável ao avançar dos tempos, cf. PASSINHAS, “*A propósito...*”, 2017, pp. 160-161.

⁶⁴⁴ Art.º 5.º, n.º 1, do DL 57/2008.

⁶⁴⁵ Cf., *infra*, VI, 3.4.2.1.3.

⁶⁴⁶ MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, p. 85.

⁶⁴⁷ Cf., *infra*, VI, 3.4.2.1.2.

⁶⁴⁸ Cf. Ac. CHS Tour Services – Proc. n.º C-435/11, par. 48; CE, *Orientações...*, 2016, pp. 58-59.

⁶⁴⁹ Entre nós, a *lista negra* foi transposta para os art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008.

⁶⁵⁰ MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, p. 85.

⁶⁵¹ Cons. 17.

⁶⁵² WILHELMSSON, “*Misleading Practices*”, 2005, p. 160.

Uma vez que o regime se encontra delineado do geral para o particular, a sua aplicação deverá ser feita seguindo o caminho inverso – em primeiro lugar, analisar se a prática em causa se encontra expressamente prevista na *lista negra*⁶⁵³. Se a resposta for negativa, aferir, em seguida, se os seus contornos se enquadram nos elementos estabelecidos nas cláusulas que estabelecem a proibição das práticas *enganosas* e *agressivas*. Finalmente, se a prática também ultrapassar este teste, avaliar se a mesma é, ou não, proibida, à luz dos pressupostos da cláusula geral⁶⁵⁴.

III. Perante tal regime, coloca-se a questão de saber de que forma é que a Psicologia pode ser utilizada na sua interpretação e aplicação. Encontrando-se a principal fragilidade da regulação das PCD's no carácter altamente indeterminado das suas disposições, pensamos que o recurso à Psicologia permitirá densificar os critérios em que se baseia o regime, bem como torná-los mais realistas, possibilitando a sua adequação ao verdadeiro comportamento do consumidor. Nas próximas linhas, procuraremos identificar os principais modos pelos quais este método pode ser utilizado.

3.4.2.1. Cláusula geral

Dos termos das disposições atrás referidas resulta que, à luz da cláusula geral, a *deslealdade* de uma prática depende da verificação simultânea dos seguintes requisitos⁶⁵⁵:

⁶⁵³ *Id.*, p. 86.

⁶⁵⁴ Note-se que, embora resulte de uma Diretiva de harmonização máxima, este regime comporta exceções. Cf. o art.º 2.º do DL 57/2008, o art.º 3.º, n.º 3 e ss., os Cons.ºs 10 e 15 e o ponto 11 do Anexo I, todos da DPCD. Mais recentemente, o “*Novo Acordo para os Consumidores*” veio introduzir uma nova exceção, ao permitir, nos termos das novas alterações aos n.ºs 5 e 6, do art.º 3.º da DPCD, que os E.M.’s introduzam novas disposições “*para proteger os legítimos interesses dos consumidores quanto a práticas comerciais ou de marketing agressivas ou enganosas, levadas a cabo no quadro de visitas não solicitadas de um profissional a casa de um consumidor ou de excursões organizadas por um profissional tendo por objetivo ou efeito promover ou vender produtos aos consumidores*”. Tais disposições deverão ser “*proporcionadas, não discriminatórias e justificadas por motivos de defesa do consumidor*”. Cf. art.º 3.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2019/2161.

⁶⁵⁵ Para uma análise aprofundada destes requisitos, cf. RIGOR RODRIGUES, “*A Cláusula Geral...*”, 2008, pp. 9 e ss.

- a) A desconformidade da prática face à *diligência profissional*;
- b) A *distorção substancial do comportamento económico do consumidor* destinatário da prática, avaliada com base no critério do *consumidor médio* ou o membro médio do grupo, nos casos em que a prática é dirigida a um grupo determinado de consumidores.

Em ambos os casos, a Psicologia pode ter um importante papel na sua densificação.

3.4.2.1.1. Conceito de *Diligência profissional*

No que toca à *diligência profissional*, o DL 57/2008 fornece-nos a sua noção no art.º 3.º, h), como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade profissional”.

Projetada inicialmente para se basear no conceito de “práticas habituais do mercado”⁶⁵⁶, esta disposição foi criada com o propósito de salvaguardar as práticas que, embora possam influenciar o comportamento económico do consumidor, fossem consideradas “conformes aos usos e costumes”⁶⁵⁷. Todavia, face aos riscos que tal expressão acarretaria, optou-se antes pelo recurso às noções de “prática honesta de mercado” e de “boa fé”, já conhecidas da generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus⁶⁵⁸.

No que respeita ao conceito de *práticas honestas*, apesar da relevância que têm as especificidades de cada setor, cumpre referir que o critério deverá ser objetivo, tendo por mínimo o “comportamento íntegro por parte de um profissional colocado naquela posição”⁶⁵⁹. No entanto, existem dúvidas no que se refere à determinação do seu conteúdo.

⁶⁵⁶ Cf. Art.º 2.º, j), da Proposta de DPCD.

⁶⁵⁷ Par. 53 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD. CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14.

⁶⁵⁸ A primeira foi importada do Direito da Concorrência. Cf. entre nós, o art.º 311.º do CPI.

⁶⁵⁹ A fim de se afastar o risco de aceitação de *práticas desleais*, dado serem “habituais” ou a possibilidade de o conceito de *diligência profissional* flutuar muito consoante os níveis de

Segundo a doutrina, a resposta não se encontra nos códigos de conduta de cada setor, dado serem tendencialmente de âmbito nacional e elaborados pelos próprios profissionais, sem a colaboração das associações de consumidores⁶⁶⁰. A melhor solução estaria na criação de Códigos de Conduta Europeus⁶⁶¹⁻⁶⁶², a qual, devido à heterogeneidade dos regimes presentes nos diferentes E.M.'s, não foi avante. Em face disto, tem-se defendido o recurso ao *Código Consolidado de Práticas Publicitárias e Marketing da CCI*, dado o prestígio de que goza em muitos dos E.M.'s⁶⁶³. Parece-nos, todavia, que este diploma, embora venha a acrescentar algo, como a consideração de algumas emoções⁶⁶⁴ na avaliação do caráter abusivo da prática, padece também de grande indeterminação conceptual.

No que concerne à boa fé, está em jogo a boa fé objetiva, enquanto regra de conduta⁶⁶⁵ – como comportamento honesto, correto, leal⁶⁶⁶ –, assumindo aqui grande relevo a tese da *culpa in contrahendo* e dos vários deveres de proteção, informação e lealdade a ela ligados⁶⁶⁷. Trata-se, no entanto, também de uma figura altamente indeterminada, muito dependente do caso concreto.

Segundo o TJ, deverá caber ao órgão jurisdicional nacional, “no âmbito da sua apreciação global do conjunto das circunstâncias do processo principal”, avaliar, à luz da observância das exigências relativas à *diligência profissional*, se as exigências das “práticas honestas de mercado” e do princípio da “boa fé” se encontram, ou não, preenchidas *in casu*⁶⁶⁸.

Para SIBONY, a Psicologia pode não ajudar na densificação da *diligência profissional*, por se tratar de um conceito normativo⁶⁶⁹.

lealdade que vigorem em cada setor de atividade, deve entender-se que a avaliação do critério é feita independentemente do setor. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 108. No mesmo sentido, BERR/OFT, *Guidance...*, 2008, par. 10.5.

⁶⁶⁰ *Id.*, *Ibid.*

⁶⁶¹ Cf. CCE, *Livro verde...*, 2001, p. 16.

⁶⁶² SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, p. 920.

⁶⁶³ MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, p. 101.

⁶⁶⁴ É o caso do medo, cf. art.º 4.º.

⁶⁶⁵ MOREIRA DA SILVA, *A Responsabilidade pré-contratual...*, 2006, p. 39.

⁶⁶⁶ *Id.*, p. 40.

⁶⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, “*A boa fé nos finais do século XX*”, 1996, pp. 896-901.

⁶⁶⁸ Cf. o Ac. do TJ *Vincent Deroo-Blanquart*, Proc. 310/15, par. 37.

⁶⁶⁹ SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, p. 922.

A nós, parece-nos antes que o recurso aos conhecimentos da Psicologia pode aqui relevar de modo indireto, dado permitir descortinar e divulgar a totalidade dos contornos e efeitos (e gravidade) de cada prática, tendo em conta o contexto em que a mesma se insere (e o profissional que a pratica), possibilitando ao legislador e ao intérprete uma interpretação deste requisito e dos elementos que o integram mais fáceis e conformes com a realidade.

Neste âmbito, importa referir que a formação dos profissionais corresponde, cada vez mais, a um objetivo primordial no âmbito da política de consumo europeia⁶⁷⁰. Programas como o *ConsumerLawReady* ou iniciativas de autorregulação apresentadas às empresas pela CE, são hoje uma realidade e algo cada vez mais frequente nesta sede⁶⁷¹. Estamos certos que a inclusão dos conhecimentos da Psicologia neste tipo de iniciativas (e em geral) e a conseqüente maior exigência que progressivamente recairá sobre os profissionais no que toca às práticas comerciais que apresentam aos consumidores, em face da crescente difusão da informação relativa a esses conhecimentos, irão contribuir para uma alteração gradual dos contornos deste conceito, conforme interpretada pelo TJ e pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Tal poderá vir a acarretar, como consequência, o desenvolvimento gradual de correntes jurisprudenciais, as quais, nesta matéria, têm assumido um papel muito relevante⁶⁷².

Na linha do que se dirá relativamente ao conceito de *consumidor médio*, parece-nos, como é óbvio, que fará sentido que, nesta interpretação, o TJ e os tribunais nacionais se munam do recurso a peritos, a inquéritos e a estudos na área da Psicologia.

3.4.2.1.2. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores

O segundo requisito cujo preenchimento é exigido para que uma prática seja considerada *desleal* nos termos da cláusula geral é que a mesma

⁶⁷⁰ Cf. CE, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, 2018, p. 15.

⁶⁷¹ *Id.*, *Ibid.*

⁶⁷² Nas *Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD*, são relatados vários casos de decisões administrativas e jurisprudenciais em vários E.M.'s da UE com importância no que toca à interpretação dos diversos conceitos indeterminados presentes na DPCD. Cf., p. ex., CE, *Orientações...*, 2016, p. 59.

“distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço”⁶⁷³. Segundo o art.º 3.º, e), do DL 57/2008, tal “distorção substancial” é definida como “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”. Por sua vez, por “decisão de transação” entende-se “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”⁶⁷⁴.

Embora também padeça de grande indeterminação, os contornos da noção de “decisão de transação” são hoje pacíficos. Tendo por base a letra da disposição, o TJ vem sustentar que o conceito abrange as diversas decisões que o consumidor pode tomar em relação a um produto⁶⁷⁵ – não apenas a decisão de aquisição de um produto ou serviço, mas também decisões como a de entrar numa loja⁶⁷⁶, visitar um *website* ou passar mais tempo na Internet para fazer uma reserva, aceitar uma apresentação comercial realizada por um profissional ou não mudar de prestador de serviços⁶⁷⁷.

Contudo, a conjugação desta noção ampla de “decisão de transação” com alguns requisitos ligados à “distorção substancial” suscita algumas dificuldades. Referimo-nos ao facto de a *distorção* poder ser atual ou potencial (“*ser suscetível de*”) e à circunstância de, em obediência ao princípio da proporcionalidade, se exigir que a *distorção* seja “substancial”, isto é, apenas abranja as práticas cujos efeitos sejam “suficientemente importantes” no que toca à suscetibilidade de alteração do comportamento do consumidor⁶⁷⁸, deixando de fora aquelas cujo impacto seja “negligenciável”⁶⁷⁹.

Infelizmente, nem as *Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD*, nem a DPCD, nos fornecem exemplos ou pistas que permitam identificar quais

⁶⁷³ Cf. art.º 5.º, n.º 1, do DL 57/2008.

⁶⁷⁴ Art.º 3.º, l), do DL 57/2008.

⁶⁷⁵ Nas palavras do TJ, “qualquer decisão diretamente relacionada com a decisão de adquirir ou não um produto”. Ac. do TJ Trento *Sviluppo e Centrale Adriatica*, Proc. C-281/12, par. 38.

⁶⁷⁶ *Id.*, par. 36.

⁶⁷⁷ Para estes e mais exemplos, CE, *Orientações...*, 2016, pp. 39-43.

⁶⁷⁸ Par. 54 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD. CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14.

⁶⁷⁹ Cons. 6 da DPCD.

as práticas que se podem encaixar em cada uma dessas categorias. Apenas a Exposição de Motivos da Proposta de DPCD refere como exemplos de práticas “*negligenciáveis*” a oferta de chá, café ou serviço de transporte gratuitos aos consumidores⁶⁸⁰, o que nos parece duvidoso atenta a influência da *reciprocidade*⁶⁸¹. Há, aliás, até quem defenda que, ao permitir a limitação da liberdade de movimentos (e de escolhas) do consumidor, a oferta de transporte pode mesmo configurar uma prática *agressiva*⁶⁸².

Face ao exposto, a doutrina⁶⁸³ tem sugerido, cada vez mais, o recurso à Psicologia⁶⁸⁴ para determinar o conteúdo deste requisito. Todavia, esta abordagem não é isenta de riscos. Uma vez que a Psicologia permite comprovar a existência de uma multiplicidade de influências que a maior parte de nós não fazia ideia, existe o perigo de fazermos uma interpretação demasiado literal da expressão “*distorção substancial*” e proibirmos todas as práticas que interfiram no comportamento do consumidor, mesmo aquelas que são comuns e até benéficas⁶⁸⁵.

É, aliás, este o principal argumento de GOMEZ POMAR para negar a relevância da *market manipulation*⁶⁸⁶ no âmbito da DPCD – o risco de se proibir a esmagadora maioria das práticas comerciais⁶⁸⁷.

Impõe-se, assim, a difícil questão de tentar determinar o que deve ser considerado “*distorção substancial*” à luz da Psicologia.

Nesta sede, TOR propõe a distinção entre os casos em que a prática provoca algum *enviesamento* no comportamento do consumidor e o explora (distorce), daqueles em que a prática apenas se aproveita de um *enviesamento* espontâneo do processo de decisão do ser humano, dando como exemplo o *efeito de atração*⁶⁸⁸, em que nunca é possível saber, com certeza, se a escolha do consumidor foi ou não determinada por ele⁶⁸⁹.

⁶⁸⁰ Par. 54 da Exposição de Motivos da Proposta de DPCD. CCE, *Proposta...*, 2003, p. 14

⁶⁸¹ Cf., *supra*, III, 3.2.

⁶⁸² TWIGG-FLESNER *et al*, *An Analysis of...*, 2005, p. 11.

⁶⁸³ Por todos, SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, pp. 922 e ss.

⁶⁸⁴ TRZASKOWSKI sugere também o recurso às Neurociências ou outras tecnologias como o *Eye-tracking* ou os *Testes A/B*. TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, p. 30.

⁶⁸⁵ Neste sentido, TOR, “*Some Challenges...*”, 2014, p. 15.

⁶⁸⁶ Sobre a *market manipulation*, cf., *supra*, n. 3.

⁶⁸⁷ Cf. GÓMEZ POMAR, “*The Unfair Commercial...*”, 2006, pp. 8-10.

⁶⁸⁸ Sobre o *efeito de atração*, cf., *supra*, III, 5.1.5.

⁶⁸⁹ TOR, “*Some Challenges...*”, 2014, pp. 15-16.

Ainda assim, o autor defende que a distinção entre os dois tipos é difícil e não exclui que possam existir práticas do segundo tipo que sejam *desleais*, pelo que devem todas as práticas ser analisadas com o máximo de cuidado pela Psicologia⁶⁹⁰.

Por seu turno, SIBONY sugere a utilização do conceito de *influência*, no sentido estudado por CIALDINI⁶⁹¹, defendendo, como exemplo, o recurso ao *compromisso* como critério para considerar “*distorção substancial*” as *técnicas sequenciais*⁶⁹² que o exploram⁶⁹³. Por outro lado, sugere que, nos casos em que na(s) *lista(s) negra(s)*⁶⁹⁴ se preveja a proibição de apenas uma dimensão de dada técnica baseada em certo conceito da Psicologia, se recorra à analogia para considerar “*distorção substancial*” as restantes dimensões da mesma⁶⁹⁵.

