Universidades Lusíada

Almeida, Alberto Francisco Ribeiro de, 1967-

Contratação mercantil : alguns conteúdos

http://hdl.handle.net/11067/5459
https://doi.org/10.34628/xrrg-k115

Metadados

Data de Publicação 2018

Resumo A presente obra pretende dar início a um conjunto de trabalhos de investigação sobre a contratação mercantil nos nossos dias. A contratação mercantil (na fase pré-contratual, na fase da formação, no seu conteúdo, nos seus efeitos, e na sua transmissão, modificação e extinção) tem-se afastado dos modelos clássicos, tendo-se gerado, igualmente, novos tipos contratuais (socialmente tipificados). Por outro lado, cruzam-se diversos sectores do direito (da propriedade intelectual ao direito da concorr...

Editor Universidade Lusíada

Palavras Chave Contratos (Direito internacional público), Contratos, Direito comercial

Tipo book

Revisão de Pares Não

Coleções [ILID-CEJEIA] Livros

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T20:25:44Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

Alberto Ribeiro de Almeida
Coordenação

CONTRATAÇÃO MERCANTIL
ALGUNS CONTEÚDOS

01100011 01101111 01101110 011

Universidade Lusíada Editora
Lisboa • 2018

Alberto Ribeiro de Almeida

Coordenação

CONTRATAÇÃO MERCANTIL: ALGUNS CONTEÚDOS

Universidade Lusíada Editora
Lisboa • 2018

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação
CONTRATAÇÃO MERCANTIL
Contratação mercantil : alguns conteúdos / coord. Alberto Ribeiro de Almeida
ISBN 978-989-640-218-1

I – ALMEIDA, Alberto Ribeiro de, 1967-

CDU 347

Ficha Técnica

Coordenação	Alberto Ribeiro de Almeida
Título	Contratação mercantil: alguns conteúdos
Edição	1.ª
ISBN	978-989-640-218-1
Local	Lisboa
Ano	2018
Editora e Distribuidora	Universidade Lusíada Editora Rua da Junqueira, 188-198 1349-001 Lisboa Tel.: +351 213 611 560 Fax: +351 213 638 307 URL: http://editora.lis.ulusiada.pt E-mail: editora@lis.ulusiada.pt
Capa	Mário Moreira
Tiragem	100

Solicita-se permuta – On prie l'échange – Exchange wanted – Pídese canje – Sollicitiamo scambio – Wir bitten um Austausch
Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa
Rua da Junqueira, 188-198 – 1349-001 Lisboa
Telefone: +351 213 611 560 / Fax: +351 213 638 307
E-mail: mediateca@lis.ulusiada.pt

© 2018, Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Editora.

O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Universidade Lusíada Editora.

CEJEA
Centro de Estudos Jurídicos Económicos e Ambientais

FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

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/04053/2016».

SUMÁRIO

1. Apresentação da obra.
Alberto Ribeiro de Almeida 5

2. A mora do devedor nas transações comerciais.
Alberto Ribeiro de Almeida 7

3. As "Recomendações de investimento" no Código dos Valores Mobiliários. O contrato de consultoria para investimento - recomendações personalizadas.
Luís Bandeira 35

4. Práticas comerciais desleais: marcas e aproveitamento parasitário no Brasil.
Liliana Locatelli 67

5. O contrato de depósito, o direito de autor, os direitos industriais e a infração de direito exclusivo de distribuição de mercadorias guardadas em depósito.
J.P. Remédio Marques..... 95

6. Prácticas comerciales desleales en la Unión Europea.
Pilar Montero García-Noblejas 119

7. Instrumentos de tutela do consumidor a crédito.
Fernando de Gravato Morais..... 147

8. Contratação à distância: entre as alterações nacionais recentes e o *New Deal for Consumers*.
Sandra Passinhas 167

APRESENTAÇÃO DA OBRA

A presente obra, intitulada «Contratação Mercantil: alguns conteúdos», pretende dar início a um conjunto de trabalhos de investigação sobre a contratação mercantil nos nossos dias.

A contratação mercantil (na fase pré-contratual, na fase da formação, no seu conteúdo, nos seus efeitos, e na sua transmissão, modificação e extinção) tem-se afastado dos modelos clássicos, tendo-se gerado, igualmente, novos tipos contratuais (socialmente tipificados). Por outro lado, cruzam-se diversos sectores do direito (da propriedade intelectual ao direito da concorrência, não esquecendo o direito do consumo) e assiste-se a uma internacionalização, uniformização, massificação, objetivização e mercadorização dos modelos contratuais.

O risco das sociedades atuais e a revolução tecnológica a que assistimos reflete-se na contratação mercantil, quer no *iter* dessa contratação quer na sua conformação.

Estas temáticas merecem um estudo aprofundado e é tempo de trabalharmos estas matérias evidenciando-as em textos que serão, além de resultados de investigação, úteis à comunidade científica incluindo os nossos estudantes de mestrado e doutoramento.

Diversas são as temáticas que podem ser estudadas, designadamente, contratação à distância, contratação automática, contratação eletrónica, contratação *self-service,* contratos comerciais ditados, práticas comerciais desleais, novidades em sede de contratos que tenham por objeto direitos

de propriedade intelectual, juro e usura, contratos de crédito ao consumo, proteção do consumidor, contratos bancários, contratos de seguros, contratos de investimento, arbitragem, além dos múltiplos novos tipos sociais de contratos.

Nesta primeira obra (que pretende ser um primeiro volume), algumas destas temáticas são abordadas. Outras ficarão para um novo volume.

Não podíamos terminar sem uma especial palavra de agradecimento aos colaboradores desta obra pelo seu empenho e pronta resposta ao pedido que lhes foi solicitado num tempo tão curto.

Porto, outubro de 2018

Alberto Ribeiro de Almeida

A MORA DO DEVEDOR NAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS

Alberto Ribeiro de Almeida

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Norte (campus do Porto).

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.

I. Introdução.

II. A mora do devedor nas obrigações pecuniárias.

III. Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, ou a mora do devedor nas transações comerciais.

1 - Objetivos;

2 - Âmbito de aplicação;

3 - Vencimento de juros de mora;

4 - Montante de juros de mora;

5 - Dano superior;

6 - Restrições à liberdade contratual.

IV. Conclusão.

I. Introdução.

A temática que nos propomos abordar neste texto pretende evidenciar as diferenças entre o regime jurídico consagrado pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, relativo aos atrasos de pagamento nas transações comerciais, e o regime estabelecido no Código Civil quanto à mora do devedor nas obrigações pecuniárias. Em especial, vamos sublinhar o intuito punitivo deste novo regime tutelando-se, assim, de forma mais eficaz o credor, censurando-se, de forma mais acentuada, a mora do devedor.

Vamo-nos limitar apenas ao incumprimento temporário das obrigações, *id est*, a prestação ainda poderá ser cumprida, mas não tempestivamente. A este retardamento no cumprimento da prestação dá-se o nome de mora. No quadro da mora restringiremos a nossa análise à mora do devedor, também denominada «mora debitoris» ou «mora solvendi»[1].