Da nossa parte, pensamos que, em face da delicadeza da questão e à luz da definição legal de “*distorção substancial*”, devemos interpretar o conceito de acordo com o critério que tem presidido ao estabelecimento de proibições de práticas comerciais no âmbito europeu – a robustez do carácter *enganoso* ou *agressivo* das práticas para determinar o comportamento do consumidor, levando-o a tomar decisões com elevado potencial de arrependimento⁶⁹⁶, as quais nunca tomaria não fosse o erro que lhe foi imposto ou a pressão a que foi sujeito.

Por conseguinte, entendemos que a “*distorção substancial*” deverá referir-se a práticas cujos efeitos *enganosos* ou *agressivos* sejam robustos, pacíficos à luz da Psicologia, tendencialmente insidiosos e difíceis de afastar pelo consumidor (*médio*, analisado de seguida). Nesta medida, a primeira proposta de SIBONY parece-nos ajustada, pois refere-se a práticas que, à partida, se encaixam nesse critério⁶⁹⁷. No entanto, consideramos que, em face do exposto, pelos seus traços, pelo menos a generalidade das

⁶⁹⁰ *Id.*, p. 16

⁶⁹¹ *Cf.*, *supra*, III, 3.2.

⁶⁹² A Autora tem em mente técnicas como a *foot-in-the-door technique* ou a *low-ball technique*. *Cf.*, *supra*, n.ºs 92 e 93.

⁶⁹³ SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, pp. 922 e ss.

⁶⁹⁴ Art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008; Anexo I da DPCD.

⁶⁹⁵ *Id.*, pp. 935-936.

⁶⁹⁶ E, muitas vezes, em contextos em que não goza de *direito de arrependimento*, como é o caso dos estabelecimentos comerciais físicos.

⁶⁹⁷ A segunda não pode ser aplicada sem mais, dependendo do caso concreto.

técnicas baseadas em *âncoras*⁶⁹⁸⁻⁶⁹⁹, em especial os *preços-a-conta-gotas*⁷⁰⁰ ou os casos de *defaults* enganosas e desequilibradas, podem também ser consideradas “*distorção substancial*” no âmbito da cláusula geral⁷⁰¹. Como é óbvio, dado o rigor que se impõe nesta determinação, a mesma deverá ser devidamente amparada por estudos da Psicologia ou opiniões fundamentadas de peritos que vão nesse sentido.

3.4.2.1.3. Consumidor médio

Conforme referido, à luz da cláusula geral, a avaliação da capacidade da prática em *distorcer* o comportamento económico do consumidor em relação a um bem ou serviço deve ser feita por referência ao *consumidor médio* ou ao *membro médio do grupo*, no caso de a prática ser dirigida a um grupo determinado de consumidores.

Tal como a “*distorção substancial*”, também este critério tem as suas origens no princípio da proporcionalidade, procurando um equilíbrio entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento do mercado interno⁷⁰². Criado e desenvolvido pelo TJ, o conceito foi adotado pela DPCD com o fim de estabelecer um padrão de consumidor típico que servisse como critério objetivo comum⁷⁰³ para aferir o nível de *deslealdade* de dada prática comercial.

⁶⁹⁸ Cf., *supra*, III, 3.1, e n. 319.

⁶⁹⁹ Note-se que as práticas que não estiverem ligadas a um produto ou serviço, terão de ser objeto de proibição individual (Cons. 7 da DPCD). P. ex., a prática segundo a qual o pagamento com cartão apenas é possível para valores acima de “x”. O facto de ser uma prática afim da *influência indevida*, que não cabe no regime dos vícios da vontade do CC (em especial, nas coações moral e física – art.ºs 255.º e 246.º do CC), impõe como solução a criação de uma proibição individual (a nível europeu, atenta a harmonização máxima da DPCD). Admitimos, todavia, a possibilidade do uso da técnica no que respeita a valores baixos (p. ex. 5€), justificada por motivos de proporcionalidade.

⁷⁰⁰ Cf. OECD, *Use of Behavioural Insights...*, 2017, p. 16.

⁷⁰¹ Caso não caiam no segundo nível, o que nos parece muito improvável. Conforme é sabido, a cláusula geral assume um papel mais de *rede de segurança*. Neste sentido, MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, p. 119.

⁷⁰² Cf. Cons. 18 da DPCD e CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

⁷⁰³ Cf. CE, *Orientações...*, 2016, p. 44.

De acordo com o Cons. 18 da DPCD, o *consumidor médio* é definido como um consumidor “(...) *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça (...)*”.

Esta fórmula, originária da combinação das representações de *consumidor médio* desenvolvidas pelo TJ nos Acórdãos *Mars*, *Gut Springenheide* e *Estée Lauder*⁷⁰⁴ representa, contudo, um dos elementos mais polémicos da DPCD, tendo sido, ao longo dos anos, objeto de contestação pela doutrina⁷⁰⁵ e até pelas instituições europeias⁷⁰⁶⁻⁷⁰⁷. Ao parecer basear-se não na ciência, mas sim no senso comum e/ou em modelos teóricos abstratos, como o *Homo Economicus* ou o *consumidor empoderado*, tem-se entendido que o conceito é demasiado exigente⁷⁰⁸, referindo-se não ao modo como o consumidor se comporta, mas sim à forma como se deveria comportar⁷⁰⁹.

É certo que o conceito foi objeto de correções por parte do TJUE, designadamente no Ac. *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, onde se admite que o “*nível de atenção do consumidor médio é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa*”⁷¹⁰, ou no Ac. *Bang & Olufsen A/S*⁷¹¹, onde o Tribunal Geral concretiza esta ideia ao enunciar que “*no tocante a produtos de consumo corrente, o grau de atenção do consumidor médio é menor que o dedicado a bens duradouros ou, simplesmente, a bens de maior valor ou de uso mais excepcional*”⁷¹²⁻⁷¹³. Por outro lado, no “*exercício da sua faculdade de julgamento*”⁷¹⁴, diversos tribunais nacionais têm procurado adequar os termos do conceito ao caso concreto⁷¹⁵.

⁷⁰⁴ Proc.^{os} do TJ C-470/93, C-210/96 e C-220/98, respetivamente.

⁷⁰⁵ Por todos, PEGADO LIZ, “A “Lealdade”...”, 2005, p. 77.

⁷⁰⁶ Cf. Resolução do PE, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia..., par. 3.º: “*a noção de «consumidor médio» carece da flexibilidade necessária (...)*”.

⁷⁰⁷ A noção é criticada à luz dos *BI*'s. SOUSA LOURENÇO *et al*, *Behavioural Insights Applied...*, 2016, p. 9.

⁷⁰⁸ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 110.

⁷⁰⁹ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, p. 10.

⁷¹⁰ Cf. Proc. C-342/97, par. 26.

⁷¹¹ Proc. T-508/08.

⁷¹² Cf. par. 33.

⁷¹³ Cf., também, os casos do TJ, *Procter and Gamble vs OHIM* (Proc. C-383/99), e do TPI, *Rotter/IHMI* (Proc. T-449/07) e *Koipe Corp. v OHIM* (Proc. T-363/04).

⁷¹⁴ Cons. 18.

⁷¹⁵ Cf. os exemplos fornecidos em CE, *Orientações...*, 2016, p. 45.

Ainda assim, os problemas acima suscitados não foram dissipados, pelo contrário. O facto de o critério normalmente utilizado para a sua concretização ser unicamente a “*presumível expectativa*” do *consumidor médio*⁷¹⁶ gera não só insegurança jurídica, mas também a possibilidade de desproteção do consumidor “*real*”.

Face a estas questões, cada vez mais se tem defendido o recurso à Psicologia⁷¹⁷ como solução para encontrar o “*verdadeiro consumidor médio*”⁷¹⁸. Ideia esta, que, aliás, é corroborada pelo art.º 114.º, n.º 3, do TFUE e tem vindo a ser sustentada, desde 2009, nas *Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD*⁷¹⁹. O próprio TJ, nos casos *Gut Springenheide*⁷²⁰ e *Estée Lauder*⁷²¹, parece ter admitido essa possibilidade, ao referir que, em certas circunstâncias particulares, um tribunal nacional pode decidir em conformidade com o direito nacional, ordenar um exame pericial ou sondagem de opinião destinados a esclarecê-lo quanto ao carácter enganoso de uma indicação publicitária ou determinar a percentagem de consumidores enganados por determinada prática, para justificar, se necessário, a sua proibição⁷²²⁻⁷²³.

A Psicologia pode ser aqui utilizada de duas formas complementares – no estudo e aferição do verdadeiro comportamento do *consumidor médio* e na análise do impacto de cada prática comercial nesse comportamento⁷²⁴.

⁷¹⁶ *Id.*, *Ibid.*, e, p. ex., Ac. *Gut Springenheide*, Proc. C-210/96, par. 31.

⁷¹⁷ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, p. 28. Também aqui o autor refere as Neurociências e técnicas como o *Eye-tracking* e os *Testes A/B*.

⁷¹⁸ De acordo com TRZASKOWSKI, isto permitiria aos tribunais alterar o critério no sentido do *just-below-average-consumer*, mais consentâneo com a realidade. TRZASKOWSKI, “*User-generated marketing...*”, 2011, pp. 374-377.

⁷¹⁹ Isto apesar de as *Orientações* não serem juridicamente vinculativas. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 5, 61.

⁷²⁰ Proc. C-210/96.

⁷²¹ Proc. C-220/98.

⁷²² Proc. C-210/96, par.ºs 35 e 36. Proc. C-220/98, par. 31.

⁷²³ Esta última referência ao uso de percentagens de consumidores colide com o facto de a DPCD estabelecer que o critério do *consumidor médio* não é estatístico, mas sim resultado do julgamento das autoridades nacionais, tendo em conta a jurisprudência do TJ (Cons. 18). Alguma doutrina opõe-se a esta ideia face à importância do uso de dados estatísticos em experiências ligadas ao *BE*. PURNHAGEN e VAN HERPEN, “*Can Bonus Packs Mislead...*”, 2014, p. 29.

⁷²⁴ Em sentido aproximado, TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, p. 37.

Note-se que, apesar dos benefícios que podem resultar do recurso a estas ciências, aqueles podem não ser suficientes para dissipar a totalidade dos problemas resultantes da utilização do critério do *consumidor médio*. Efetivamente, um tal critério, ainda que baseado na Psicologia, pode ser difícil de aferir, dadas as diferenças individuais e circunstâncias concretas de cada consumidor⁷²⁵, não esquecendo o risco que está inerente a este tipo de critérios – a desproteção de muitos consumidores, quer em geral, quer no que respeita a práticas concretas às quais sejam mais vulneráveis⁷²⁶.

Em face destas questões, TRZASKOWSKI sustenta que, dada a necessidade de conciliação entre os dois objetivos da DPCD – prossecução do mercado interno e proteção do consumidor –, não é possível solucionar aqueles problemas, sendo necessário tolerar um certo grau de *distorção* do comportamento económico do consumidor⁷²⁷. Aliás, a utilização deste tipo de critérios tem justamente isso em vista⁷²⁸. Desta forma, parece-nos a nós que a estratégia mais recomendável na utilização da fórmula do *consumidor médio* deverá passar por tentar adaptá-la o mais possível, em cada caso, à realidade concreta que estiver em causa, tendo em conta aspetos como os efeitos da prática e a robustez dos mesmos à luz da Psicologia, o tipo de bem que estiver em causa e as condicionantes em jogo, como a influência dos aspetos sociais, educacionais e culturais na perceção da prática⁷²⁹. Na linha dos referidos Acórdãos *Gut Springenheide* e *Estée Lauder*, atrás referidos, fará todo o sentido que na aferição, *in casu*, dos contornos específicos do conceito de *consumidor médio*, por uma questão de rigor científico, o próprio TJ e os órgãos jurisdicionais nacionais (no caso de o TJ lhes relegar essa tarefa)⁷³⁰, recorram à opinião de peritos, a inquéritos e a estudos concretos da Psicologia⁷³¹ relativos à técnica e/ou

⁷²⁵ TOR, “*Some Challenges...*”, 2014, p. 17.

⁷²⁶ Existe ainda o risco de causar custos aos consumidores acima da média, que pode ser dissipado por estratégias como o *paternalismo assimétrico*. *Id.*, p. 18.

⁷²⁷ TRZASKOWSKI, “*User-generated marketing...*”, 2011, pp. 375-376.

⁷²⁸ Cons. 18 da DPCD.

⁷²⁹ Ou seja, os critérios da DPCD e do TJ estão no caminho certo – apenas carecem do amparo da Psicologia.

⁷³⁰ Cf., por todos, Ac. *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14, par.ºs 39 e 40.

⁷³¹ Ou, na linha de TRZASKOWSKI, se possível, também aos estudos das Neurociências ou resultantes de outras tecnologias como o *Eye-tracking* ou os *Testes A/B*. TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, p. 30.

às vulnerabilidades do processo de decisão do consumidor que possam estar aí em causa.

3.4.2.1.4. Consumidores particularmente vulneráveis

Tendo consciência de que a fórmula do *consumidor médio* deixa de fora a proteção dos consumidores mais frágeis, o legislador europeu instituiu um regime específico para os chamados “*consumidores particularmente vulneráveis*”⁷³². Assim, segundo o art.º 5.º, n.º 3, da DPCD, “*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 considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo*”⁷³³⁻⁷³⁴.

Assim, para que o regime seja aplicável, exige-se a verificação simultânea dos seguintes requisitos:

⁷³² Para mais desenvolvimentos, cf. DUIVENVOORDE, “*The Protection...*”, 2013, pp. 72 e ss.

⁷³³ A primeira parte do preceito foi transposta, de modo quase idêntico, pelo art.º 6.º, n.º 1, do DL 57/2008. O art.º 5.º, n.º 3, da DPCD contém uma segunda parte, nos termos do qual, aquela disposição “*não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente*” (expressão esta que voltou a ser repetida no Cons. 48 da nova Diretiva (UE) 2019/2161). Todavia, o legislador nacional optou por não a transpor, o que vai contra o tipo de harmonização pretendido através da DPCD. Tal tem sido interpretado como uma tomada de posição nacional contra a admissibilidade do *dolus bonus* no Direito do Consumo Português. Cf. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 130. Cumpre, de todo o modo, referir que, para nós, as técnicas atrás estudadas não consubstanciam *dolus bonus* (art.º 253.º, n.º 2, do CC). Em primeiro lugar, tal figura está tradicionalmente ligada a declarações do profissional, as quais nestas práticas são raras (e as que existam integram o conteúdo do contrato – p. ex., art.º 224.º do CC e art.ºs 8.º e 7.º, n.º 5, da LDC). Por outro lado, esta figura pressupõe a *criação* ou *dissimulação de erro* (apenas, *agressividade* não), a qual, nos casos em que ocorra, se encontra no âmbito da DPCD e do DL 57/2008 – sendo considerada *substancial* ou *negligenciável*. Por fim, em face dos extensos deveres de lealdade, informação e esclarecimento que hoje impedem sobre os profissionais, tem-se entendido que a possibilidade de “*dolo bom*” é “*inadmissível*” ou muito diminuta. Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 102; MIRANDA BARBOSA, “*O Regime...*”, 2017, pp. 85-87.

⁷³⁴ Cf., também, o Cons. 19 da DPCD.

- Que a prática seja “*suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável*”, sendo tal *distorção* avaliada com base no *consumidor médio* do grupo em causa;
- Que esse grupo seja composto exclusivamente por *consumidores particularmente vulneráveis*, em razão de “*doença mental ou física, idade ou credulidade*”;
- Que o profissional tenha podido *razoavelmente* prever aquela *distorção substancial*.

Ora, também relativamente a este regime o legislador europeu tem vindo a ser alvo de duras críticas. Isto por diversas razões, que muito dificultam a aplicação prática desta regulação.

No que toca ao primeiro requisito, segundo parece⁷³⁵, não se exige que a prática seja apenas direcionada ao grupo em causa, podendo ser dirigida ao público em geral, o que se afigura positivo. No entanto, tem-se entendido ser difícil determinar se a prática *distorce substancialmente*⁷³⁶ o comportamento económico de um único grupo homogéneo de consumidores que seja *claramente identificável*⁷³⁷⁻⁷³⁸. Aliás, a excecionalidade desta situação pode mesmo levar a que resulte desta última exigência, à partida, a impunidade de práticas que visem diretamente (e de modo insidioso) os consumidores mais frágeis, mas que sejam dirigidas à generalidade dos consumidores. Por outro lado, o facto de se exigir que a *distorção* seja determinada à luz do “*membro médio do grupo*” tem, inevitavelmente, o efeito de desproteger os mais *vulneráveis dos consumidores particularmente vulneráveis*⁷³⁹.

Por sua vez, também o segundo requisito tem sido muito contestado. Embora não se questione a relevância dos fatores que a lei adotou,

⁷³⁵ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, p. 13.

⁷³⁶ Remetemos para o que ficou dito acerca desse requisito. Cf., *supra*, VI, 3.4.2.1.2.

⁷³⁷ O próprio PE reconhece que, entre os consumidores, existem consideráveis discrepâncias no que refere às competências, ao conhecimento da legislação, assertividade e vontade de obter reparação. Cf. Resolução do PE, de 15 de novembro de 2011, sobre uma nova estratégia..., par. D.

⁷³⁸ Em certos casos pode ser fácil (p. ex., as crianças que estão a ver certo programa de TV), embora essa não seja a regra, mas sim a exceção. DUIVENVOORDE, “*The Protection...*”, 2013, p. 70.

⁷³⁹ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, p. 13.

aponta-se no sentido da arbitrariedade da escolha⁷⁴⁰. P. ex., porquê estes e não outros? E porquê apenas estes?

Por fim, também o último requisito tem sido objeto de muitas críticas. Tratando-se de mais uma expressão do princípio da proporcionalidade, este requisito estabelece que a prática apenas será *desleal* se o profissional tivesse podido “razoavelmente prever a *distorção substancial do comportamento económico do membro médio do grupo vulnerável*”. De acordo com TRZASKOWSKI, esta exigência, uma vez que consiste num critério objetivo, pode levar a resultados absurdos – em particular, a possibilidade de o profissional poder manter a prática ainda que tenha conhecimento dos seus efeitos, no caso de isso não ser *razoavelmente* previsível⁷⁴¹; ou a hipótese de a admissibilidade do uso de cada prática depender dos conhecimentos previsíveis de cada profissional⁷⁴².

Assim, em face da exigência destes requisitos, tem-se entendido que, na prática, este regime acaba por desproteger aqueles que carecem de maior proteção⁷⁴³.

Quer a doutrina⁷⁴⁴, quer as instituições europeias⁷⁴⁵, têm vindo a sustentar aqui a importância dos estudos ligados à Psicologia. Cingindo-nos ao papel que a Psicologia pode ter neste campo, pensamos que esta pode ser benéfica no que se refere à identificação das práticas que, embora dirigidas à totalidade dos consumidores, tenham por objetivo visar grupos homogêneos de *consumidores particularmente vulneráveis*⁷⁴⁶⁻⁷⁴⁷, bem

⁷⁴⁰ *Id.*, p. 34.

⁷⁴¹ *Id.*, pp. 13-14.

⁷⁴² *Id.*, *Ibid.*

⁷⁴³ MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 110.

⁷⁴⁴ Cf., por todos, TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, pp. 17 e ss.

⁷⁴⁵ Por todos, Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia..., par.^{os} 5 e 18; Resolução do PE, de 15 de novembro de 2011, sobre uma nova estratégia..., par.^{os} 10 e 41.

⁷⁴⁶ Um exemplo famoso reporta-se à utilização de uma personagem de ficção por uma marca de tabaco, o *Joe Camel*, cujos traços tiveram em vista alcançar a população mais jovem.

⁷⁴⁷ Existem práticas que são dirigidas à generalidade dos consumidores, mas cujo potencial de *distorção* é muito mais elevado no que respeita às franjas mais *vulneráveis*, as quais visam diretamente atingir – sobre esta importante temática, cf. TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, pp. 41 e ss.

como dos tipos de práticas suscetíveis de *distorcer* o seu comportamento, quer lhes sejam, ou não, diretamente dirigidas⁷⁴⁸.

Por outro lado, a Psicologia pode também ter algo a dizer nos fatores de *vulnerabilidade* enumerados no artigo. Com efeito, conforme referido, tem sido defendido que a escolha dos fatores de *vulnerabilidade* foi arbitrária⁷⁴⁹ – situações como a condição económica e social ou a falta de experiência, conhecimentos ou habilitações, também constituem importantes fontes de fragilidade a ter em conta⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹.

Nas *Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD* sustenta-se o carácter não exaustivo dos fatores enunciados no n.º 3, do art.º 5.º da DPCD. Para tanto, baseiam-se na circunstância de o Cons. 19, à luz do qual o art.º 5.º, n.º 3, deve ser interpretado, se referir a essa lista como meramente exemplificativa, por meio da utilização da expressão “*como*”. Todavia, não é fácil identificar critérios para a aferição da *vulnerabilidade*. Na maior parte das vezes, tudo depende do caso concreto. Ninguém é sempre *vulnerável* ou *médio* (os primeiros podem tomar decisões acima da média e os segundos abaixo da média)⁷⁵². O próprio PE reconhece que a *vulnerabilidade* pode ser temporária e que todos nós podemos ser *vulneráveis* em certo ponto da vida, devido a fatores externos⁷⁵³. Situações pessoais e decisões complexas, raras e dispendiosas são apontadas como importantes determinantes da *vulnerabilidade* do consumidor que deveriam ser consideradas individualmente⁷⁵⁴. Também aspetos sociais, culturais e linguísticos têm aqui relevância⁷⁵⁵. A utilização da Psicologia pode assumir aqui um importante papel na determinação das situações a considerar e respetivas soluções.

⁷⁴⁸ *Id., Ibid.*

⁷⁴⁹ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013, p. 34.

⁷⁵⁰ *Id., Ibid.*

⁷⁵¹ No Ac. *Buet*, o próprio TJ admitiu que, no âmbito das vendas porta-a-porta, os consumidores com pouca formação são especialmente *vulneráveis* a vendedores de material pedagógico que os tentem persuadir com a ideia de que a sua utilização lhes garantirá um futuro profissional. Proc. 382/87, par. 13.

⁷⁵² TRZASKOWSKI, “*Lawful Distortion...*”, 2016, p. 32.

⁷⁵³ Resolução do PE, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia..., par. D.

⁷⁵⁴ TRZASKOWSKI, “*The Unfair Commercial...*”, 2013., p. 21.

⁷⁵⁵ MICKLITZ, “*The General Clause...*”, 2005, pp. 112-113.

Na *verificação da adequação (fitness-check)* das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC, 2009/22/EC e 2006/114/EC⁷⁵⁶, chegou-se à conclusão que este regime é muito pouco aplicado na prática, em resultado de os aplicadores do Direito sentirem muita relutância em a ele recorrerem⁷⁵⁷. O argumento apontado é o de que tal tem ocorrido em virtude de o critério que tem sido normalmente utilizado ser o do *consumidor médio* ou o do *membro médio do grupo*, o qual acaba por ser empregue mesmo relativamente a práticas diretamente dirigidas a *consumidores vulneráveis*⁷⁵⁸. Neste sentido, este estudo concluiu que seria benéfico acabar com o regime do art.º 5.º, n.º 3, da DPCD e integrá-lo no n.º 2, do art.º 5.º do mesmo diploma, relativo ao *consumidor médio* (alterando-se também o Cons. 18 da DPCD)⁷⁵⁹. Em face de inexistirem provas suficientes da existência de problemas efetivos na aplicação do critério e de as *Orientações sobre a execução/aplicação da DPCD* terem introduzido importantes esclarecimentos relativamente a tal aplicação, optou-se pela sua manutenção⁷⁶⁰.

Pela sua especificidade, parece-nos que o regime respeitante aos *consumidores particularmente vulneráveis* deverá manter-se autónomo. De todo modo, é nosso entendimento que este deverá ser revisto no sentido de afastar as críticas *supra* indicadas. Os conhecimentos da Psicologia poderão ser um precioso aliado nesta missão.

3.4.2.2. Práticas comerciais enganosas e agressivas

Conforme referido, num segundo nível, o regime de proteção dos consumidores contra as *PCD's* estabelece a proibição das práticas comerciais *enganosas* e *agressivas*, prevista no art.º 6.º, b) e c), e desenvolvida nos

⁷⁵⁶ Cf. o *Roadmap* relativo à *verificação da adequação* das Diretivas de proteção do consumidor, disponível em https://ec.europa.eu/smartregulation/roadmaps/docs/2016_just_023_evaluation_consumer_law_en.pdf – acedido em 30/11/2019; Cf., também, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332, e os relatórios e documentos de apoio aí disponíveis – acedido em 30/11/2019.

⁷⁵⁷ CE, *Report of the Fitness Check...*, 2017, p. 111.

⁷⁵⁸ *Id.*, *Ibid.*

⁷⁵⁹ *Id.*, *Ibid.*

⁷⁶⁰ *Id.*, *Ibid.*

art.^{os} 7.^o, 9.^o e 10.^o (*práticas enganosas*, divididas em *ações enganosas* e *omissões enganosas*) e 11.^o (*práticas agressivas*), todos do DL 57/2008.

O regime de umas e outras será desenvolvido de seguida.

3.4.2.2.1. Práticas comerciais enganosas – ações enganosas e omissões enganosas

Conforme indicado, as chamadas *práticas comerciais enganosas* dividem-se em *ações enganosas* (art.^o 7.^o do DL 57/2008) e *omissões enganosas* (art.^{os} 9.^o e 10.^o do DL 57/2008). Se bem analisarmos o regime legal de umas e outras, facilmente constatamos que ambas as vertentes das *práticas enganosas* assentam no chamado *paradigma da informação*, no qual a política europeia de proteção dos consumidores se tem baseado – a *essencialidade* da informação para a tomada de decisões racionais por parte do consumidor⁷⁶¹. Todavia, se as primeiras se traduzem na prestação de informação ao consumidor que, em face das suas características, é suscetível de o induzir em erro, as segundas correspondem a violações graves do dever de fornecimento de informação ao consumidor⁷⁶². Vejamos, então, em que consistem umas e outras e as formas pelas quais a Psicologia poderá aqui assumir um importante papel.

3.4.2.2.1.1. Ações enganosas

Segundo o art.^o 7.^o, n.^o 1, do DL 57/2008, são consideradas *ações enganosas* as práticas que contenham informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o *consumidor médio*⁷⁶³ em relação aos elementos enumerados nas diversas

⁷⁶¹ Remetemos para o que ficou dito atrás acerca do fornecimento de informação, quer no que toca à sua enorme importância, quer no que respeita aos problemas a ele ligados. Cf., *supra*, VI, 3.1.

⁷⁶² Cf., *supra*, 3.1.1.

⁷⁶³ O art.^o 7.^o do DL 57/2008 não refere o *consumidor médio*, embora tal se imponha pela interpretação conforme à DPCD, defendida pelo TJ. Ac. VTB-VAB e Galatea, Proc.^{os} apensos C-261/07 e C-299/07, par.^{os} 51 e 52.

alíneas do artigo⁷⁶⁴⁻⁷⁶⁵ e o conduzam ou sejam suscetíveis de o conduzir a tomar uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo⁷⁶⁶.

Como se pode ver, tal como na cláusula geral, também o art.º 7.º, n.º 1, do DL 57/2008 exige o preenchimento dos conceitos de *consumidor médio* e de *distorção substancial* do seu comportamento económico para que a prática possa ser considerada *enganosa* – remetemos para o que ficou dito atrás acerca destes conceitos⁷⁶⁷. Todavia, aqui entende-se que, no caso de uma prática preencher os requisitos deste artigo, é automaticamente considerada contrária à *diligência profissional*, não sendo necessário fazer esse juízo⁷⁶⁸. Por outro lado, de acordo com o TJ, basta que a técnica seja dirigida a único consumidor⁷⁶⁹. Por outro lado ainda, também segundo a jurisprudência do TJ, é irrelevante para a determinação do carácter *enganoso da prática* que a despesa adicional imposta ao consumidor seja *insignificante*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁴ De referir que a Diretiva (UE) 2019/2161, nos termos do seu art.º 3.º, n.º 3, veio introduzir uma nova alínea c) no art.º 6.º, n.º 2, da DPCD (ao qual corresponde o n.º 2, do art.º 7.º do DL 57/2008), a qual vem considerar como *enganosa* a prática que consista em promover, num E.M., um bem como idêntico a outro comercializado noutra E.M., quando tal bem seja significativamente diferente no que respeita à sua composição ou características (exceto se justificado por fatores “*legítimos e objetivos*”).

⁷⁶⁵ Deve aqui referir-se que a enumeração das alíneas deste artigo tem vindo a ser criticada, na medida em que algumas das práticas proibidas pela *lista negra* de PCD’S, analisada *infra*, que contém aquelas que são consideradas as práticas mais graves, consideradas *desleais em quaisquer circunstâncias*, seriam admitidas por não caberem nas diferentes alíneas do artigo. Alguns autores, têm, no entanto, vindo a defender que o elenco do art.º 7.º é aberto, não se limitando aos fatores enunciados nas diferentes alíneas. Embora a DPCD nada diga nesse sentido, tem-se sustentado tal interpretação na Exposição de Motivos da Proposta de DPCD que prevê que, para que a prática seja *enganosa*, são apenas exigidas três condições: carácter *enganoso*, *distorção substancial* e o critério do *consumidor médio*. Cf. WILHELMSSON, “*Misleading Practices*”, 2005, pp. 139 e 140. Na ausência de referência expressa na DPCD, ou de decisão do TJ nesse sentido, temos muitas dúvidas em aceitar esta tese.

⁷⁶⁶ Exige-se a presença simultânea de ambos os requisitos. Cf. Ac. do TJ *Trento Sviluppo e Centrale Adriatica*, Proc. C-281/12, par. 38.

⁷⁶⁷ Cf., *supra*, VI, 3.4.2.1.2. e 3.4.2.1.3.

⁷⁶⁸ Tal é pacífico nas decisões do TJ. Cf., p. ex., o Ac. *CHS Tour Services*, Proc. n.º C-435/11, par. 48.

⁷⁶⁹ Cf. Ac. do TJ *UPC Magyarország Kft.*, Proc. C-388/13, par.ºs 41, 42 e 60.

⁷⁷⁰ Cf. Ac. do TJ *Purely Creative E O.*, Proc. C-428/11, par.ºs 34 e 57.

Conforme podemos constatar ao longo da parte III do presente texto, são inúmeros os casos de técnicas baseadas na Psicologia que podem preencher os requisitos e caber diretamente nas cláusulas do n.º 1, do art.º 7 do DL 57/2008, constituindo este o âmbito por excelência para a utilização dessa ciência na regulação das PCD's. Os estudos da Psicologia podem ter aqui o importante papel de servir de fundamento para a consideração de que determinada prática preenche certo requisito ou se insere em dada cláusula, densificando-os. A própria CE remete para esta ideia quando refere, neste âmbito das *ações enganosas*, que os estudos do BE fundamentam o facto de a apresentação da informação poder influenciar o comportamento dos consumidores⁷⁷¹, apontando, nessa base, que podem constituir *ações enganosas* os casos de *defaults* abusivas ou o fornecimento de informações desnecessariamente complexas⁷⁷².

Segundo SIBONY, o recurso à Psicologia pode ainda servir para ampliar o âmbito destas disposições, uma vez que, através das suas categorizações, permite fundamentar paralelismos e analogias com as práticas previstas no terceiro nível⁷⁷³ – lista de *ações enganosas em quaisquer circunstâncias* (art.º 8.º do DL 57/2008 e Anexo I da DPCD).

Ora, também no âmbito das *ações enganosas*, o TJ tem deixado aos órgãos jurisdicionais nacionais a tarefa de aferirem no caso concreto se a prática é *enganosa* à luz do art.º 6.º da DPCD (ao qual corresponde o art.º 7.º do DL 57/2008)⁷⁷⁴. A Psicologia poderá assumir aqui um importante papel na aferição, no caso concreto, se a prática em causa se enquadra nos critérios do art.º 7.º do DL 57/2008 e, em especial, se *distorce* ou é suscetível de *distorcer substancialmente* o comportamento económico do *consumidor médio*⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ CE, *Orientações...*, 2016, p. 61.