Sabemos que as diferentes causas do não cumprimento das obrigações geram distintas consequências jurídicas. O princípio geral é o de que o devedor que não cumpre culposamente as suas obrigações torna-se responsável pelos danos que causar ao credor (artigos 798.º, ss. do Código Civil). Sem analisarmos aqui todos os pressupostos da responsabilidade do devedor, interessa-nos analisar o cálculo da indemnização. Em alguns casos particulares a lei quis facilitar o cálculo da indemnização pelos prejuízos causados ao credor. Assim se verifica quanto à mora nas obrigações pecuniárias. É nesta temática que nos vamos centrar.

[1] Para mais desenvolvimentos desta temática do não cumprimento das obrigações, *vide* Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, 1033, ss.

II. A mora do devedor nas obrigações pecuniárias.

Nos termos do artigo 804.º, n.º 1, do Código Civil, «A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor». Ou seja, estamos em face de um atraso culposo no cumprimento da prestação, mas ainda é possível o seu cumprimento no futuro. Reza o n.º 2 desta mesma disposição «O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido».

Importa agora determinar o momento da constituição da mora, *id est*, quando é que o devedor fica constituído em mora.

O artigo 805.º do Código Civil, dispõe o seguinte:

«1 — O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir.

2 — Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:

a) Se a obrigação tiver prazo certo;

b) Se a obrigação provier de facto ilícito;

c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido.

3 — Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor; tratando-se, porém, de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, o devedor constitui-se em mora desde a citação, a menos que já haja então mora, nos termos da primeira parte deste número».

A regra é a de que o devedor só fica constituído em mora depois de ter sido interpelado para cumprir. A interpelação pode ser judicial ou extrajudicial. Os casos de mora independentemente de interpelação estão previstos no n.º 2 da citada disposição.

Os pressupostos da mora do devedor não se restringem à interpelação (sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 3: «mora desde a citação»). É necessário que a prestação seja certa, exigível e líquida («salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor» - primeira parte do n.º 3).

A constituição do devedor em mora não o exime, obviamente, de satisfazer a prestação a que está adstrito – continua vinculado a cumprir. No outro lado a relação jurídica, o credor não pode, por regra, resolver o contrato fonte da obrigação em mora, pelo menos enquanto a mora não se transformar em incumprimento definitivo[2]. Para este efeito o credor pode fazer uso da faculdade prevista no artigo 808.º do Código Civil e notificar o devedor para cumprir num prazo adicional razoável sob pena de resolver o contrato se a prestação não for cumprida nesse prazo adicional. Diga-se, sem sermos agora exaustivos, pois ultrapassa o nosso objeto, que existem situações excecionais em que a simples mora concede ao credor o direito potestativo de resolução imediata (sem qualquer prazo adicional) do contrato (*vide*, para este efeito, o disposto nos artigos 442.º, 1041.º, 1083.º, 1084.º, 1150.º, 1235.º e 1242.º, todos do Código Civil).

No quadro das consequências jurídicas da mora do devedor importa agora sublinhar a disciplina consagrada no Código Civil quando estamos em face de obrigações pecuniárias. Na verdade, sendo o princípio, como referimos, o da indemnização pelos prejuízos causados ao credor

[2] Sobre a transformação da mora em incumprimento definitivo (artigos 808.º e 801.º do Código Civil) bem como sobre a responsabilidade do devedor moroso pelo risco (artigo 807.º do Código Civil), *vide* Costa, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, 1052, ss.

(artigo 804.º do Código Civil)[3], no domínio da mora no cumprimento de obrigações pecuniárias o legislador facilitou a vida ao credor.

As obrigações pecuniárias são «aquelas cuja prestação debitória consiste numa quantia em dinheiro («pecunia»), que se toma pelo seu valor propriamente monetário»[4]. Estamos em face de dívidas em dinheiro, podendo podem ser qualificadas como obrigações de quantidade (artigos 550.º e 551.º do Código Civil), obrigações de moeda específica (artigos 552.º a 557.º do Código Civil) e obrigações em moeda com curso legal apenas no estrangeiro (artigo 558.º do Código Civil)[5].

A mora do devedor no cumprimento de uma obrigação pecuniária implica a obrigação de indemnizar o credor pelo incumprimento não tempestivo. Todavia, o legislador interveio neste domínio consagrando um regime favorável ao credor em virtude da dificuldade em determinar o dano decorrente daquele incumprimento[6]. Referimo-nos ao disposto no artigo 806.º do Código Civil, que reza assim:

---

[3] Sobre as funções da responsabilidade civil e a consagração de alguns casos em que o legislador optou por dar cumprimento a uma função sancionatória ou punitiva da responsabilidade civil, *vide*, entre outros, Almeida, Alberto Ribeiro de, «A função punitiva da responsabilidade civil na violação de direitos subjectivos de propriedade intelectual», *in Estudios de Derecho Mercantil*, Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h c. José Antonio Gómez Segade, obra coordenada por Ana M.ª Tobío Rivas, Marcial Pons, Madrid, 2013, 865-882; e Almeida, Alberto Ribeiro de, «Responsabilidade Civil pela violação de direitos subjectivos da Propriedade Intelectual – As influências anglo-saxónicas», *in Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2014, 165-187.

[4] Costa, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, 735. Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª edição, volume I, Almedina, Coimbra, 2012, 845-848, diz-nos: «Diz-se *pecuniária* (de *pecunia*) a obrigação que, tendo por objecto uma prestação em *dinheiro*, *visa proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies possuam como tais*. (…) O dinheiro *legal* ou *estadual* (…) consiste apenas nas espécies a que o Estado reconhece *função liberatória genérica*. (…) A obrigação só é pecuniária *quando na fixação da prestação se atende ao valor da moeda devida,* e não às espécies *concreta* ou *individualmente determinadas* ou ao *género* de certas espécies monetárias, abstraindo do seu valor *liberatório* ou *aquisitivo*». Nas palavras de Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição, Volume I, Almedina, Coimbra, 2010, 155, as obrigações pecuniárias «correspondem às obrigações que têm dinheiro por objecto, visando proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies monetárias possuam».

[5] Sobre as modalidades das obrigações pecuniárias *vide*, entre outros, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, 157, ss.; Varela, João de Matos Antunes, *op. cit.,* 851, ss.

[6] Sobre o conceito de dano e as diversas funções da reparação, *vide,* em especial, Farnsworth, E. Allan, Sanger, Carol, Cohen, Neil B, Brooks, Richard R. W., Garvin, Larry T., *Contracts, Cases and Materials*, Foundation Press, eight edition, St. Paul, MN, USA, 2013, 617, ss.

«1 — Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora.

2 — Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.

3 — Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco.»

Ou seja, nas obrigações pecuniárias a indemnização pela mora corresponde aos juros (a contar do dia da constituição em mora, *id est*, juros moratórios) eximindo-se o credor de provar qualquer dano. Os juros devidos são os juros legais salvo se: a) antes da mora já era devido um juro mais elevado, por exemplo a título de juro remuneratório; b) as partes tinham já estipulado um juro moratório diferente do juro legal.