⁷⁷² *Id, Ibid.*

⁷⁷³ P. ex., outras dimensões da *bait and switch* não previstas nas listas. SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, pp. 936-937.

⁷⁷⁴ Cf. Ac. do TJ *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14, par. 49. Cf., também, o Cons. 18 da DPCD.

⁷⁷⁵ Remetemos para o ficou dito relativamente à utilização da Psicologia na densificação do conteúdo destes conceitos. Cf., *supra*, VI, 3.4.2.1.2. e 3.4.2.1.3.

3.4.2.2.1.2. Omissões enganosas

De acordo com o art.º 9.º do DL 57/2008, são consideradas *omissões enganosas* as práticas que, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir o *consumidor médio*⁷⁷⁶ a uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo e consistam em *omissões* de requisitos de informação *substancial* para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; na ocultação de informações ou fornecimento das mesmas de modo pouco claro, ininteligível ou tardio; ou na ocultação do carácter comercial da prática se tal não se puder depreender do contexto (art.º 9.º, n.º 1, a), b) e c), do DL 57/2008). Os requisitos exigidos para a informação ser considerada *substancial* estão previstos nos art.ºs 9.º, n.º 3, e 10.º do DL 57/2008.

Conforme resulta da letra do art.º 9.º do DL 57/2008, à semelhança das *ações enganosas*, também nas *omissões* se exige, para que a prática seja considerada *enganosa*, o preenchimento dos conceitos de *consumidor médio* e de *distorção substancial* do seu comportamento económico. Também aqui se prescinde da verificação do conceito de *diligência profissional*⁷⁷⁷⁻⁷⁷⁸. Todavia, diferentemente do que se passa com as *ações enganosas*⁷⁷⁹, o regime das *omissões enganosas* tem em consideração, na determinação do carácter *desleal* da *omissão*, para além do contexto e circunstâncias concretas da prática em causa, as eventuais *limitações de espaço e/ou de tempo* impostas pelo meio de comunicação através do qual a informação seja veiculada⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Também o art.º 9.º do DL 57/2008 não refere o *consumidor médio*, embora tal se imponha pela interpretação conforme à DPCD, defendida pelo TJ. Ac. VTB-VAB e Galatea, Proc.ºs apensos C-261/07 e C-299/07, par.ºs 51 e 52.

⁷⁷⁷ Cf. Ac. do TJ CHS Tour Services, Proc. n.º C-435/11, par.ºs 45 e 46; CE, *Orientações...*, 2016, pp. 58-59.

⁷⁷⁸ Apenas a alínea d), do art.º 10.º do DL 57/2008 (e a alínea d), do n.º 4.º, do art.º 7.º da DPCD) parece exigir que se afira se as informações relativas às “*modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento de reclamações*” são contrárias às exigências de *diligência profissional*. Esta norma foi alterada pela Diretiva (UE) 2019/2161 – art.º 3.º, n.º 4, a), i), no sentido de suprimir a referência ao mecanismo de tratamento de reclamações.

⁷⁷⁹ Cf. Ac. do TJ Canal Digital Danmark, Proc. C-611/14, par. 42.

⁷⁸⁰ Cf. art.º 9.º, n.º 2, do DL 57/2008 e art.º 7.º, n.º 3, da DPCD – trata-se de uma exigência introduzida por motivos de proporcionalidade. Cf., também, o Ac. do TJ Canal Digital Danmark, Proc. C-611/14, par.ºs 28 e 35.

Por outro lado, para que uma *omissão* seja considerada *enganosa*, exige-se necessariamente que esta se tenha reportado a informação considerada *substancial*⁷⁸¹⁻⁷⁸²⁻⁷⁸³.

Também no âmbito das *omissões enganosas*, o TJ tem remetido para os tribunais nacionais a avaliação, caso a caso⁷⁸⁴, do caráter *enganoso* da prática, tendo em conta a “*perceção do consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, considerados os fatores sociais, culturais e linguísticos*”⁷⁸⁵⁻⁷⁸⁶. Nesta avaliação, o tribunal nacional deverá considerar o “*contexto factual da prática comercial em causa, o meio de comunicação utilizado, nomeadamente as suas limitações próprias, bem como a natureza e as características do produto em causa, (...)*” devendo, assim, “*apreciar, em cada caso, se a omissão de uma informação substancial, como o preço, conduziu ou pode*

⁷⁸¹ Cf. o art.º 9.º, n.º 3, do DL 57/2008, o qual estabelece como *substanciais* os requisitos específicos de informação exigidos por legislação europeia de proteção do consumidor em matéria contratual; e o art.º 10.º do DL 57/2008, que considera *informação substancial* determinados elementos informativos que devem necessariamente estar presentes nas propostas contratuais e convites a contratar dos profissionais – é o caso das características principais do bem ou serviço; dos dados identificativos do profissional, do preço (incluindo impostos e taxas), entre outros.

⁷⁸² Nem a DPCD, nem o DL 57/2008 definem este conceito. Segundo o TJ, o mesmo deverá ser extraído dos n.ºs 1 e 2, do art.º 7.º DPCD – assim, *informação substancial* é aquela que “*seja necessária para que, atendendo ao contexto, o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida, e cuja omissão, por conseguinte, seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo*”. Cf. Ac. do TJ *Carrefour Hypermarchés*, Proc. C-562/15, par. 30.

⁷⁸³ A Diretiva (UE) 2019/2161 veio também considerar como *substanciais* as seguintes informações (cf. art.º 3.º, n.º 4, a), ii), b) e c)): nos mercados em linha, a informação quanto à natureza da contraparte contratual do consumidor; nas pesquisas em linha, as informações gerais prestadas aos consumidores quanto aos principais parâmetros gerais utilizados pelos profissionais para determinar a classificação dos produtos apresentados ao consumidor e a importância relativa desses parâmetros em comparação com outros parâmetros (esta disposição não se aplica aos fornecedores de motores de pesquisa em linha); no caso de o profissional disponibilizar o acesso a avaliações de produtos efetuadas por consumidores, a informação sobre se e de que forma esse profissional garante que as avaliações publicadas são efetuadas por consumidores que efetivamente utilizaram ou adquiriram o produto.

⁷⁸⁴ Cf. Ac. do TJ *Ving Sverige*, Proc. C-122/10, par.ºs 48, 49, 51, 58 e 59.

⁷⁸⁵ Cf. Ac. do TJ *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14, par. 57.

⁷⁸⁶ Cf., também, o Cons. 18 da DPCD.

*conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo*⁷⁸⁷.

Ora, mais uma vez, a Psicologia pode assumir aqui um importante papel na densificação de todos estes critérios previstos no art.º 9.º, tendo em conta as *circunstâncias* particulares do caso concreto. De facto, conforme ficou dito, encontra-se cientificamente provado que certos elementos informativos são mais importantes que outros e que a relevância dos mesmos depende de muitos fatores, como, p. ex. o tipo de bem em causa, o tempo para tomar a decisão ou o meio de comunicação utilizado pelo profissional⁷⁸⁸. Por outro lado, regra geral, a Psicologia tem bem identificados muitos dos expedientes técnicos com caráter *enganoso* a que os profissionais podem recorrer. Por conseguinte, esta ciência poderá ser um importante coadjuvante para o tribunal nacional (ou para o TJ) na compreensão do verdadeiro caráter da prática em causa, de acordo com os requisitos previstos para as *omissões enganosas*⁷⁸⁹.

3.4.2.2.2. Práticas comerciais agressivas

De acordo com o art.º 11.º, n.º 1, do DL 57/2008, são *agressivas* as práticas que, devido a *assédio*, *coação* ou *influência indevida*, limitem ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do *consumidor médio*⁷⁹⁰ em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir o *consumidor médio* a tomar uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo. Segundo o n.º 2, do art.º 11.º do DL 57/2008, na determinação do caráter *agressivo* da prática deve atender-se “*ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias*”, sendo enumerados, de modo exemplificativo, em várias alíneas, diversos fatores a ter em conta para tal determinação.

⁷⁸⁷ Cf. Ac. do TJ *Canal Digital Danmark*, Proc. C-611/14, par.ºs 58 e 59.

⁷⁸⁸ Cf., *supra*, VI, 3.1.1.

⁷⁸⁹ Também aqui remetemos para o que ficou dito relativamente à utilização da Psicologia na densificação dos conceitos de *consumidor médio* e *distorção substancial*. Cf., *supra*, VI, 3.4.2.1.2. e 3.4.2.1.3.

⁷⁹⁰ Mais uma vez, segundo uma interpretação conforme à DPCD, defendida pelo TJ: Ac. *VTB-VAB e Galatea*, Proc.ºs apensos C-261/07 e C-299/07, par.ºs 51 e 52

São, assim, três os requisitos estabelecidos pelo art.º 11.º do DL 57/2008 para que uma prática seja considerada *agressiva*:

- A existência de *assédio*, *coação* ou *influência indevida*;
- Que estas *limitem* ou *sejam suscetíveis de limitar* significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do *consumidor médio*;
- Que as mesmas *conduzam* ou *sejam suscetíveis de conduzir* o *consumidor médio* a tomar uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo.

Tal como no caso das *práticas enganosas*, também aqui se prescinde do critério da *diligência profissional*⁷⁹¹.

No que respeita ao primeiro requisito, apenas nos é dada a noção de *influência indevida*, definida no art.º 3.º, j), do DL 57/2008 como “*a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida*”⁷⁹².

Por conseguinte, no que respeita ao *assédio*, a doutrina tem recorrido à sua noção comum⁷⁹³ e, no que concerne à *coação*, tem-se munido dos conceitos de *coação moral*⁷⁹⁴ e *coação física*⁷⁹⁵⁻⁷⁹⁶, previstos na lei civil. Contudo, de acordo com alguns autores, nem sempre é fácil traçar a fronteira entre cada um destes três conceitos e encaixar a prática em causa

⁷⁹¹ Cf. Ac. do TJ *CHS Tour Services*, Proc. n.º C-435/11, par.ºs 45 e 46; CE, *Orientações...*, 2016, pp. 58-59.

⁷⁹² Trata-se de um conceito oriundo da *common law* inglesa, importado e adaptado ao objeto da DPCD. A *undue influence* inglesa consiste numa figura que visa proteger a parte mais fraca em determinadas relações, inerentemente desequilibradas, que se pautam normalmente por uma grande proximidade e confiança entre as partes, onde o grande ascendente de uma delas sobre a outra pode determinar totalmente o sentido dos atos desta e de modo inconsciente para a mesma. Os contornos da figura padecem, todavia, de alguma indefinição. Para mais desenvolvimentos, cf. TINA YEE, *The Etrige Influence...*, 2008, pp. 3 e ss.

⁷⁹³ “*Insistência impertinente e inoportuna junto de alguém*”. Cf. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 119.

⁷⁹⁴ Art. 255.º do CC.

⁷⁹⁵ Art. 246.º do CC.

⁷⁹⁶ O legislador europeu inclui-a expressamente neste âmbito no Considerando 16 da DPCD, quando prevê que a coação inclui o recurso à “*força física*”.

apenas num deles⁷⁹⁷. Segundo tais autores, isso não levanta grandes problemas, na medida em que é normal que determinadas práticas utilizem várias técnicas que se podem enquadrar em mais de um conceito⁷⁹⁸⁻⁷⁹⁹. Mais importante, sim, é o preenchimento dos dois requisitos seguintes. De facto, segundo HOWELLS, ainda que possamos estar perante um caso de *assédio*, *coação* ou *influência indevida*, se este apenas consistir na importunação do *consumidor médio* e não tiver os efeitos acima requeridos, poderá corresponder, p. ex., a um caso ligado ao *bom gosto e decência*, mas não a uma *prática agressiva*⁸⁰⁰.

A concretização do segundo e terceiro requisitos – suscetibilidade de *limitação significativa* da liberdade de escolha/comportamento do consumidor e suscetibilidade de o conduzir a uma *decisão de transação* que não teria tomado de outro modo –, dado o seu grau de indeterminação, não é simples. Neste propósito, os diversos elementos previstos no n.º 2, do art.º 11.º do DL 57/2008 fornecem-nos um importante auxílio. Com base nestes fatores, várias práticas têm vindo a ser apontadas pela doutrina e pelas instituições europeias como *práticas agressivas*⁸⁰¹. É o caso, p. ex., das práticas que passam por fechar o consumidor numa sala por longos períodos de tempo⁸⁰²; de práticas em que o profissional explora a posição de poder em que se encontra, resultado de o consumidor ter sofrido um grave infortúnio, como a morte de um familiar⁸⁰³; de práticas que consistem na colocação de entraves desproporcionados ao consumidor

⁷⁹⁷ HOWELLS, “*Aggressive Commercial Practices*”, 2005, p. 173.

⁷⁹⁸ Tal pode ocorrer, por exemplo, no caso da *coação física* e *influência indevida*, na medida em que ambas podem ser resultado de violência física. HOWELLS, “*Aggressive Commercial Practices*”, 2005, p. 173.

⁷⁹⁹ Para mais desenvolvimentos acerca do conteúdo de cada um dos conceitos, cf. HOWELLS, “*Aggressive Commercial Practices*”, 2005, pp. 184 e ss. A *influência indevida* parece assumir um certo carácter residual em relação aos outros conceitos.

⁸⁰⁰ HOWELLS, “*Aggressive Commercial Practices*”, 2005, pp. 176-177.

⁸⁰¹ O caso oposto também se verifica. Por exemplo, a Exposição de Motivos da Proposta de DPCD refere que, em princípio, o fornecimento de transporte pelo profissional para um estabelecimento fora da cidade ou a oferta de refrescos não são *práticas agressivas*, a menos que preencham os três requisitos referidos – par. 71.

⁸⁰² Esta prática, como vimos, está ligada ao *depauperamento do ego*. Cf., *supra*, IV.

⁸⁰³ HOWELLS, “*Aggressive Commercial Practices*”, 2005, p. 189.

quando este pretende exercer os seus direitos⁸⁰⁴; ou da utilização de *defaults* de modo insidioso, hoje proibida pelo art.º 22.º da DDC (e art.º 9.º-A da LDC)⁸⁰⁵.

No âmbito das *práticas agressivas*, a figura da *influência indevida* merece um especial destaque, na medida em que parece ter assumido um papel de figura residual. Isto é, nos casos em que está em causa uma situação de *pressão* sobre o consumidor que não constitui *assédio* ou *coação*, em face do carácter aberto da figura tem sido assumido, muitas vezes, à partida, que estamos perante uma situação de *influência indevida*⁸⁰⁶⁻⁸⁰⁷. Ora, tal tem relevância para nós na medida em que pode acomodar muitas das técnicas construídas pelos profissionais que sejam baseadas na Psicologia. Como é óbvio, conforme referido, na aferição do carácter *agressivo* ou não da prática tudo dependerá, aqui, do preenchimento do terceiro requisito do regime legal (uma vez que já esteja determinado que, com a prática, o profissional utilizou efetivamente de uma *posição de poder* para *pressionar* o consumidor e esta seja suscetível de *limitar significativamente* a capacidade do *consumidor médio* em tomar uma decisão esclarecida).

Também no que se refere às *práticas agressivas*, o TJ refere expressamente que, *in casu*, à luz do disposto na DPCD e no DL 57/2008, caberá aos órgãos jurisdicionais nacionais a avaliação da reação do *consumidor médio* à prática comercial em causa, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto⁸⁰⁸. Para tanto, assim como em relação à análise da capacidade da prática em *limitar significativamente* a capacidade do *consumidor médio* em tomar uma decisão esclarecida, o recurso à Psicologia, nos termos referidos⁸⁰⁹, terá uma importância determinante.

⁸⁰⁴ CE, *Orientações...*, 2016, pp. 89-91.

⁸⁰⁵ *Id.*, *Ibid.*

⁸⁰⁶ Caso se considere, à partida, que limita significativamente a capacidade do *consumidor médio* em tomar uma decisão esclarecida, o segundo requisito encontra-se inserido na definição de *influência indevida* (cf. art.º 3.º, j), do DL 57/2008.