Sendo certo que este regime é mais favorável ao credor, pois não tem de provar qualquer dano (a indemnização corresponde ao juro), é também verdade que o credor não pode, como regra, exigir qualquer indemnização suplementar além dos juros. Por outras palavras, qualquer dano superior aos juros não é, nos termos desta disposição, indemnizável, salvo se esse dano superior aos juros se verificar no quadro da responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco (aqui será possível uma indemnização suplementar).

Esta obrigação de juros moratórios[7] decorre do incumprimento tempestivo de uma obrigação pecuniária. Nos termos do artigo 212.º, n.º 2, do Código Civil os juros são frutos civis. O juro é o rendimento de um crédito pecuniário (uma

[7] Quanto às suas funções, os juros podem também ser remuneratórios, compensatórios e indemnizatórios. Sobre estas outras funções dos juros, vide, entre outros, Costa, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, 751.

obrigação de capital)[8]. Habitualmente o juro traduz-se numa percentagem (uma taxa[9]) e materializa-se, normalmente, num quantitativo de dinheiro (determinado em função do montante do crédito pecuniário e do tempo da mora)[10]. Quanto à sua fonte, a obrigação de juros pode resultar do disposto na lei (juros legais) ou do estipulado no contrato (juros convencionais).

A taxa juro legal está determinada, entre nós, através de Portaria – assim o estabelece o artigo 559.º, n.º 1, do Código Civil: «Os juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano». Atendendo à evolução da economia e dos mercados financeiros, esta é a melhor solução, *id est*, a remissão da estipulação do montante da taxa de juros para Portaria em vez de consagrada no próprio Código Civil.

Nos termos da Portaria n.º 291/2003, de 8 de abril, ainda vigente, a taxa de juro é de 4%.

Pode ser estabelecida uma taxa de juro superior, mas deve ser fixada por escrito sob pena de a taxa de juro ser a legal (os referidos 4%). Assim reza o n.º 2 do referido artigo 559.º do Código Civil: «A estipulação de juros a taxa superior à fixada nos termos do número anterior deve ser feita por escrito, sob pena de serem apenas devidos na medida dos juros legais».

---

[8] Como nos diz Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, 163, as obrigações de juros caracterizam-se «por corresponderem à remuneração da cedência ou do diferimento da entrega de coisas fungíveis (capital) por um certo lapso de tempo. A obrigação de juros pressupõe assim uma obrigação de capital, sem a qual não se pode constituir e tem o seu conteúdo e extensão delimitados em função do tempo, sendo, por isso, uma prestação duradoura periódica. (…) Os juros representam assim uma prestação devida como compensação ou indemnização pela privação temporária de uma quantidade de coisas fungíveis denominada capital e pelo risco de reembolso desta». Nas palavras de Varela, João de Matos Antunes, *op. cit.,* 870, o montante dos juros «varia em função de três factores, que são: a) o valor do capital devido; b) o tempo durante o qual se mantém a privação deste por parte do credor; c) a taxa de remuneração fixada por lei ou estipulada pelas partes».

[9] A taxa «é o coeficeiente do rendimento ou da remuneração do capital» - Varela, João de Matos Antunes, *op. cit.,* 871.

[10] Não referiremos aqui os casos em que o capital e os juros não constituem obrigações pecuniárias, mas outras coisas fungíveis; ou, ainda, a hipótese em que o juro tem uma natureza diferente do capital.

Todavia, a convenção de uma taxa de juro superior está sujeita a limites, sob pena de os juros serem havidos como usurários – importa sublinhar que os juros usurários não estão sujeitos aos pressupostos dos negócios usurários (tal como determina o artigo 282.º do Código Civil). Quanto aos juros usurários determina o artigo 559.º-A do Código Civil « É aplicável o disposto no artigo 1146.º a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos»[11].

Por sua vez, o artigo 1146.º do Código Civil estabelece:

«1 — É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

2 — É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo relativamente ao tempo de mora mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.

3 — Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes.

4 — O respeito dos limites máximos referidos neste artigo não obsta à aplicabilidade dos artigos 282.º a 284.º».

Em face do exposto nas disposições anteriores, convencionalmente podem as partes estabelecer as seguintes taxas de juro anuais máximas (conjugando-se o disposto na Portaria n.º 291/2003, de 8 de abril, com o n.º 1 do artigo 1146.º do Código Civil):

[11] Sem ser nossa preocupação neste texto, importa referir que este artigo 559.º-A do Código Civil estendeu o regime jurídico do artigo 1146.º do Código Civil a outros casos em que existam juros usurários.

a) 7% (4% mais 3%), se existir garantia real;

b) 9% (4% mais 5%), se não existir garantia real.

A título de cláusula penal[12] (nos termos do n.º 2 do artigo 1146.º do Código Civil conjugado com a taxa estabelecida pela Portaria n.º 291/2003, de 8 de abril):

a) 11% (4% mais 7%), se existir garantia real;

b) 13% (4% mais 9%), se não existir garantia real.

Se as partes estabelecerem taxas de juros superiores (e ainda que tenha sido essa claramente a sua vontade) a estes limites a consequência é apenas a seguinte (afastando-se do disposto no artigo 292.º do Código Civil): a taxa que estabeleceram considera-se reduzida aos máximos referidos. Contudo, não nos esqueçamos do disposto no n.º 4 do artigo 1146.º, *id est*, a possibilidade de ser aplicado o regime dos artigos 282.º a 284.º do Código Civil que permite a anulação ou modificação do negócio jurídico.

Por fim, importa referir que os juros convencionais e os juros legais, ainda que ilíquidos prescrevem no prazo de cinco anos, nos termos do disposto na alínea d) do artigo 310.º do Código Civil.

Após este excurso e antes de analisarmos o regime jurídico da mora do devedor nas transações comerciais, impõe-se analisar a disciplina da obrigação de juros estabelecida no Código Comercial, *id est*, a qualificação de um ato como mercantil, ao abrigo do disposto no artigo 2.º do Código Comercial, tem relevância substantiva em diversos domínios

[12] Sobre os limites às cláusulas penais *vide* Stone, Richard, Devenney, James, *The modern law of contract*, twelfth edition, Routledge, London, 2017, 506, ss.; Monteiro, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 135, ss.; Monteiro, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, 26, ss.

(denominado de regime especial comum aos atos de comércio em geral[13]), sendo um deles a obrigação de juros.

Dispõe o artigo 102.º (obrigação de juros) do Código Comercial (redação atual):

«Há lugar ao decurso e contagem de juros em todos os actos comerciais em que for de convenção ou direito vencerem-se e nos mais casos especiais fixados no presente Código.

§ 1.º A taxa de juros comerciais só pode ser fixada por escrito.

§ 2.º Aplica-se aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º-A e 1146.º do Código Civil.

§ 3.º Os juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo, relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, são os fixados em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça.

§ 4.º A taxa de juro referida no parágrafo anterior não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de sete pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte.