⁸⁰⁷ De facto, a “*influência indevida*” não se trata necessariamente de uma *influência ilícita*, mas de “*uma influência que, independentemente da sua licitude, comporta de modo ativo, através de uma certa pressão, o condicionamento forçado da vontade do consumidor*”. Cf. Ac. do TJ *Orange Polska*, Proc. C-628/17, par. 33.

⁸⁰⁸ Ac. do TJ *Wind Tre e Vodafone Italia*, Proc.ºs apensos C-54/17 e C-55/17, par. 52.

⁸⁰⁹ Cf., *supra*, VI, 3.4.2.1.2. e 3.4.2.1.3.

Por sua vez, na linha de SIBONY, o recurso à Psicologia pode ainda servir para ampliar o âmbito do regime das *práticas agressivas*, ao permitir estabelecer e justificar paralelismos e analogias com as práticas previstas no terceiro nível⁸¹⁰ – *práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias* (art.ºs 8.º e 12.º do DL 57/2008 e Anexo I da DPCD).

3.4.2.3. Lista(s) negra(s) de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias

Num terceiro e último nível de proteção do consumidor contra as PCD's, o legislador europeu optou por reunir um elenco taxativo de práticas comerciais⁸¹¹, as quais, face ao seu elevado nível de *deslealdade*, são consideradas *desleais em quaisquer circunstâncias* – art.º 5.º, n.º 5, e Anexo I da DPCD. Trata-se de um conjunto de 31 práticas, exclusivamente composto por práticas *enganosas* e *agressivas*, o qual foi transposto, entre nós, pelos art.ºs 8.º (*ações consideradas enganosas em qualquer circunstância*) e 12.º (*práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância*) do DL 57/2008.

Como se pode antever, as práticas incluídas na lista são consideradas automaticamente *desleais em quaisquer circunstâncias*, não sendo necessário qualquer outro requisito para além da sua verificação⁸¹². Todavia, conforme alerta WILHELMSSON, a lista não deve ser interpretada *a contrario*, isto é, não é possível considerar aceitáveis práticas semelhantes às que estão na lista, mas que não a integram⁸¹³. De facto, estas podem não ultrapassar os testes previstos nos outros níveis de regulação.

Conforme foi referido, uma vez que o elenco foi escolhido com base nas experiências dos diversos E.M.'s, é difícil encontrar um fio condutor

⁸¹⁰ Embora SIBONY se refira apenas às práticas *enganosas*, nenhuma razão existe para que não se aplique este método também às *agressivas*. SIBONY, “*Can EU Consumer Law...*”, 2014, pp. 936-937.

⁸¹¹ A lista é taxativa e apenas pode ser alterada mediante a revisão da DPCD – Cons. 17 e art.º 5.º, n.º 5, da DPCD. WILHELMSSON, “*Misleading Practices*”, 2005, p. 159.

⁸¹² Cons. 17 da DPCD.

⁸¹³ WILHELMSSON, “*Misleading Practices*”, 2005, p. 160.

que una as diversas práticas elencadas⁸¹⁴. Tal ocorre igualmente no caso das (poucas) práticas que estão incluídas na *lista* que são baseadas em construções da Psicologia. Por ex., proíbe-se a *bait and switch*⁸¹⁵, ligada ao *compromisso*⁸¹⁶, mas não se proíbe outras práticas ligadas a esta *arma de influência*. O mesmo se passa no que toca à *escassez*, em que apenas é proibida no caso de a alegação ser falsa⁸¹⁷⁻⁸¹⁸.

Uma vez que a lista é exaustiva, são proibidas apenas as práticas nela constantes, pelo que a inclusão de outras dependerá de revisão da DPCD (Cons. 17 e art.º 5.º, n.º 5, da DPCD). Contudo, tudo dependerá do resultado dos estudos que forem feitos e da vontade do legislador europeu.

Há igualmente que ter em conta que esta lista tem em vista proibir as piores das piores práticas, sendo a sua esmagadora maioria composta de práticas que exploram o *engano* ou a *agressividade* diretos e incontestáveis quando, como vimos, muitas das práticas que analisamos podem não se inscrever neste âmbito, carecendo de ser analisadas, caso a caso, no âmbito do *segundo nível* (e/ou, eventualmente, do *primeiro*). Ainda assim, de acordo com estudos recentes, parece-nos que caberiam facilmente aqui práticas como os *preços a conta-gotas*, cujos resultados de experiências recentes⁸¹⁹ demonstraram ser altamente *enganosas*⁸²⁰. Também a *obsolescência programada* entraria claramente neste âmbito⁸²¹.

Conforme referido, na sequência da *verificação da adequação* (*fitness-check*) das Diretivas 2005/29/CE, 93/13/CEE, 98/6/CE, 1999/44/EC,

⁸¹⁴ *Id, Ibid.*

⁸¹⁵ Cf. ponto 6, do Anexo I da DPCD e art.º 8.º, e), f) e g), do DL 57/2008.

⁸¹⁶ Cf., *supra*, III, 3.2.

⁸¹⁷ Cf. pontos 7 e 15, do Anexo I da DPCD e art.º 8.º, i) e s), do DL 57/2008.

⁸¹⁸ SIBONY defende que, nestes e noutros casos, os tribunais têm margem para recorrer à analogia para proibir outras vertentes do mesmo mecanismo de *influência*, por exemplo, através da *cláusula geral*. Cf. SIBONY, “*Can EU Consumer...*”, 2014, pp. 935-936.

⁸¹⁹ OECD, *Behavioural Insights...*, 2017, pp. 82-85.

⁸²⁰ No sentido de a considerar uma *prática enganosa* com base no art.º 6.º, n.º 1, b) e d), e art.º 7.º, n.º 4, a) e c), da DPCD (art.º 7.º, n.º 1, b) e d), e art.º 9.º, n.º 1, a) e c), e 10.º, a) e c), do DL 57/2008). CE, *Orientações...*, 2016, pp. 82, 165-166.

⁸²¹ Sobre a *obsolescência programada*, cf. CE, *Orientações...*, 2016, pp. 87-88.

2009/22/EC e 2006/114/EC⁸²² e da *avaliação* da DDC⁸²³, concluídas pela CE em 2017, no âmbito do *Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação* (REFIT), inserido na iniciativa “*Legislar Melhor*”⁸²⁴, o “*Novo Acordo para os Consumidores*”, através da 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/EU, 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 veio alterar o Anexo I da DPCD, no sentido de lhe acrescentar quatro novas *práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias* (os pontos n.ºs 11-A; 23-A; 23-B; e 23-C⁸²⁵) – cf. Art.º 3.º, n.º 7, a) e b), da nova Diretiva (UE) 2019/2161. Trata-se de quatro práticas *enganosas*, as quais têm em vista assegurar a *neutralidade* e a *transparência* das *plataformas digitais* (pontos 11-A, 23-B e 23-C) e proibir a venda de revenda de bilhetes para eventos culturais e desportivos em que os bilhetes tenham sido adquiridos pelo profissional através da utilização de meios automatizados que permitem contornar o limite técnico imposto pelo vendedor principal dos bilhetes ou contornar

⁸²² Cf. o *Roadmap* relativo à verificação da adequação das Diretivas de proteção do consumidor, disponível em https://ec.europa.eu/smartregulation/roadmaps/docs/2016_just_023_evaluation_consumer_law_en.pdf – acedido em 30/11/2019; Cf., também, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332, e os relatórios e documentos de apoio aí disponíveis – acedido em 30/11/2019.

⁸²³ *Id, Ibid.*

⁸²⁴ Sobre o programa “*Legislar Melhor*”, cf. CE, *Better Regulation Guidelines*, 2017, pp. 3 e ss.

⁸²⁵ São os seguintes os termos das novas disposições: “11-A. *Fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa*”; “23-A. *Revender bilhetes para eventos aos consumidores se o profissional os tiver adquirido através de meios automatizados para contornar os limites impostos ao número de bilhetes que uma pessoa pode adquirir ou outras regras aplicáveis à aquisição de bilhetes*”; “23-B. *Declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores*”; “23-C. *Apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos*”.

quaisquer outros meios técnicos adotados pelo vendedor principal para garantir que todos têm acesso aos bilhetes (ponto 23-A)⁸²⁶.

Deve, no entanto, referir-se ainda que, embora a aplicação das práticas presentes nas *listas* pareça, à partida, fácil, pode não ser o caso – pode ser necessário proceder a tarefas de interpretação com vista a aferir se a prática em causa é subsumível a determinado ponto da lista, as quais deverão ser realizadas pelo TJ e confirmadas pelo órgão jurisdicional (ou realizadas e confirmadas por este)⁸²⁷. Também neste âmbito a Psicologia poderá ser um importante aliado, quer para o TJ, quer para os órgãos jurisdicionais nacionais.

VII. Conclusão

Do estudo atrás empreendido resulta evidente a (cada vez maior) importância da utilização da Psicologia na proteção do consumidor face aos efeitos das modernas formas de práticas comerciais.

Numa primeira parte, constatámos que, à luz da Psicologia, são diversos os casos em que o processo de decisão do consumidor padece de vulnerabilidades ou fragilidades, os quais afastam definitivamente, e por completo, qualquer ideia de consumidor enquanto ser totalmente racional ou *Homo Economicus*, bem como as teorias económicas que fundamentam esse tipo de construções.

⁸²⁶ Esta prática parece não ser diretamente *desleal*, logo à partida. Todavia, os graves problemas que dela resultam justificam plenamente a sua inclusão na *lista negra*. Para mais desenvolvimentos, cf. BEUC, “*Q&A on resale of tickets*”, 2019, disponível em https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-034_resale_of_tickets_-_questions_and_answers.pdf, acedido em 07/12/2019.

⁸²⁷ P. ex., o TJ considerou que a comercialização de cartões SIM, nos quais se encontravam pré-instalados e previamente ativados serviços de navegação na Internet e de correio de voz, cujos custos eram faturados ao utilizador caso não fossem desativados a pedido expresso deste, sem que o profissional tivesse prévia e adequadamente informado o consumidor de que esses serviços se encontravam pré-instalados e previamente ativados, nem dos custos dos mesmos, constitui um caso de *fornecimento não solicitado*, nos termos e para os efeitos do ponto 29, do Anexo I da DPCD (art.º 12.º, f), do DL 57/2008), “*sem prejuízo das verificações a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio*”. Cf. Ac. do TJ *Wind Tre e Vodafone Italia*, Proc.ºs apensos C-54/17 e C-55/17, par. 56.

Ficou também patente que cada uma dessas vulnerabilidades pode ser, e é efetivamente, explorada por diversos tipos de técnicas e práticas comumente utilizadas pelos profissionais com vista a levar o consumidor a agir no sentido por eles pretendido. Em resultado das evoluções na Psicologia e, em especial, nos meios de recolha e processamento de dados (e nas Neurociências), tudo aponta para que este fenómeno se tenda a agravar no futuro, sendo, aliás, esta a questão que maior preocupação suscita hoje em dia – a de saber o verdadeiro potencial destas técnicas e quais as formas de acautelar os riscos delas resultantes.

Os meios de proteção do consumidor contra os efeitos desse tipo de práticas têm sido tradicionalmente divididos entre meios voluntários e meios legalmente impostos.

Os primeiros resultam essencialmente de estratégias levadas a cabo pelos consumidores, as quais podem melhorar as suas tomadas de decisão, influenciando de modo indireto no comportamento dos profissionais, ou de medidas desenvolvidas pelos profissionais que, visando em primeira linha a promoção dos seus produtos, acabam por beneficiar o consumidor. Todavia, dado padecerem de diversas limitações, acabam por não constituir uma solução totalmente viável, impondo-se a necessidade de medidas legais.

Os segundos correspondem às abordagens do Direito do Consumo que, para nós, melhor podem proteger o consumidor contra os efeitos lesivos das práticas comerciais – são eles o fornecimento de informação ao consumidor, a educação e formação do consumidor, as propostas do *novo paternalismo* e as proibições.

Em face dos inúmeros reparos que têm sido feitos às soluções do Direito do Consumo Europeu, tidas até agora como alheias às reais necessidades do consumidor, optou-se por uma análise crítica das mesmas, procurando identificar os seus principais problemas e aquelas que, à luz da Psicologia, constituem as melhores estratégias para os afastar. Esta abordagem teve igualmente em conta o facto de, um pouco por todo o globo e, em particular, no âmbito europeu, a utilização dos *BI's* no desenvolvimento de regulações legais estar a assumir uma relevância cada vez maior.

O fornecimento de informação parece-nos (e é considerada) uma medida essencial ao processo de decisão do consumidor. Todavia, para ser realmente benéfica e eficaz, carece de melhoramentos no que respeita

à forma e no conteúdo da informação, de modo a torná-la mais apelativa e útil para o consumidor. A Internet e as novas tecnologias assumem aqui um papel chave, o que tem vindo a ser confirmado por diversos estudos no âmbito da UE, muitos deles desenvolvidos com base nos conhecimentos dos *BI's*.

Na sequência destes estudos, foram recentemente tomadas medidas importantíssimas de âmbito europeu em matéria de fornecimento de informação ao consumidor. Destas, merecem particular destaque a criação de uma *plataforma digital única* de âmbito europeu, a qual poderá vir a ser uma ferramenta essencial para o processo de decisão do consumidor e o “*Novo Acordo para os Consumidores*”, que, em matéria de prestação de informação ao consumidor, veio procurar assegurar a *neutralidade* e a *transparência* das *plataformas digitais* em relação aos consumidores. Em face de estarem em linha com o que sustentam os estudos ligados aos *BI's*, estas novas propostas vêm apontar claramente que o panorama está a mudar favoravelmente no que concerne à proteção do consumidor europeu à luz destes conhecimentos. De todo o modo, conforme demonstrámos com base num estudo da OCDE, ainda muito poderá vir a ser feito a nível europeu no que toca ao fornecimento de informação ao consumidor segundo os conhecimentos dos *BI's*, especialmente a nível setorial.

No que respeita à formação e educação do consumidor, no seguimento das conclusões de estudos europeus, também estas devem ter em conta os conhecimentos da Psicologia, no sentido de se perceber as melhores formas de auxiliar o consumidor. Neste campo, as *plataformas digitais públicas*, em particular a *plataforma digital única*, e o apoio de peritos, poderão assumir aqui um importante papel na melhoria do processo de decisão do consumidor.

No que toca ao *novo paternalismo*, procuramos estudar os mais importantes movimentos neste âmbito – o *debiasing through law*, o *paternalismo assimétrico* e o *paternalismo libertário* – e agrupar as soluções que estes setores da doutrina norte-americana ligada à utilização da Psicologia no Direito têm entendido serem aquelas que melhor podem proteger o consumidor face à exploração das suas vulnerabilidades cognitivas – desde o aproveitamento destas vulnerabilidades para auxiliar o consumidor, até soluções mais tradicionais, como o *direito de arrependimento*.

Por fim, as proibições, dado constituírem a forma de regulação mais restritiva dos direitos dos profissionais, devem estar reservadas para as situações mais graves. Em face do interesse crescente do legislador europeu na utilização dos *BT's*, já existem casos de proibições de práticas criadas à luz da Psicologia, como o art.º 22.º da DDC, que sanciona a utilização de *defaults* abusivas.

Todavia, os instrumentos por excelência para a proteção do consumidor face a esse tipo de práticas, dado o caráter plástico do seu regime, deverão ser a DPCD e o DL 57/2008, relativos às *práticas comerciais desleais*. Neste âmbito, os conhecimentos da Psicologia podem assumir particular relevância na densificação dos conceitos indeterminados em que se baseia o regime desses diplomas legais, permitindo a sua melhor adequação à realidade atual e o afastamento de práticas que, à luz desses conhecimentos, revestem um caráter *enganoso* ou *agressivo* suficientemente robustos para justificar a sua proibição. Acreditamos que o recurso à Psicologia pode constituir uma importante mais-valia para o TJ e para os tribunais nacionais na avaliação da *deslealdade* da prática no caso concreto.

Também no que concerne a este regime, o legislador europeu veio recentemente aprovar medidas de reforço dos direitos do consumidor, introduzindo mecanismos de ressarcimento dos consumidores e de acréscimo das sanções aplicadas aos profissionais, em caso de violação destes regimes, no âmbito do Regulamento (UE) 2017/2394 e do “*Novo Acordo para os Consumidores*”. Este último programa, com vista a assegurar a *neutralidade* e a *transparência* das *plataformas digitais*, veio também introduzir alterações à DPCD, no sentido de considerar *desleais* práticas que há muito a Psicologia defendia que deveriam ser proibidas.

Embora ainda seja cedo para celebrarmos os resultados que estas novas medidas irão trazer para a proteção do consumidor, podemos afirmar hoje, com toda a certeza, que a política europeia de proteção do consumidor se encontra no caminho certo. Esperamos que a Nova CE continue a senda da sua antecessora nesta matéria. Insistimos, todavia, na necessidade de encontrar soluções que acautelem os riscos dos *Big Data* e da IA.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005;
- ANDERSON, Eric T., “Effects of \$9 Price Endings on Retail Sales: Evidence from Field Experiments”, *Quantitative Marketing and Economics*, n.º 1, 2003, pp. 93-110 (com DUNCAN I. SIMESTER);
- ARIELY, Dan, “Neuromarketing: the hope and the hype of neuroimaging in business”, *Nature*, vol. 11, 2010, pp. 284-292 (com GREGORY S. BERNS);
- ___, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, Harper Collins, New York, 2008;
- BABCOCK, Linda, “Explaining Bargain Impasse: The Role of Self-Serving Biases”, *Journal of Economic Perspectives*, n.º 11, 1997, pp. 109-126 (com GEORGE LOEWENSTEIN);
- BADDELEY, Alan, “Working Memory”, *Science*, vol. 255, 1992, pp. 556-559;
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “O Regime das Práticas Comerciais Desleais (no Contexto Mais Amplo do Ordenamento Jurídico): o Diálogo com os Regimes Específicos de Protecção dos Consumidores e com o Regime dos Vícios da Vontade”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 67-105;
- BAR-GILL, Oren, “Competition and Consumer Protection: A Behavioral Economics Account”, *NYU Law and Economics Research Paper n.º 11-42*, 2011, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974499;
- ___, “Informing Consumers About Themselves”, *NYU Center for Law & Economics, Research Paper n.º 07-44*, 2007;
- BARGH, John A., “Unconscious Behavioral Guidance Systems”, 2009, disponível em: http://acmelab.yale.edu/sites/default/files/2010_unconscious_behavioral_guidance_systems.pdf (com EZEQUIEL MORSELLA);
- ___, “Losing Consciousness: Automatic Influences on Consumer Judgement, Behavior and Motivation”, *Journal of Consumer Research*, vol. 29, 2002, pp. 280-285;
- ___, “The Unbearable Automaticity of Being”, *American Psychologist*, vol. 54, n.º 7, 1999, pp. 462-479 (com TANYA L. CHARTRAND);
- BASSOT, Étienne, *The Juncker Commission’s Ten Priorities: An end-of-term assessment*, European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2019 (com WOLFGANG HILLER);
- BAUMEISTER, Roy F. – “Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource?”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 74, n.º 5, 1998, pp. 1252-1265 (com ELLEN BRATSLAVSKY, MARK MURAVEN E DIANNE M. TICE);
- VAN BAVEL, René, *Applying Behavioural Sciences to EU-Policy making*, European Commission, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological

- Studies, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013 (com BENEDIKT HERRMANN, GABRIELE ESPOSITO e ANTONIOS PROESTAKIS);
- BECHER, Shmuel I., “Manipulating Fast and Slow: The Law of Non-verbal Market Manipulations”, *Cardozo Law Review*, vol. 38, 2016, pp. 101-148 (com YUVAL FELDMAN);
- BERMAN, Micah L., “Manipulative Marketing and First Amendment”, *Georgetown Law Journal*, vol. 103, 2015, pp. 497-546;
- BERR/OFT, *Guidance on the UK Regulations (May 2008), Implementing the Unfair Commercial Practices Directive*, 2008;
- BEUC, “Data Collection, Targeting and Profiling of Consumers Online”, BEUC discussion paper, 2010, disponível em www.beuc.eu/publications/2010-00101-01-e.pdf;
- ___, “Q&A on resale of tickets”, 2019, disponível em https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-034_resale_of_tickets_-_questions_and_answers.pdf;
- BLAKEMORE, Michael, *Evaluation of Consumer Education, Information and Capacity Building Actions: Final Report*, Ecorys UK, 2011 (com NICOLA SMITH);
- VAN BOOM, Willem H. – “Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, pp. 359-376;
- BROWN, Christina L., “The Skeptical Shopper: A Metacognitive Account for the Effects of Default Options on Choice”, *Journal of Consumer Research*, vol. 31, 2004, pp. 529-539 (com ARADHNA KRISHNA);
- BUBLITZ, Jan Christoph, “Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, *Criminal Law and Philosophy*, n.º 8, 2014, pp. 51-77 (com REINHARD MERKEL);
- CALO, Ryan, “Digital Market Manipulation”, *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, pp. 995-1051;
- CAMERER, Colin, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Assymetrical Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, pp. 1211-1254 (com SAMUEL ISSACHAROFF, GEORGE LOEWENSTEIN, TED O’DONOGHUE e MATTHEW RABIN);
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017;
- ___, “Reflexão em Torno dos Contratos Promocionais com Objecto Plural”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 499-520;
- CATERINA, Raffaele, “Architettura delle scelte e tutela del consumatore”, *Consumatori, Diritti e Mercato*, n.º 2, 2012, pp. 73-80;
- CIALDINI, Robert B., *Influência: A psicologia da persuasão*, 2.ª Edição, Sinais de Fogo, Lisboa, 2015;

- ___, “Basic Social Influence Is Underestimated”, *Psychological Inquiry*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 158-161;
- ___, “Sequential Request Compliance Tactics”, in JOHN S. SEITER e ROBERT H. GASS (Eds.), *Perspectives on Persuasion, Social Influence and Compliance Gaining*, Allyn & Bacon, Boston, 2004, pp. 207-222 (com ROSANNA E. GUADAGNO);
- CORDEIRO, António Menezes, “A boa fé nos finais do século XX”, *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, ano 56, III, dezembro de 1996, pp. 887-912;
- CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of An Economic Approach*, Palgrave Macmillan, New York, 2012;
- DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes*, Temas e Debates, Lisboa, 2014;
- DHAR, Ravi, “Consumer Preference for a No-Choice Option”, *The Journal of Consumer Research*, vol. 24, n.º 2, 1997, pp. 215-231;
- DIJKSTERHUIS, Ap, “The Power of the Subliminal: On Subliminal Persuasion and Other Potential Applications”, in RAN HASSIN, JAMES S. ULEMAN e JOHN A. BARGH, *The New Unconscious*, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 77-105 (com HENK AARTS e PAMELA K. SMITH);
- ___, “The Unconscious Consumer: Effects of Environment on Consumer Behavior”, *Journal of Consumer Psychology*, 2005, pp. 193-202 (com PAMELA K. SMITH, RICK B. VAN BAAREN e DANIËL H. J. WIGBOLDUS);
- EVANS, Jonathan St. B. T., “Dual-processing Accounts of Reasoning, Judgement and Social Cognition”, *Annual Review of Psychology*, vol. 59, 2008, pp. 255-278;
- FAURE, Michael G., “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, pp. 337-358 (com HANNEKE A. LUTH);
- FISCHHOFF, Baruch, “Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgement under uncertainty”, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception & Performance*, vol. 1, n.º 3, 1975, pp. 288-299;
- FLEMMING, Stephen L., “Overcoming status quo bias in the human brain”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 107, n.º 13, 2010, pp. 6005-6009 (com CHARLOTTE L. THOMAS e RAYMOND J. DOLAN);
- FORSYTH, Donelson R., “Self-Serving Bias”, in WILLIAM A. DARITY (Ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 7, 2.ª Edição, MacMillan Reference USA, Detroit, 2008, p. 429;
- FREDERICK, Shane, “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, vol. XL, 2002, pp. 351-401 (com GEORGE LOEWENSTEIN e TED O’DONOGHUE);
- GIGERENZER, Gerd, “Heuristic Decision Making”, *Annual Review of Psychology*, n.º 62, 2011, pp. 451-482 (com WOLFGANG GAISSMAIER);
- ___, “Why Heuristics Work?”, *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n.º 1, 2008, pp. 20-29;

- GOURVILLE, John T., “Pennies-a-day: the effect of temporal re-framing on transaction evaluation”, *Journal of Consumer Research*, 1998, pp. 395-408;
- GREWAL, Dhruv, “The Effects of Price-Comparison Advertising on Buyers’ Perceptions of Acquisition Value, Transaction Value, and Behavioral Intentions”, *Journal of Marketing*, vol. 62, n.º 2, 1998, pp. 46-59 (com KENT B. MONROE e R. KRISHNAN);
- GRISKEVICIUS, Vldas, “Fear and Loving in Las Vegas: Evolution, Emotion, and Persuasion”, *American Marketing Association*, vol. XLVI, 2009, pp. 384-395 (com NOAH J. GOLDSTEIN, CHAD R. MORTENSEN, JILL M. SUNDIE, ROBERT B. CIALDINI e DOUGLAS T. KENRICK);
- GPAN IA, *Orientações éticas PARA UMA IA DE CONFIANÇA*, CE, Bruxelas, 2019, disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>;
- HAMILTON, Ryan, “Low Prices Are Just the Beginning: Price Image in Retail Management”, *Journal of Marketing*, vol. 77, 2013, pp. 1-20 (com ALEXANDER CHERNEV);
- HANSON, Jon D., “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 103-217 (com DOUGLAS A. KYSAR);
- ___, “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of The Problem of Market Manipulation”, *Harvard Law Review*, vol. 112, 1999, pp. 1420-1569. (com DOUGLAS A. KYSAR);
- HELLERINGER, Geneviève, “European Consumer Protection Through the Behavioral Lens”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 23, n.º 3, 2017, pp. 607-646 (com ANNE-LISE SIBONY);
- HILDEBRANDT, Mireille, “The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era”, *The Modern Law Review*, n.º 73 (3), 2010, pp. 428-460 (com BERT JAAP-KOOPS);
- ___, “Legal Protection by Design. Objections and Refutations”, 2011, disponível em https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/43/;
- HOWELLS, Geraint, “Aggressive Commercial Practices”, in GERAIN T. HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 167-194;
- ___, “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, vol. 32, n.º 3, 2005, pp. 349-370;
- INCARDONA, Rosella, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 30, 2007, pp. 21-38 (com CRISTINA PONCIBÒ);
- INZLICHT, Michael, “Beyond limited resources: Self-control as the product of shifting priorities”, in KATHLEEN D. VOHS e ROY F. BAUMEISTER (Eds.), *Handbook of*

- Self-Regulation: Research, Theory and Applications*, Third Edition, Guilford Press, New York, 2016, pp. 165-181 (com BRANDON J. SCHMEICHEL);
- “Why self-control seems (but may not be) limited”, *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 18, n.º 3, 2014, pp. 127-133 (com BRANDON J. SCHMEICHEL e C. NEIL MACRAE);
 - JAVOR, Andrija, “Neuromarketing and Consumer Neuroscience: contributions to neurology”, *BMC Neurology*, 2013, disponível em <http://bmcneurol.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2377-13-13> (com MONIKA KOLLER, NICK LEE, LAURA CHAMBERLAIN e GERHARD RANSMAYR);
 - JOLLS, Christine, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, n.º 50, 1998, pp. 1471-1548 (com CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER);
 - “Debiasing Through Law”, *The Journal of Legal Studies*, vol 35(1), 2006, 199-241 (com CASS R. SUNSTEIN);
 - KAHNEMAN, Daniel, *Pensar, Depressa e Devagar*, Temas e Debates, Maia, 2011;
 - “Escolhas, valores e enquadramentos”, in DANIEL KAHNEMAN, *Pensar Depressa e Devagar*, Temas e Debates, Maia, 2011, pp. 571-590 (com AMOS TVERSKY);
 - “A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rationality”, *American Psychologist*, vol. 58, n.º 9, 2003, pp. 697-720;
 - KARDES, Frank R., *Consumer Behavior*, South Western, Mason, 2011 (com MARIA L. CRONLEY e THOMAS L. KLINE);
 - KLEIN, Cynthia T. F., “Perceived Control and the Optimistic Bias: A Meta-Analytic Review”, *Psychology & Health*, vol. 17, n.º 4, 2002, pp. 437-446 (com MARIE HELWEG-LARSEN);
 - KOROBKIN, Russel B., “Standard Form Contracts, Bounded Rationality, and Unconscionability”, *The University of Chicago Law Review*, n.º 70, 2003, pp. 1203-1295;
 - “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2000, p. 1051-1144 (com THOMAS S. ULEN);
 - KOTLER, Philip, “Atmospherics as a Marketing Tool”, *Journal of Retailing*, vol. 49, n.º 4, 1973-1974, pp. 48-64;
 - LEVIN, Irwin P., “All frames are not created equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 76, n.º 2, 1998, pp. 149-188 (com SANDRA L. SCHNEIDER e GARY J. GAETH);
 - “How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product”, *Journal of Consumer Research*, vol. 15, 1998, pp. 374-378 (com GARY J. GAETH);
 - LEVY, Neil, *Neuroethics*, Cambridge University Press, New York, 2007;
 - LIZ, Jorge Pegado, “Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação”, in *Liber Amicorum Mário Frota, A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 335-353;

- “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, 2005, pp. 17-93;
- LOEWENSTEIN, George, “Emotions in Economic Theory and Economic Behavior”, *American Economic Review*, vol. 90, n.º 2, 2000, pp. 426-432;
- “Out of Control: Visceral Influences on Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 65, n.º 3, 1996, pp. 272-292;
- LOURENÇO, Joana Sousa, *Behavioural Insights Applied to Policy: European Report 2016*, European Commission, Joint Research Centre, 2016 (com EMANUELE CIRIOLO, SARA RAFAEL ALMEIDA, e XAVIER TROUSSARD);
- *Behavioural Insights Applied to Policy: Country Overviews*, European Commission, Joint Research Centre, 2016 (com EMANUELE CIRIOLO, SARA RAFAEL ALMEIDA, e XAVIER TROUSSARD);
- *Behavioural Insights Applied to Policy: PORTUGAL, Country Overview*, European Commission, Joint Research Centre, 2016 (com EMANUELE CIRIOLO, SARA RAFAEL ALMEIDA, e XAVIER TROUSSARD);
- LUTH, Hanneke A., *Behavioural Economics in Consumer Policy*, Tese de Doutoramento, 2010, disponível em <https://repub.eur.nl/pub/19572/Proefschrift-Hanneke-A.-Luth.pdf>;
- MAC CRORIE, Benedita, “O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria”, in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I – Ano de 2012, Responsabilidade e Cidadania, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, disponível em <https://www.direito.uminho.pt/pt/Publicacoes/Paginas/Ebooks.aspx>, pp. 33-45;
- McFADDEN, Daniel, “Economic Choices”, *The American Economic Review*, Vol. I, No. 3, 2001, pp. 351-378;
- MICKLITZ, Hans-W., “The General Clause on Unfair Practices”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 83-122;
- MILLER, George A., “The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information”, *Psychological Review*, vol. 101, n.º 2, 1955, pp. 343-352;
- MILLIMAN, Ronald E., “Using Background Music to Affect the Behavior of Supermarket Shoppers”, *Journal of Marketing*, vol. 46, n.º 3, 1982, pp. 86-91;
- MONGIN, Philippe, “Expected Utility Theory”, in JOHN B. DAVIS, D. WADE HANDS e USKALI MAKI (Eds.), *The Handbook of Economic Methodology*, Edward Elgar, Cheltenham, 1998, pp. 171-179;