§ 5.º No caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, a taxa de juro referida

[13] O regime especial comum aos atos de comércio em geral é hoje muito limitado (estamos a considerar aqui, em especial, o regime dos artigos 13.º, 15.º, 100.º, 101.º e 102.º do Código Comercial, além de algumas disposições no domínio da prova, da forma, e da prescrição presuntiva de créditos). Ao lado deste parco regime especial comum aos atos de comércio em geral, temos um regime especial de certos atos de comércio em particular (mandato, empréstimo, depósito, compra e venda, transporte, etc.) – temática que aqui não vamos abordar. Sobre esta matéria *vide* Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume I, 10.ª edição, 2017, Almedina, Coimbra, 67, ss.; Morais, Fernando de Gravato, *Manual de Direito Comercial*, Volume I, 2.ª edição, 2017, Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 30, ss.

no parágrafo terceiro não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de oito pontos percentuais».

Resulta desta disposição o seguinte.

Em primeiro lugar, e em consonância com casos expressamente previstos no Código Comercial (por exemplo, o artigo 232.º para o mandato, o artigo 395.º para o empréstimo mercantil, o artigo 404.º para o depósito), começa-se, neste artigo 102.º do Código Comercial, por consagrar o princípio da onerosidade dos atos comerciais[14].

Em segundo lugar, os juros (moratórios) comerciais podem ser os legais (e os juros estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo) ou os convencionais. Quanto aos convencionais exige-se forma escrita (§ 1.º do artigo 102.º citado). *Id est*, quando as partes não fixem a taxa de juro no ato de comércio, aplica-se a taxa de juro legal (supletivamente), todavia, se quiserem estabelecer taxa de juro diferente (maior ou menor) da supletiva-legal ela tem de ser estabelecida por escrito sob pena de nulidade. Na verdade, e independentemente da não exigência de forma para o ato de comércio, a fixação da taxa (diferente da legal supletiva) tem de ser efetuada por escrito sob cominação de nulidade (artigo 294.º do Código Civil)[15]. Por motivos de segurança jurídica e de prova compreende-se esta exigência de forma *(ad substantiam*). Não sendo cumprida esta forma, aplicar-se-á a taxa legal de juros moratória.

Em terceiro lugar, e quanto ao modo de cálculo dos juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa

[14] *Vide* Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 215-216.

[15] Como refere Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, cit.*, 71 (119), «um pouco diferente é o regime do n.º 2 do art. 559.º do CCiv.»

ou quantitativo, o § 3.º do citado artigo 102.º determina que a taxa de juros «relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, são os fixados em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça». Por força do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, o artigo 102.º do Código Comercial passou a conter um § 4.º, que estabelece que a taxa de juro referida no parágrafo anterior não pode ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou de julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais.

Ou seja, a taxa de juro moratória supletiva legal tem uma componente fixa (7%) e uma componente variável. A variável depende da taxa de juro definida pelo Banco Central Europeu. A taxa fixa é alta (7%), ou seja, o legislador atribuiu a esta taxa elevada duas funções: preventiva (evitar o incumprimento temporário) e repressiva (reparação de danos). Acresce que esta taxa fixa simplifica a tarefa de cálculo dos juros, mas a taxa variável é-o semestralmente. A taxa varável – e nos termos do artigo 3.º da Portaria n.º 277/2013, de 26 de agosto – é divulgada no Diário da República, 2.ª série, por aviso da Direção-Geral do Tesouro e Finanças, até 15 de janeiro e 15 de julho de cada ano. Assim, no início de cada semestre divulga-se o valor das taxas em vigor de forma a facilitar o seu conhecimento pelos interessados.

Neste momento, a taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, é de 7% (Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018). Na verdade, nos últimos semestres (precisamente desde 10 de março de 2016) a taxa de refinanciamento do Banco Central Europeu tem sido de 0% e tem estado estável.

Diga-se, ainda, que, como refere Gravato Morais, quando o legislador no proémio do artigo 102.º do Código Comercial se refere à onerosidade de todos os atos comerciais quererá abranger não apenas os créditos das empresas comerciais (tutela do «credor comerciante»), mas também os débitos das empresas comerciais (tutela do «credor do comerciante»)[16]. Poderá, sim, discutir-se se «os créditos que ficam sujeitos à taxa de juro especial são aqueles que decorrem de actividade profissional do sujeito titular de empresa (e não os exteriores a essa actividade)», como nos diz Cassiano dos Santos[17].

Em quarto lugar, e quanto à taxa de juro convencional, o § 2.º do citado artigo 102.º do Código Comercial determina que se aplica «aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º-A e 1146.º do Código Civil» - normas que já citamos e estudamos.

Assim, e em face de todo o já explanado, convencionalmente podem as partes estabelecer as seguintes taxas de juro anuais máximas (conjugando-se o disposto no Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018, com o n.º 1 do artigo 1146.º do Código Civil):

a) 10% (7% mais 3%), se existir garantia real;

b) 12% (7% mais 5%), se não existir garantia real.

A título de cláusula penal (nos termos do n.º 2 do artigo 1146.º do Código Civil conjugado com a taxa estabelecida pelo Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018):

a) 14% (7% mais 7%), se existir garantia real;

b) 16% (7% mais 9%), se não existir garantia real.

[16] Morais, Fernando de Gravato, *op. cit.,* 57. No mesmo sentido Neto, Abílio, *Código Comercial e Contratos Comerciais Anotado*, Ediforum, Lisboa, 2008, 71.

[17] Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 179.

Já sabemos, igualmente, o que acontece se as partes estabelecerem taxas de juros superiores e conhecemos o prazo de prescrição dos juros.

Em último lugar falta-nos fazer referência à taxa de juros moratórios no caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio (§ 5.º do artigo 102.º do Código Comercial).

III. Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, ou a mora do devedor nas transações comerciais.

O Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais. Esta Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, revogou a Diretiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de julho de 2000, e introduziu medidas adicionais para dissuadir os atrasos de pagamentos nas transações comerciais.

A anterior Diretiva foi transposta para a nossa ordem jurídica pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1 de julho, e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril.

Impõe-se analisar este regime especial aplicável a todos os pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais. Nos seus elementos essenciais não existe grande diferença entre a Diretiva o diploma nacional que a transpôs, todavia importa sublinhar que os conceitos jurídicos e a terminologia utilizados não são inteiramente coincidentes com a nossa tradição jurídica.

1. Objetivos.

Regra geral o fornecimento de bens e a prestação de serviços ocorre entre empresas ou entre empresas e entidades públicas em regime de pagamentos diferidos. Nestas transações comerciais verifica-se com frequência que os pagamentos são feitos mais tarde do que o acordado no contrato ou do que consta das condições comerciais gerais.

Os atrasos de pagamento desta natureza afetam a liquidez e dificultam a gestão financeira das empresas, em especial das pequenas e médias empresas. Estes atrasos podem colocar em causa a competitividade e a viabilidade das empresas, quando o credor é forçado a recorrer a financiamento externo devido a atrasos de pagamento. O risco destes efeitos perversos aumenta nos períodos de recessão económica, quando o acesso ao crédito é mais difícil. No limite estes atrasos podem causar a insolvência das empresas e a perda de emprego para os trabalhadores. Impõe-se, assim, combater esses atrasos de pagamento nas transações comerciais.

As empresas deverão poder operar em todo o mercado interno em condições que lhes assegurem que as transações transfronteiriças não envolvem maiores riscos que as operações nacionais de modo a não existir distorções na concorrência. No combate aos atrasos no pagamento das transações comerciais as entidades públicas têm uma responsabilidade especial.

A promoção do empreendedorismo exige que existam garantias de que as faturas relativas a fornecimentos e serviços, são pagas no prazo de um mês, a fim de limitar os condicionalismos de liquidez, em especial para as pequenas e médias empresas.

Os atrasos de pagamento constituem um incumprimento de contrato que se tinha tornado financeiramente aliciante para os devedores na maioria dos Estados-Membros, visto serem baixas ou inexistentes as taxas de juro que se aplicavam aos

atrasos de pagamento e/ou em razão da lentidão dos processos de indemnização, além de existirem muitas divergências entre os Estados Membros quanto ao montante dos juros de mora e ao atraso nos pagamentos. Existia uma grande diferença entre países como Portugal ou a Grécia e os países do norte da Europa. Impôs-se uma mudança decisiva com vista a uma cultura de pagamentos atempados, que inclua o reconhecimento sistemático da exclusão do direito de cobrar juros como cláusula contratual ou prática manifestamente abusiva, de modo a inverter esta tendência e desincentivar esses atrasos. Esta mudança exigiu a introdução de disposições específicas em relação a prazos de pagamento e à indemnização dos credores pelos prejuízos sofridos e determinar, como cláusula contratual manifestamente abusiva, a exclusão do direito a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida.

O objetivo último foi assegurar a viabilidade económica das empresas, o estímulo às exportações e proteger o credor, punindo mais gravemente o devedor.

2. Âmbito de aplicação.

O diploma aplica-se a todas as transações comerciais (o artigo 2.º, n.º 1, diz: «o presente diploma aplica-se a todos os pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais»), independentemente de terem sido estabelecidas entre empresas privadas ou públicas, ou entre empresas e entidades públicas, tendo em conta que estas são responsáveis por um considerável volume de pagamentos às empresas. A definição de entidade pública corresponde ao consagrado no Código dos Contratos Públicos [*vide* o artigo 3.º alínea c) do diploma que estamos a analisar]. Estão igualmente abrangidas por este diploma as profissões liberais. Todavia, a Diretiva não obrigou os Estados Membros a tratar as profissões liberais como empresas ou comerciantes para fins diferentes dos previstos no âmbito de aplicação da citada Diretiva.

Contudo, não se aplica aos contratos celebrados com os consumidores, aos juros relativos a outros pagamentos, como por exemplo os pagamentos efetuados nos termos da legislação em matéria de cheques ou de letras de câmbio, ou aos pagamentos efetuados a título de indemnização por perdas e danos, incluindo os efetuados por companhias de seguro (artigo 2.º, n.º 2). Por fim, e conforme já resulta do enquadramento legal vigente, o regime previsto neste diploma não é aplicável às operações de concessão de crédito bancário, que são reguladas por lei especial.

O fornecimento de mercadorias ou a prestação de serviços contra remuneração deverá também incluir a conceção e a execução de obras públicas e trabalhos de construção ou de engenharia civil.

Para efeito deste diploma [artigo 3.º, alínea b)] entende-se por «transação comercial», uma transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas destinada ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra remuneração. A expressão «transação» não tem tradição jurídica entre nós nem corresponde ao contrato de transação regulado nos artigos 1248.º e ss. do Código Civil. A designação «comercial» não é igualmente utilizada no nosso sentido técnico do Código Comercial, pois tem um âmbito de aplicação muito vasto, incluindo empresas não mercantis e entidades públicas. Atendendo a todo o conteúdo do diploma pode-se concluir que «transação comercial» quer englobar relações jurídicas derivadas de contratos, podendo ser compra e venda, contratos de prestação de serviços, de fornecimento, de locação financeira, empreitada, etc. Esta amplitude de abrangência de «transação comercial» implica, necessariamente, do lado passivo uma obrigação de natureza pecuniária. Por outro lado, os contratos abrangidos pela expressão em causa são contratos onerosos (que impliquem perdas patrimoniais para ambas as partes) e sinalagmáticos («pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais», ou seja, exige-se correspetividade

entre a obrigação de pagamento e o fornecimento das mercadorias ou a prestação dos serviços).

Por fim, entende-se por «empresa» [artigo 3.º alínea d)], uma entidade que, não sendo uma entidade pública, desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares. A expressão «empresa» é usado com um sentido muito amplo, incluindo as empresas não comerciais (*id est*, as empresas agrícolas e artesanais)[18] e os profissionais liberais.

Concluímos, assim, que o âmbito de aplicação deste diploma não é delimitado pela noção de ato de comércio constante do artigo 2.º do Código Comercial. *Commercial transaction* é bastante mais amplo.

3. Vencimento de juros de mora.

Estabeleceu-se que, no caso de contratos entre empresas (artigo 4.º), o prazo de pagamento não deve exceder em regra 60 dias, sem prejuízo de as partes poderem acordar expressamente um prazo superior (desde logo quando desejem conceder créditos comerciais aos seus clientes), se tal não constituir um abuso manifesto face ao credor (artigo 4.º, n.º 5).

No caso de contratos entre empresas e entidades públicas (artigo 5.º), na aceção do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, são previstos prazos de pagamento que em regra não excedem 30 dias, salvo disposição expressa em contrário no contrato e desde que tal seja objetivamente justificado pela natureza particular ou pelas características do contrato (artigo 5.º, n.º 3) ou no caso de entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, não podendo exceder em caso algum 60 dias (artigo 5.º, n.º 2). Não nos podemos esquecer que, em regra, as entidades públicas beneficiam de fontes de receita mais seguras, previsíveis e contínuas do que as empresas (além de obterem financiamento em condições mais atrativas do que as empresas).

[18] Sobre as empresas comerciais e não comerciais *vide* Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Da empresarialidade, as empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, 25, ss., e 83, ss.

Acresce que as entidades públicas dependem menos do que as empresas do estabelecimento de relações comerciais estáveis para a consecução dos seus objetivos, pois não "vivem" num quadro concorrêncial. Ou seja, prazos dilatados de pagamento e atrasos de pagamento por parte de entidades públicas acarretam custos injustificados para as empresas. Assim sendo, foram estabelecidas disposições específicas neste domínio, prevendo-se, em particular, prazos de pagamento curtos (30 dias de calendário), salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato e desde que tal seja objetivamente justificado pela natureza particular ou pelas características do contrato, não excedendo, em caso algum, 60 dias de calendário. Todavia, uma derrogação especial foi consagrada para os serviços de saúde, sendo certo que não se permitiu um prazo superior a 60 dias de calendário (embora os Estados-Membros devam envidar todos os esforços para assegurar que os pagamentos no sector dos cuidados de saúde sejam efetuados dentro dos prazos legais de pagamento). Este prazo mais alargado teve em consideração a situação particular da prestação dos serviços de saúde nos diversos Estados-Membros (que têm de estabelecer um equilíbrio entre as necessidades individuais dos doentes e os recursos financeiros disponíveis). Assim, às entidades públicas que prestam cuidados de saúde foi concedido uma certa margem de flexibilidade no cumprimento das suas obrigações.