- MULLAINATHAN, Sendil, “Behavioral Economics”, National Bureau of Economic Research, Working Paper 7948, 2000, pp. 1-13 (com RICHARD H. THALER);
- NARDO, Michela, *The Consumer Empowerment Index*, Joint Research Centre Scientific and Technical Reports, European Commission, 2011 (com MASSIMO LOI, ROSSANA ROSATI e ANNA MANCA);
- NICKERSON, Raymond S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, *Review of General Psychology*, vol. 2, n.º 2, 1998, pp. 175-220;
- NORTH, Adrian C., “The Effect of Musical Style on Restaurant Customers’ Spending”, *Environment and Behaviour*, vol. 35, n.º 5, 2003, pp. 712-718 (com AMBER SHILCOCK e DAVID J. HARGREAVES);
- “In-store music affects product choice”, *Nature*, vol. 390, 1997, p. 132 (com DAVID J. HARGREAVES e JENNIFER MCKENDRICK);
- OULLIER, Olivier, “Clear up this fuzzy thinking on brain scams”, *Nature*, vol. 483, 2012, p. 7;
- PACKARD, Vance, *The Hidden Persuaders*, IG Publishing, Brooklyn, New York, 1957, 1980;
- PASSINHAS, Sandra, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 107-211;
- PENN, Alan, “The complexity of the elementary interface: shopping space”, 2005, disponível em <http://spacesyntax.tudelft.nl/longpapers1.html>;
- PEPPE, Scott, “Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumer Contracts”, *University of California at Los Angeles Law Review*, n.º 59, 2012, pp. 676-745;
- PLOSSMAN, Hilke, “Branding the brain: A critical review and outlook”, *Journal of Consumer Psychology*, n.º 2, 2012, pp. 18-36 (com THOMAS ZOËGA RAMSØY e MILICA MILOSAVLJEVIC);
- POCHEPTSOVA, Anastasiya, “Deciding Without Resources: Psychological Depletion and Choice in Context”, 2007, disponível em ssrn.com (com ON AMIR, RAVI DHAR e ROY F. BAUMEISTER);
- POMAR, Fernando Gómez, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *Indret*, n.º 1, 2006, pp. 1-30;
- PURNHAGEN, Kai, “Can Bonus Packs Misdlead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ’s *Mars* Judgement and its Potential Impact on EU Marketing Regulation”, Wageningen Working Papers Series in Law and Governance, 2014 (com ERICA VAN HERPEN);
- PUSCHMANN, Cornelius, “Staking out the unclear ethical terrain of online social experiments”, *Internet Policy Review*, vol. 3, n.º 4, 2014, pp. 1-15 (com ENGIN BOZDAG);

- RITOV, Ilana, “Protected Values and Omission Bias”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 79, n.º 2, 1999, pp. 79-94 (com JONATHAN BARON);
- RODRIGUES, Hélio Tiago Rigor, *A Cláusula Geral das práticas comerciais desleais face aos consumidores*, Wolters Kluwer Portugal, 2008;
- ROESE, Neal J., “Hindsight Bias”, *Perspectives on Psychological Science*, n.º 7 (5), 2012, pp. 411-426 (com KATHLEEN D. VOHS);
- SAMUELSON, William, “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, n.º 1, 1988, pp. 7-59 (com RICHARD ZECKHAUSER);
- SCHWARTZ, Alan, “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 630-682 (com LOUIS L. WILDE);
- SIBONY, Anne-Lise, “EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?” in ALBERTO ALEMANNINO e ANNE-LISE SIBONY (Eds.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Pub., Oxford, 2015, pp. 209-233 (com GENEVIÈVE HELLERINGER);
- ___, “Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive”, *European Review of Private Law*, vol. 22, n.º 6, 2014, pp. 901-942;
- SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2006, (reimpressão da edição de setembro de 2003);
- SIMON, Herbert A., “Rational Choice and the Structure of the Environment”, *Psychological Review*, vol. 63, 1956, pp. 129-138;
- ___, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1, 1955, pp. 99-118;
- SIMONSON, Itamar, “Choice Based on Reasons”, *Journal of Consumer Research*, vol. 16, 1989, pp. 158-173;
- SLOMAN, Dilip, “The Psychology of Intertemporal Discounting: Why Are Distant Events Valued Differently from Proximal Ones?”, *Marketing Letters*, n.º 16 (3/4), 2005, pp. 347-360 (com GEORGE AINSLIE, SHANE FREDERICK, XIUPING LI, JOHN LYNCH, PAGE MOREAU, ANDREW MITCHELL, DANIEL READ, ALAN SAWYER, YAACOV TROPE, KLAUS WERTENBROCH, GAL ZAUBERMAN);
- SOLOMON, Michael R., *Consumer Behavior: Buying, Having, and Being, Global Edition*, 11.ª Edição, Pearson, Harlow, 2015;
- STANOVITCH, Keith E., “On the Relative Independence of Thinking Biases and Cognitive Ability”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 94, n.º 4, 2008, pp. 672-695 (com RICHARD WEST);
- SUNSTEIN, Cass R., “The Ethics of Nudging”, in ALBERTO ALEMANNINO e ANNE-LISE SIBONNY (Eds.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Pub., Oxford, 2015, pp. v-xviii;

- ___, “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, pp. 1-57;
- THALER, Richard, *Nudge*, Academia do Livro, Alfragide, 2008 (com CASS R. SUNSTEIN);
- ___, “Mental Accounting and Consumer Choice”, *Marketing Science*, vol. 27, n.º 1, 2008, pp. 15-25;
- ___, “Mental Accounting Matters”, *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 12, n.º 3, 1999, pp. 183-206;
- ___, “Gambling with the House Money and Trying to Break Even”, *Management Science*, vol. 36, n.º 6, 1990, pp. 643-660 (com ERIC J. JOHNSON);
- “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, n.º 1, 1980, pp. 39-60;
- TOR, Avishalom, “Some Challenges Facing a Behaviorally-Informed Approach to the Directive on Unfair Commercial Practices”, in TIHAMÉR TÓTH, *Unfair Commercial Practices – The Long Road to Harmonized Law Enforcement*, Pázmány Press, Budapeste, 2014, pp. 9-19;
- TRZASKOWSKI, Jan, “Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet”, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 65 (‘50 Years of Law and IT’), 2018, pp. 81-100, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3324103;
- ___, “Lawful Distortion of Consumers’ Economic Behaviour – Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive”, *European Business Law Review*, vol. 27, n.º 1, 2016, pp. 25-49;
- ___, “The Unfair Commercial Practices Directive and Vulnerable Consumers”, Texto apresentado na 14.º Conferência da Associação Internacional de Direito do Consumo 2013, 2013, disponível em www.legalriskmanagement.com/PUBLICATIONS/2013_IACL.pdf;
- ___, “User-generated marketing – legal implications when word-of-mouth goes viral”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 19, n.º 4, 2011, pp. 348-380;
- TSCHERNER, Eva Maria, “Can behavioral research advance mandatory law, information duties, standard terms and withdrawal rights?”, *Austrian Law Journal*, n.º 1, 2014, pp. 144-155;
- TUFEKCI, Zeynep, “Engineering the Public: Big Data, Surveillance and Computacional Politics”, *First Monday*, vol. 19, n.º 7, 2014, disponível em <http://firstmonday.org/article/view/4901/4097>;
- TURLEY, L. W., “Atmospheric Effects on Shopping Behavior: A Review of The Experimental Evidence”, *Journal of Business Research*, n.º 49, 2000, pp. 193-211 (com RONALD E. MILLIMAN);

- TVERSKY, Amos, “Context Dependent Effects”, *Management Science*, vol. 39, n.º 10, 1993, pp. 1179-1189 (com ITAMAR SIMONSON);
- ___, “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, *Science*, New Series, vol. 211, no. 4481, 1981, pp. 453-458 (com DANIEL KAHNEMAN);
- ___, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, n.º 47, 1979, pp. 263-291 (com DANIEL KAHNEMAN);
- ___, “Judgement under uncertainty: Heuristics and biases”, *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157, 1974, pp. 1124-1131 (com DANIEL KAHNEMAN);
- TWIGG-FLESNER, Christian, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – A Report for the Department of Trade and Industry*, 2005 (com DEBORAH PARRY, GERAINT HOWELLS, ANNETTE NORDHAUSEN, HANS-W. MICKLITZ, JULES STUYCK e THOMAS WILHELMSSON);
- ULMAN, Yesim Isil, “Ethical Issues in Neuromarketing: “I Consume, Therefore I Am!””, *Science and Engineering Ethics*, vol. 21, n.º 5, 2015, pp. 1271-1284 (com TUNA CAKAR e GOKCEN YILDIZ);
- VAN LOO, Rory, “The Rise of the Digital Regulator”, *Duke Law Journal*, vol. 66, 2017, pp. 1266-1329;
- ___, “Helping Buyers Beware: The Need for Supervision of Big Retail”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, 2015, pp. 1311-1392;
- VOHS, Kathleen, “Spent Resources: Self-Regulatory Availability Affects Impulsive Buying”, *Journal of Consumer Research*, vol. 33, 2007, pp. 537-547 (com RONALD J. FABER);
- WANSINK, Brian, “Slim By Design: Menu Strategies for Promoting High-Margin, Healthy Foods”, *International Journal of Hospitality Management*, n.º 42, 2014, pp. 137-143 (com KATIE LOVE);
- ___, “An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions”, *Journal of Marketing Research*, vol. XXXV, 1998, pp. 71-81 (com ROBERT J. KENT e STEPHEN J. HOCH);
- WILHELMSSON, Thomas, “Scope of the Directive”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 49-81;
- ___, “Misleading Practices”, in GERAINT HOWELLS, HANS-W. MICKLITZ e THOMAS WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 123-165;
- WILSON, Timothy D., *Strangers to Ourselves: Discovering the Adaptive Unconscious*, Belknap Harvard, Cambridge, 2002;
- XU, Alison Jing, “The Effect of Mind-sets on Consumer Decision Strategies”, *Journal of Consumer Research*, vol. 34, 2007, pp. 556-566 (com ROBERT S. WYER JR.);
- YEE, Tina, *The Etrige Influence on Undue Influence: Attempts at Fusion with Duress and Unconscionability*, School of Law, University of Canterbury, 2008 (policopiado).

Textos da UE

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, Brussels, 2019, COM(2019) 168 final;

European Commission, Fact Sheet, “A European approach on Artificial Intelligence”, Brussels, 25 April 2018, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_3363;

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, *Um Novo Acordo para os Consumidores*, Bruxelas, 2018, COM(2018) 183 final;

European Commission, Commission Staff Working Document, *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’); Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers’ interests; Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising*, Brussels, 2017, SWD(2017) 209 final;

European Commission, Commission Staff Working Document, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 2017, COM(2017) 350 final;

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, Bruxelas, 2016, COM(2016) 288 final;

Comissão Europeia, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, *Orientações sobre a execução/aplicação da Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais*, que acompanha o documento Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma abordagem abrangente dos incentivos para cidadãos e empresas ao comércio eletrónico transfronteiriço na Europa*, Bruxelas, 2016, SWD(2016) 163 final;

- Comissão Europeia, Direção-Geral da Comunicação, *Compreender as políticas da União Europeia: Dez prioridades para a Europa*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015;
- European Commission, Commission Staff Working Document, *On Knowledge-Enhancing Aspects of Consumer Empowerment 2012-2014*, Brussels, 2012, SWD (2012) 235 final;
- European Commission, Special Eurobarometer 342, *Consumer Empowerment*, Report, Conducted by TNS Opinion & Social on request of Eurostat and the Directorate-General for Health and Consumers, Bruxelas, 2011;
- European Commission, Commission Staff Working Document, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, Brussels, 2009, SEC(2009), 1666 final;
- Comissão das Comunidades Europeias, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, e 98/27/CE (Directiva relativa às práticas comerciais desleais) (apresentada pela Comissão)*, Bruxelas, 2003, COM (2003) 356 final;
- Comissão das Comunidades Europeias, *Livro Verde sobre a defesa do consumidor na Europa (apresentado pela Comissão)*, Bruxelas, 2001, COM(2001) 531 final;
- Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, 2012, (2011/2272(INI));
- Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2011, sobre uma nova estratégia em matéria de política dos consumidores (2011/2149(INI)).

Textos da OCDE

- OECD, *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*, OECD Publishing, Paris, 2017;
- OECD, Directorate For Science, Technology and Innovation, Committee on Consumer Policy, *Use of Behavioural Insights in Consumer Policy*, 2017, DSTI/CP(2016)3/FINAL;
- OECD, *Protecting Consumers through Behavioural Insights – Regulating the Communications Market in Colombia*, OECD Publishing, Paris, 2016;

Jurisprudência

Tribunal de Justiça

- Acórdão, de 16 de maio de 1989, Processo 382/87 (Coletânea da Jurisprudência 1989, página 01235), Acórdão *Buet*;

Acórdão, de 6 de julho de 1995, Processo C-470/93 (Coletânea da Jurisprudência 1995, página I-01923), Acórdão *Mars*;

Acórdão, de 16 de julho 1998, Processo C-210/96 (Coletânea da Jurisprudência 1998, p. I-04657), Acórdão *Gut Springenheide*;

Acórdão, de 22 de junho de 1999, Processo C-342/97 (Coletânea da Jurisprudência 1999, p. I-03819) Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer*;

Acórdão, de 13 de janeiro de 2000, Processo C-220/98 (Coletânea da Jurisprudência 2000, p. I-00117), Acórdão *Estée Lauder*;

Acórdão, de 20 de setembro de 2001, Processo C-383/99 (Coletânea da Jurisprudência 2001, p. I-06251), Acórdão *Procter and Gamble vs OHIM*;

Acórdão, de 23 de abril de 2009, Processos apensos C-261/07 e C-299/07 (Coletânea da Jurisprudência 2009, p. I-02949), Acórdão *VTB-VAB e Galatea*;

Acórdão, de 12 de maio de 2011, Processo C-122/10 (Coletânea da Jurisprudência 2011, p. I-03903), Acórdão *Ving Sverige*;

Acórdão, de 18 de outubro de 2012, Processo C-428/11 (Coletânea numérica – Coletânea geral), Ac. *Purely Creative E O.*;

Acórdão, de 18 de julho de 2013, Processo C-265/12 (Coletânea digital – Coletânea de Jurisprudência – Geral), Ac. *Citroën Belux*;

Acórdão, de 19 de setembro de 2013, Processo C-435/11 (Coletânea numérica – Coletânea Geral), Acórdão *CHS Tour Services*;

Acórdão, de 17 de outubro de 2013, Processo C-391/12 (Coletânea numérica – Coletânea geral), Acórdão *RLvS*;

Acórdão, de 19 de dezembro de 2013, Processo C-281/12 (Coletânea numérica – Coletânea geral), Acórdão *Trento Sviluppo e Centrale Adriatica*;

Acórdão, de 16 de abril de 2015, Processo C-388/13 (Coletânea numérica – Coletânea geral), Acórdão *UPC Magyarország Kft*;

Acórdão, de 7 de setembro de 2016, Processo C-310/15 (Coletânea digital, Coletânea de Jurisprudência – Geral), Acórdão *Vincent Deroo-Blanquart*;

Acórdão, de 26 de outubro de 2016, Processo C-611/14 (Coletânea digital, Coletânea de Jurisprudência – Geral), Acórdão *Canal Digital Danmark*;

Acórdão, de 8 de fevereiro de 2017, Processo C-562/15 (Coletânea numérica – Coletânea Função Pública – parte Tribunal da Função Publica), Acórdão *Carrefour Hypermarkets*;

Acórdão, de 13 de setembro de 2018, Processos apensos C-54/17 e C-55/17 (Coletânea numérica – Coletânea geral), Acórdão *Wind Tre e Vodafone Italia*;

Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

Acórdão, de 5 de maio de 2009, Processo T-449/07 (Coletânea da Jurisprudência, p. II-01071), Acórdão *Rotter/IHMI*;

Acórdão, de 12 de setembro de 2007, Processo T-363/04 (Coletânea da Jurisprudência, p. II-03355), Acórdão *Koipe Corp. v OHIM*;

Tribunal Geral da União Europeia

Acórdão, de 6 de outubro de 2011, Processo T-508/08 (Coletânea da Jurisprudência 2011, p. II-06975), Acórdão *Bang & Olufsen A/S*.