O presente diploma não prejudica a possibilidade de as partes acordarem calendários de pagamento em prestações. Nesse caso, sempre que uma das prestações não seja paga na data acordada, os juros e indemnização previstos no presente diploma são calculados com base nos montantes vencidos de acordo com o regime legal aplicável.

O diploma não obriga um credor a cobrar juros de mora. Todavia, em caso de atraso no pagamento, o credor poderá a cobrar juros de mora por atrasos de pagamento sem qualquer interpelação para cumprimento ou notificação similar ao devedor da sua obrigação de pagamento.

O pagamento do devedor deverá ser considerado como feito fora do prazo, para efeitos do direito a cobrar juros de mora, caso o credor não tenha a soma devida à sua disposição na data de vencimento fixada, desde que tenha cumprido as suas obrigações contratuais e legais. Para este efeito, as faturas constituem avisos de pagamento e são documentos importantes na cadeia de valor das transações para o fornecimento de bens e a prestação de serviços, nomeadamente para determinar os prazos de pagamento. A segurança e a certeza jurídicas exigiram medidas quanto à data exata da receção das faturas pelos devedores, incluindo a faturação em linha, em que a receção das faturas pode produzir prova eletrónica, a qual é em parte regulada pelas disposições relativas à faturação da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

Em face destas considerações o diploma estabeleceu uma disciplina especial quer quanto ao momento do vencimento dos juros moratórios (em face do atraso no pagamento de obrigações pecuniárias) quer quanto ao montante dos juros (que veremos no ponto seguinte).

Na verdade, o artigo 4.º prevê diversas hipóteses de vencimento automático de juros, isto é, vencimento de juros sem necessidade de interpelação do devedor (afastando-se, assim, da regra do artigo 805.º do Código Civil *supra* referido[19]).

Citamos (itálico nosso), em especial, o disposto no artigo 4.º n.º 2 e n.º 3:

«2 — Em caso de atraso de pagamento, o credor tem direito a juros de mora, *sem necessidade de interpelação*, a contar do dia subsequente à data de vencimento, ou do termo do prazo de pagamento, estipulados no contrato.

3 — Sempre que do contrato não conste a data ou o prazo de vencimento, são devidos juros de mora após

[19] Neste sentido *vide* Costa, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, 1057.

o termo de cada um dos seguintes prazos, os quais *se vencem automaticamente sem necessidade de interpelação*:

> a) 30 dias a contar da data em que o devedor tiver recebido a fatura;
>
> b) 30 dias após a data de receção efetiva dos bens ou da prestação dos serviços quando a data de receção da fatura seja incerta;
>
> c) 30 dias após a data de receção efetiva dos bens ou da prestação dos serviços, quando o devedor receba a fatura antes do fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;
>
> d) 30 dias após a data de aceitação ou verificação, quando esteja previsto, na lei ou no contrato, um processo mediante o qual deva ser determinada a conformidade dos bens ou serviços e o devedor receba a fatura em data anterior ou na data de aceitação ou verificação.»

Este vencimento automático da obrigação de juros (prevista igualmente noa artigo 5.º - transações entre empresas e entidades públicas), sem necessidade de qualquer aviso (interpelação) visa punir o devedor pela sua mora e proteger o credor (estabelecem-se prazos curtos, a relevância da fatura ou o cumprimento da prestação pelo credor).

4. Montante de juros de mora.

Em face dos objetivos do diploma e da diretiva, decidiu estabelecer-se um valor mínimo para a taxa de juros legais de mora comerciais em linha com o previsto na diretiva, prevendo-se o referido limite mínimo no Código Comercial.

O juro de mora legal devido por atrasos de pagamento deverá ser calculado diariamente como juro simples, nos termos do Regulamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos.

A Portaria n.º 277/2013, de 26 de agosto, veio estabelecer a taxa supletiva de juros moratórios no caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio. O artigo 2.º, n.º 2, estabelece o seguinte: «No caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, a taxa supletiva de juros moratórios, nos termos do § 3.º do artigo 102.º do Código Comercial, é a taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou de julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 8 pontos percentuais.»

Esta disposição segue o disposto no Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, que alterou o artigo 102.º do Código Comercial, introduzindo um § 5.º, que dispõe que, no caso de transações comerciais sujeitas ao mencionado Decreto-Lei, a taxa de juro acima referida não pode ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou de julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de oito pontos percentuais.

O artigo 9.º do citado Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, determina que a taxa de juros moratórios é divulgada por aviso da Direção-Geral do Tesouro e Finanças, publicado na 2.ª série do Diário da República até 15 de janeiro e 15 de julho de cada ano. Neste momento, a taxa supletiva de juros moratórios no caso das transações comerciais é, na sua componente fixa, de 8% (Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018).

Nas transações comerciais, convencionalmente podem as partes estabelecer as seguintes taxas de juro anuais máximas (conjugando-se o disposto no Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018, com o n.º 1 do artigo 1146.º do Código Civil):

a) 11% (8% mais 3%), se existir garantia real;

b) 13% (8% mais 5%), se não existir garantia real.

A título de cláusula penal (nos termos do n.º 2 do artigo 1146.º do Código Civil conjugado com a taxa estabelecida pelo Aviso n.º 9939/2018, de 28 de junho de 2018, publicado em Diário da República, 2.º Série, n.º 143, de 26 de julho de 2018):

a) 15% (8% mais 7%), se existir garantia real;

b) 17% (8% mais 9%), se não existir garantia real.

Já sabemos o que acontece se as partes estabelecerem taxas de juros superiores e conhecemos o prazo de prescrição dos juros.

5. Dano superior.

O diploma entendeu, na linha da Diretiva, que é necessária uma justa indemnização dos credores pelos custos suportados com a cobrança da dívida devido a atrasos de pagamento, a fim de desincentivar tais práticas. Os custos suportados com a cobrança da dívida deverão também incluir a cobrança dos custos administrativos e a indemnização pelos custos internos decorrentes de atrasos de pagamento prevendo-se um montante fixo mínimo. Foi estabelecido um valor fixo de 40,00€ a título de indemnização pelos custos administrativo e internos associados à cobrança dos pagamentos em atraso, que pode ser cumulado com os juros de mora devidos, sem prejuízo de o credor poder exigir indemnização superior por danos adicionais

resultantes do atraso de pagamento do devedor ou pelos custos incorridos pelo credor com o recurso a serviços de advogado, solicitador ou agente de execução.

Todavia, o nosso diploma não teve a ousadia de estabelecer montantes fixos para efeitos de indemnização pelos custos de cobrança da dívida que sejam superiores ao referido montante fixo e, logo, mais favoráveis para o credor, ou de se aumentarem estes montantes, nomeadamente tendo em conta a inflação. Ainda não temos uma cultura de penas punitivas e de tabelas indemnizatórias[20].

O artigo 7.º do citado Decreto-lei n.º 62/2013, de 10 de maio, determina o seguinte:

«Quando se vençam juros de mora em transações comerciais, nos termos dos artigos 4.º e 5.º, o credor tem direito a receber do devedor um montante mínimo de 40,00 EUR (quarenta euros), sem necessidade de interpelação, a título de indemnização pelos custos de cobrança da dívida, sem prejuízo de poder provar que suportou custos razoáveis que excedam aquele montante, nomeadamente com o recurso aos serviços de advogado, solicitador ou agente de execução, e exigir indemnização superior correspondente.»

Apesar de se ter podido ir mais longe, o legislador afastou-se, nesta disposição, do disposto no artigo 806.º, n.º 1 e n.º 3, do Código Civil. Na verdade, apesar de este artigo 7.º, em parte, ser um espelho do disposto no artigo 806.º, n.º 3, do Código Civil (admitindo uma indemnização suplementar, isto é, para além do quantitativo de juros moratórios, quando exista um prejuízo superior aos juros previsto no n.º 1 do artigo 806.º), entendemos que dele se afasta em especial quando estabelece

[20] Sobre estas medidas *vide*, entre outros, Lourenço, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 297-304 (numa compreensão punitiva dos juros moratórios); Antunes, Henrique Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 206, ss. (no quadro da responsabilidade civil extracontratual); Carval, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995, 233, ss.; Jault, Alexis, *La notion de peine privée*, LGDJ, Paris, 2005, 67, ss.

um quantitativo mínimo[21]. É já uma outra compreensão da responsabilidade civil que está aqui presente[22].

6. Restrições à liberdade contratual.

Proíbe-se o abuso da liberdade contratual em prejuízo do credor. Na verdade, a desigualdade entre as partes no âmbito das transações comerciais pode levar a que alguns contratos contenham normas que põem injustificadamente em causa o equilíbrio contratual. Com este pressuposto, o presente diploma proíbe as cláusulas ou práticas comerciais sobre a data de vencimento ou o prazo de pagamento, a taxa de juro de mora ou a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida que sejam manifestamente abusivas para o credor, designadamente quando não exista uma razão objetiva para não respeitar a taxa legal de juros de mora ou os prazos de pagamento previstos no diploma. Se não existe uma contrapartida que justifique as condições que foram concedidas ao devedor ou se a finalidade foi a de proporcionar ao devedor liquidez adicional a expensas do credor, podemos estar perante cláusulas abusivas.

Por princípio, qualquer cláusula contratual ou prática que se desvie manifestamente da boa prática comercial e seja contrária à boa-fé e à lealdade negocial, deverá ser considerada injusta para o credor. Em particular, a exclusão completa do direito a cobrar juros deve ser sempre considerada como um abuso manifesto, sendo que a exclusão do direito a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida deve presumir-se manifestamente abusiva. Todavia, não está aqui em causa a forma exigida para os contratos, nos termos do direito interno, nem as normas jurídicas aplicáveis à validade do contrato ou das cláusulas contratuais que sejam abusivas para o devedor. As referidas cláusulas são consideradas nulas

[21] Sobre a pena privada *vide*, igualmente, Monteiro, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, *cit.*, 662-663.

[22] Sobre a admissibilidade e seus limites dos «exemplary damages», *vide* Ayres, Ian, Klass, Gregory, *Studies in Contract Law*, eight edition, Foundation Press, New York, 2012, 967, ss.

no nosso ordenamento jurídico. Prevemos ainda que sempre que tais cláusulas revistam a natureza de cláusulas contratuais gerais, pode-se recorrer à ação inibitória prevista no regime das cláusulas contratuais gerais, mesmo nos casos em que este não seja aplicável. O regime das cláusulas contratuais gerais pode ser sempre aplicável, nos termos que está regulado.

A disposição relevante nesta matéria é o artigo 8.º do citado Decreto-lei n.º 62/2013, de 10 de maio, que reza assim:

«1 — São proibidas, sob pena de nulidade, as cláusulas ou práticas comerciais que:

> a) Excluam o pagamento de juros de mora ou a indemnização por custos com a cobrança da dívida, tal como referido no artigo anterior;
>
> b) Sem motivo atendível em face das circunstâncias concretas, estabeleçam prazos excessivos para o pagamento ou excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade pela mora;
>
> c) Digam respeito à data de vencimento, ao prazo de pagamento, à taxa de juro de mora ou à indemnização pelos custos de cobrança, e sejam manifestamente abusivas em prejuízo do credor.

2 — Para efeitos de determinar se uma cláusula ou prática comercial é manifestamente abusiva, devem ser ponderados, designadamente, os seguintes fatores:

> a) A existência de desvios manifestos da boa prática comercial, contrários à boa-fé;
>
> b) A natureza dos produtos ou dos serviços;

c) A eventualidade de o devedor ter uma razão objetiva para não respeitar a taxa de juro de mora legal, o prazo de pagamento referido no n.º 5 do artigo 4.º, na alínea a) do n.º 1 e nos n.os 2 e 3 do artigo 5.º, ou o montante fixo a que se refere o artigo anterior.

3 — Nos casos dos números anteriores, os contratos mantêm-se, vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos.

4 — Quando a nulidade afete a cláusula que prevê o prazo de pagamento, aplicam-se os prazos previstos no n.º 3 do artigo 4.º.

5 — As cláusulas nulas referidas neste artigo, quando forem cláusulas contratuais gerais, podem ser objeto da ação inibitória prevista no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que estabelece o regime das cláusulas contratuais gerais, aplicando-se os respetivos artigos 25.º a 34.º, com as necessárias adaptações.»

O princípio da liberdade contratual não foi afastado, ou seja, as partes podem fixar o prazo para pagamento. O devedor da obrigação pecuniária entra em mora no fim do prazo fixado, vencendo-se juros a contar dessa data. Todavia, o legislador proibiu certas cláusulas (sob pena de nulidade – sendo aqui aplicável o disposto nos artigos 286.º e 292.º do Código Civil), sem outra ponderação [alínea a) do n.º 1], prazos excessivos [alínea b) do n.º 1], e, em certos casos, cláusulas abusivas [alínea c) do n.º 1], embora nestes dois últimos casos recorrendo a conceitos indeterminados e aceitando a ponderação de diversos fatores.

IV. Conclusão.

O cumprimento pontual das obrigações pecuniárias nas transações comerciais exigiu, por imperativos da União Europeia, medidas legislativas que se afastaram das consagradas no Código Civil. Podíamos ter ido mais longe na consagração de medidas punitivas civis, mas já se adotaram passos significativos face a um passado marcado pela morosidade.

Porto, outubro de 2018.

AS "RECOMENDAÇÕES DE INVESTIMENTO" NO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS. O CONTRATO DE CONSULTORIA PARA INVESTIMENTO - RECOMENDAÇÕES PERSONALIZADAS.[1]

Luís Bandeira

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada Norte (campus do Porto)

As "Recomendações de investimento" no Código dos Valores Mobiliários.