Índice Desenvolvido

| | |
|--|----|
| NOTA INTRODUTÓRIA | |
| O NOVA CONSUMER LAB E O DIREITO DO CONSUMO EM 2019 | 5 |
| ÍNDICE | 11 |

I – ARTIGOS

| | |
|--|----|
| NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO, MERCADO DE CONSUMO DIGITAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR | |
| <i>Bruno Miragem</i> | 15 |
| 1. Introdução | 16 |
| 2. Os novos modelos de oferta e contratação | 21 |
| 2.1. O comércio eletrônico | 21 |
| 2.2. O fornecimento por plataforma digital | 23 |
| 2.3. Contratos inteligentes (Smart contracts) | 30 |
| 3. Os novos produtos e serviços | 34 |
| 3.1. Bens digitais | 35 |
| 3.2. Internet das coisas | 38 |
| 3.3. Inteligência artificial | 43 |
| 4. Repercussão do novo paradigma tecnológico sobre os direitos do consumidor | 50 |
| 4.1. Aproximação das categorias de produto e serviço | 51 |
| 4.2. Novos riscos tecnológicos e os regimes de responsabilidade do fornecedor | 56 |
| 4.3. Novos métodos de solução de conflitos (Resolução de disputas online) | 59 |
| 5. Considerações finais | 64 |

LA ELABORACIÓN DE PERFILES POLÍTICOS EN ESPAÑA
 TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22
 DE MAYO DE 2019 POR LA QUE SE DECLARA INCONSTITUCIONAL
 EL ART. 58 BIS.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN
 ELECTORAL GENERAL

José Antonio Castillo Parrilla

67

FUNDAMENTOS CONCEPTUAIS NA DOUTRINA
 DO DIREITO DO CONSUMO E DAS CIÊNCIAS COMPORTAMENTAIS

Fabrizio Esposito

81

- | | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 81 |
| 2. Contributos europeus para o vocabulário comportamental básico: um relato crítico | 86 |
| 2.1. O que é um Nudge? Uma Proposta | 86 |
| 2.2. Variedades de Nudges | 89 |
| 2.3. A Questão da Rotulagem: Direito e Ciências Comportamentais, Emoções, Heurística e Nudges | 92 |
| 2.4. Distinguir Dois Tipos de Falhas Comportamentais do Mercado – Se é Que Elas Existem de Todo | 94 |
| 3. Autonomia, bem-estar, externalidades, mas também valores legais: sobre os fundamentos normativos da análise comportamental | 99 |
| 3.1. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Observações Preliminares | 100 |
| 3.2. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Há tanta diferença? | 102 |
| 3.3. Estruturas Baseadas na Autonomia e no Bem-Estar: Insights da Legislação da UE a Favor de Noções Mais Amplas | 104 |
| 4. Uma visão geral do conjunto de ferramentas comportamentais | 107 |
| 4.1. Seja Esperto: Sobre o Uso de Regras Default e Outros Nudges | 107 |
| 4.2. O Potencial do Direito e das Ciências Comportamentais Ilustrado pelo Direito de Retratação | 109 |
| 4.3. Controle de Atributos: Informação e Mais Além | 112 |
| 5. Conceitos jurídicos porosos e a incorporação de perspetivas comportamentais no direito do consumo da UE | 115 |

| | |
|---|-----|
| 5.1. Sobre a Porosidade Comportamental das Imagens e Inferioridade dos Consumidores no Direito da UE | 118 |
| 5.2. Heterogeneidade dos Consumidores, Incerteza Científica e as Orientações Dadas Pelo TJUE | 124 |
| 6. Balanço: sugestões para a investigação em matéria de direito europeu do consumo e ciências comportamentais | 126 |

DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO
EM CONTRATOS DE CONSUMO – BREVE REFLEXÃO

| | |
|--|-----|
| <i>Madalena Narciso</i> | 129 |
| 1. Introdução | 129 |
| 2. Dados como contraprestação: impossibilidade conceptual ou impossibilidade jurídica? | 133 |
| 2.1. Limitações impostas pelo Direito da proteção de dados | 133 |
| 2.1.1. Direito à proteção de dados como direito de personalidade | 134 |
| 2.1.2. Consequências contratuais de dados como contraprestação | 135 |
| 2.2. A opinião 4/2017 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados | 137 |
| 2.2.1. Dados como contraprestação – um conceito heterogéneo | 138 |
| 2.2.2. A não-equiparação de dados pessoais a uma prestação monetária (preço) | 139 |
| 3. O regime geral de dados como contraprestação na Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais | 142 |
| 3.1. A Proposta de Diretiva | 142 |
| 3.2. A versão final | 143 |
| 3.3. Contradições entre a Diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados? | 145 |
| 4. Conclusão | 147 |

II – TESES

| | |
|---|-----|
| OS SISTEMAS DE AVALIAÇÕES ONLINE: PROTEÇÃO | |
| DO CONSUMIDOR NOS MERCADOS DE COMÉRCIO ELETRÓNICO | |
| <i>Eduardo Manuel de Melo Freitas</i> | 151 |
| 1. Considerações iniciais | 155 |
| 2. O regime das práticas comerciais desleais e as alterações introduzidas pelo New Deal for Consumers | 156 |
| 2.1. Estrutura do regime das práticas comerciais desleais | 160 |
| 2.2. Cláusula geral | 162 |
| 2.2.1. Diligência profissional | 163 |
| 2.2.2. Distorção substancial do comportamento do consumidor | 165 |
| 2.2.3. Conceito de consumidor médio | 166 |
| 2.3. Práticas enganosas e práticas agressivas | 167 |
| 2.3.1. Práticas comerciais enganosas | 168 |
| 2.3.1.1. Ações enganosas | 168 |
| 2.3.1.2. Omissões enganosas | 170 |
| 2.3.2. Práticas comerciais agressivas | 173 |
| 2.3.2.1. Assédio | 173 |
| 2.3.2.2. Coação | 173 |
| 2.3.2.3. Influência indevida | 174 |
| 2.4. Listas negras | 175 |
| 2.4.1. Ações consideradas enganosas em qualquer circunstância | 175 |
| 2.4.1.1. Falsas declarações quanto à certificação e qualidade dos produtos | 175 |
| 2.4.1.2. Oferta aparente ou oculta de bens ou serviços | 176 |
| 2.4.1.3. Criação de uma situação de pressão sobre o consumidor | 177 |
| 2.4.1.4. Aproveitamento do medo e da superstição do consumidor | 178 |
| 2.4.1.5. Falsas declarações no âmbito de concursos e promoções | 178 |
| 2.4.1.6. Falsas declarações acerca do serviço de assistência pós-venda | 179 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 2.4.1.7. | Transmissão de falsas informações sobre a lei aplicável | 180 |
| 2.4.1.8. | Práticas comerciais relativas aos sistemas de avaliações online introduzidas pela nova Diretiva | 180 |
| 2.4.2. | Práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância | 184 |
| 2.4.2.1. | Retenção do consumidor no estabelecimento | 184 |
| 2.4.2.2. | Visitas e contactos insistentes | 185 |
| 2.4.2.3. | Dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos ao abrigo de uma apólice de seguro | 185 |
| 2.4.2.4. | Exortação direta às crianças para que estas ou outros adultos adquiram bens ou serviços | 185 |
| 2.4.2.5. | Exigência do pagamento, devolução ou guarda de bens ou serviços não solicitados | 186 |
| 2.4.2.6. | Informar o consumidor que a sua recusa em contratar coloca em causa o emprego ou a subsistência do profissional | 186 |
| 2.4.2.7. | Transmitir a falsa impressão de que o consumidor já ganhou ou vai ganhar um prémio ou vantagem inexistente ou gerador de custos | 186 |
| 2.5. | Meios de reação | 187 |
| 2.5.1. | Contraordenação | 187 |
| 2.5.2. | Invalidez dos contratos | 190 |
| 2.5.3. | Responsabilidade civil | 191 |
| 2.5.4. | Direito de ação inibitória | 194 |
| 2.5.5. | Medidas cautelares | 195 |
| 3. | Os Sistemas de avaliações online | 195 |
| 3.1. | Paradigma da informação | 196 |
| 3.1.1. | Novos deveres de informação | 200 |
| 3.2. | Conceito de avaliações online | 202 |
| 3.2.1. | Avaliações não fidedignas | 206 |
| 3.2.1.1. | Ausência de avaliações | 208 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 3.2.1.2. | Avaliações tendenciosas | 210 |
| 3.2.1.3. | Avaliações falsas | 212 |
| 3.3. | Arquitetura dos sistemas de avaliações online | 214 |
| 3.3.1. | Submissão das avaliações | 214 |
| 3.3.1.1. | Submissão anónima de avaliações | 216 |
| 3.3.1.2. | Submissão recíproca de avaliações | 217 |
| 3.3.1.3. | Avaliações pagas | 218 |
| 3.3.2. | Processamento das avaliações | 219 |
| 3.3.3. | Publicação das avaliações | 223 |
| 3.3.4. | Consolidação das avaliações | 224 |
| 3.3.5. | Direito de resposta | 227 |
| 3.4. | Requisitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais aos sistemas de avaliações online | 227 |
| 3.4.1. | Conceito de profissional | 228 |
| 3.4.2. | Conceito de consumidor | 229 |
| 3.4.3. | Estabelecimento de uma relação comercial | 230 |
| 3.4.3.1. | Relação comercial entre o vendedor ou fornecedor e o consumidor | 231 |
| 3.4.3.2. | Relação comercial entre a plataforma de avaliações online e o consumidor | 233 |
| 3.4.4. | Subsunção da prática comercial a uma norma do regime | 234 |
| 3.5. | Situações a título de exemplo | 234 |
| 3.5.1. | Exemplo A | 235 |
| 3.5.2. | Exemplo B | 236 |
| 3.5.3. | Exemplo C | 238 |
| 3.5.4. | Exemplo D | 240 |
| 4. | Considerações finais | 242 |
| | Bibliografia | 243 |

O CONDOMÍNIO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO:

UM TESTE À ELASTICIDADE DO CONCEITO DE CONSUMIDOR

| | |
|---|-----|
| <i>José Filipe Ferreira</i> | 251 |
| 1. Introdução | 255 |
| 2. Origem, regime e natureza jurídica da propriedade horizontal | 256 |
| 2.1. Génese da propriedade horizontal | 256 |

| | |
|---|-----|
| 2.2. Regime e natureza jurídica da propriedade horizontal | 258 |
| 2.3. Noção de propriedade horizontal e de condomínio | 263 |
| 2.4. Objeto da propriedade horizontal | 267 |
| 2.5. Caráter das Partes Comuns | 272 |
| 2.6. Órgãos de administração das partes comuns | 274 |
| 2.7. Condomínio em juízo | 276 |
| 3. Génese e Fundamentos do Direito do Consumo | 282 |
| 4. Conceito de Consumidor | 286 |
| 4.1. Introdução | 286 |
| 4.2. Âmbito objetivo do estudo e do DL n.º 67/2003 | 290 |
| 4.3. Elemento Subjetivo | 294 |
| 4.3.1. Generalidades | 294 |
| 4.3.2. Particularidades na propriedade horizontal | 299 |
| 4.4. Elemento Teleológico | 303 |
| 4.4.1. Generalidades | 303 |
| 4.4.2. Particularidades na propriedade horizontal | 309 |
| 4.5. Tomada de posição quanto ao condomínio-consumidor | 312 |
| 5. Conclusão | 322 |
| Bibliografia | 324 |

PSICOLOGIA E DIREITO DO CONSUMO: A PROTEÇÃO
DO CONSUMIDOR FACE AOS EFEITOS DAS MODERNAS
PRÁTICAS COMERCIAIS

| | |
|---|-----|
| <i>Miguel Vieira Ramos</i> | 335 |
| I. Introdução | 340 |
| II. Considerações Gerais – a <i>Market Manipulation</i> | 340 |
| III. <i>Racionalidade Limitada</i> | 342 |
| 1. Considerações Introdutórias – <i>A Sobrecarga de Informação</i> | 342 |
| 2. Atenção seletiva – voluntária e involuntária: o conceito de <i>saliência</i> | 343 |
| 3. <i>Heurísticas</i> | 347 |
| 3.1. <i>Heuristics and biases</i> – <i>Disponibilidade, Representatividade, Ancoragem e Ajustamento</i> | 348 |
| 3.2. Robert B. Cialdini e as “ <i>armas de influência</i> ” | 351 |
| 4. <i>Enviesamentos</i> | 361 |
| 5. <i>Teoria da Prospeção</i> | 364 |
| 5.1. Teorias e <i>enviesamentos</i> baseados na <i>Teoria da Prospeção</i> | 365 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 5.1.1. | <i>Contabilidade mental e Utilidades de Aquisição e Transação</i> | 365 |
| 5.1.2. | <i>O enviesamento status quo</i> | 369 |
| 5.1.3. | <i>Efeito de dotação</i> | 371 |
| 5.1.4. | <i>Efeito de enquadramento</i> | 372 |
| 5.1.5. | <i>Efeitos contextuais (efeito de atração e efeito de compromisso)</i> | 377 |
| 6. | <i>Processos mentais inconscientes – o efeito de impulsão</i> | 379 |
| 7. | <i>Fatores viscerais</i> | 384 |
| IV. | <i>Força de vontade limitada (o depauperamento do ego)</i> | 386 |
| V. | <i>Condicionantes</i> | 387 |
| 1. | <i>Diferenças individuais e fatores situacionais</i> | 387 |
| 2. | <i>Novas tecnologias</i> | 388 |
| 2.1. | <i>Digital Market Manipulation</i> | 388 |
| 2.2. | <i>Consumer Neuroscience e Neuromarketing</i> | 393 |
| VI. | <i>Mecanismos de proteção do consumidor</i> | 394 |
| 1. | <i>Considerações Gerais</i> | 394 |
| 2. | <i>Soluções voluntárias – Mecanismos resultantes dos mercados</i> | 398 |
| 3. | <i>Soluções legais</i> | 402 |
| 3.1. | <i>Fornecimento de informação ao consumidor</i> | 402 |
| 3.1.1. | <i>Panorama Geral</i> | 402 |
| 3.1.2. | <i>Propostas de solução</i> | 406 |
| 3.1.3. | <i>Novas soluções em matéria de prestação de informação ao consumidor no âmbito da UE</i> | 410 |
| 3.1.3.1. | <i>O Regulamento (UE) 2018/1724 e a Plataforma Digital Única</i> | 411 |
| 3.1.3.2. | <i>“Um Novo Acordo para os Consumidores” – medidas ligadas à prestação de informação</i> | 413 |
| 3.1.4. | <i>Aplicação prática do fornecimento de informação ao consumidor à luz dos BI’s</i> | 418 |
| 3.2. | <i>Educação e formação do consumidor</i> | 421 |
| 3.3. | <i>Novo paternalismo</i> | 424 |
| 3.3.1. | <i>Debiasing Through Law</i> | 425 |
| 3.3.2. | <i>Paternalismo assimétrico</i> | 426 |
| 3.3.3. | <i>Paternalismo libertário</i> | 427 |
| 3.4. | <i>Proibições</i> | 429 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.1. Considerações Gerais | 429 |
| 3.4.2. <i>Práticas Comerciais Desleais</i> | 431 |
| 3.4.2.1. Cláusula geral | 435 |
| 3.4.2.1.1. Conceito de <i>Diligência profissional</i> | 436 |
| 3.4.2.1.2. <i>Distorção substancial</i> do comportamento económico dos consumidores | 438 |
| 3.4.2.1.3. <i>Consumidor médio</i> | 442 |
| 3.4.2.1.4. <i>Consumidores particularmente vulneráveis</i> | 446 |
| 3.4.2.2. <i>Práticas comerciais enganosas e agressivas</i> | 450 |
| 3.4.2.2.1. <i>Práticas comerciais enganosas – ações enganosas e omissões enganosas</i> | 451 |
| 3.4.2.2.1.1. <i>Ações enganosas</i> | 451 |
| 3.4.2.2.1.2. <i>Omissões enganosas</i> | 454 |
| 3.4.2.2.2. <i>Práticas comerciais agressivas</i> | 456 |
| 3.4.2.3. <i>Lista(s) negra(s) de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias</i> | 460 |
| VII. Conclusão | 463 |
| Bibliografia | 467 |

U2 FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

FCT
Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

CEDIS
CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