A presente exposição tem por objecto uma mera aproximação ao reconhecimento da pluralidade ou diversidade jurídica das "recomendações de investimento", por referência ao Código dos Valores Mobiliários (aqui, abreviadamente, CVM) e ao, incontornável, contexto resultante das soluções resultantes da transposição para o direito interno português da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 relativa aos mercados de instrumentos financeiros (abreviadamente, DMIF I), que revogou a Directiva dos Serviços de Investimento (abreviadamente, DSI) -, Directiva 93/22/CEE do Conselho, e da Directiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 relativa aos mercados de instrumentos financeiros (abreviadamente, DMIF II[2]), que revogou a DMIF I, cuja transposição para o direito nacional foi operada

[1] A redacção do presente texto não foi realizada em conformidade com o acordo ortográfico, sem prejuízo da manutenção do texto das citações.

[2] Cfr. Paulo Câmara – *DMIF II: A nova pedra angular do direito dos mercados financeiros, in* "O Novo Direito dos Valores Mobiliários – I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros", Almedina, 2017, pág. 199 e segs.

pelo Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho[3], introduzindo relevantes alterações ao CVM no Título VI relativo à "intermediação".

No âmbito do direito dos valores mobiliários, cujo assento normativo principal no ordenamento jurídico português é constituído pelo Código dos Valores Mobiliários (abreviadamente, CVM), na previsão das "actividades de intermediação financeira", no n.º 1 do art. 289.º do CVM, são incluídos os "serviços e atividades de investimento em instrumentos financeiros" (art. 290.º), "os serviços auxiliares dos serviços e atividades de investimento" (art. 291.º) e a "gestão de [um conjunto] de instituições de investimento colectivo" e o exercício das "funções de depositário" dessas instituições[4].

As "recomendações de investimento", no âmbito da intermediação financeira, são objecto de uma dupla previsão no

[3] Como nota preliminar, cumpre destacar que da mencionada transposição da DMIF II, resultou um ostensivo esvaziamento do CVM no que se refere ao enquadramento legal das actividades de intermediação financeira, nas quais se integram os serviços de investimento, tendo resultado um regime grandemente conformado, para além dos instrumento vigentes no momento da transposição, pela Directiva Delegada 2017/593 da Comissão, de 7 de Abril de 2016, que completa a DMIF II no que diz respeito à proteção dos instrumentos financeiros e dos fundos pertencentes a clientes, às obrigações em matéria de governação dos produtos e às regras aplicáveis ao pagamento ou receção de remunerações, comissões ou quaisquer benefícios monetários ou não monetários, e pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/565 da Comissão, de 25 de Abril de 2016, para além de um amplo conjunto de regulamentos delegados da EU – cfr. JOUE L87, 31 de Março de 2017.

[4] Na actual previsão do CVM, relativamente às actividades de intermediação financeira, deve considerar-se os termos da transposição da DMIF I, operada pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, e da DMIF II, operada pela Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho.
Neste contexto, cumpre destacar, a ampliação, na al. a) do n.º 1 do art. 289.º e no n.º 1 do art. 290.º, da previsão originária de "serviços de investimento" para "serviços e actividades de investimento". Por sua vez, na al. b) do n.º 1 do art. 289.º e no art. 291.º, não incluem a referência a "actividades", mas, apenas, a "serviços auxiliares" (daqueles serviços e actividades de investimento). Ainda, originariamente, a "consultoria para investimento" era incluída nos "serviços auxiliares". Em consequência da transposição da DMIF I para o CVM, foi integrada nos "serviços e actividades de investimento", portanto, como serviço principal.
No que se refere à gestão de instituições de investimento colectivo e ao exercício das funções de depositário dessas instituição, com a transposição da DMIF II, pela Lei n.º 35/2018, verificou-se um *esvaziamento* do CVM quanto a regras de intermediação financeira tendo por objecto os organismos de investimento colectivo, na medida em que, em momento *imediatamente anterior* àquela transposição, o Decreto-Lei n.º 56/2018, de 9 de Julho, incluiu no Regime Geral dos Organismos de Investimento colectivo (RGOIC), aprovado pela Lei n.º 16/2015, de 26 de Fevereiro, as regras relativas à organização e ao exercício da actividade de gestão de organismos de investimento colectivo que se encontravam previstas no CVM.

CVM[5], as quais, de modo simplificado, se podem distinguir entre a “consultoria para investimento”, traduzida em recomendações de investimento personalizadas, individualizadas, incluída nos “serviços e atividades de investimento em instrumentos financeiros”, *tipificada*[6] na al. f) no n.º 1 do art. 290.º do CVM,

[5] Na presente exposição, assumem-se duas categorias de recomendações de investimento, ainda que se aceite que, enquanto prestação de conselhos ou aconselhamento, seja personalizado, seja ao público, ambas se possam qualificar como “consultoria”, conceito cuja centralidade justifica a consideração de uma terceira categoria, a saber, a “consultoria sobre a estrutura de capital, a estratégia industrial e questões conexas, bem como sobre a fusão e a aquisição de empresas”, prevista na al. d) do art. 291.º - nesta perspectiva, reconhecendo-se no elenco legal da intermediação financeira três tipos diferentes de consultoria. Neste sentido, cfr. Paulo Câmara – *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, 3.ª edição, 2016, pág. 451.
As referências doutrinais e jurisprudenciais nacionais especificamente dedicadas às “recomendações de investimento” aqui tratadas são exíguas. Sobre os elementos característicos das recomendações de investimento, ao público e personalizadas, cfr. Paulo Câmara, *ob. cit. “Manual…”,* págs. 451 a 459. No que que se refere à “consultoria para investimento”, cfr.: Alexandre Lucena e Vale – *Consultoria para investimento em valores mobiliários*, *in* “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. V (2004), págs. 349-403. Na jurisprudência, sobre o contrato de consultoria para investimento (e responsabilidade civil do intermediário financeiro) cfr. os acórdãos: STJ, de 6.6.2013, proc. 364/11.0TVLSB.L1.S1; TRP, de 2.3.2015, proc. 1099/12.2TVPRT.P1
Sobre as “recomendações de investimento” ao público: Gonçalo Castilho dos Santos – *Recomendações de Investimento em Valores Mobiliários e Conflitos de Interesses*, *in* “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. VIII (2008), págs. 337-356; Sofia Nascimento Rodrigues – *Aspectos jurídicos da atividade e dos relatórios de análise financeira (Research)*, *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 14, 2002, Lisboa, CMVM, p. 99-104.
Cfr. também, *CESR – Understanding the definition of advice under MiFID* – (CESR/10-293, 19.04.2010); ESMA – *Final Report – ESMA´s Technical Advice to the Commission on MiFID II and MIFIR* – (19.12.2014), pág. 144 e segs.

[6] A referência à tipificação operada pelo artigo 290.º do CVM, relativa ao conjunto dos contratos relativos aos serviços de investimento previstos na CVM no âmbito das actividades de intermediação financeira, justifica a consideração sobre a existência de um *“numerus apertus”* ou de um *“numerus clausus”* dos serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros. Por força do art. 405.º do Código Civil, deve considerar-se que se trata de uma tipicidade aberta, não existindo, portanto, uma *taxatividade* no âmbito dos serviços de investimento, Neste sentido, cfr. Rui Pinto Duarte – *Contratos de intermediação no Código dos Valores Mobiliários* -, *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 7, Abril-2000, Lisboa, CMVM, pág. 373; José Queiroz Almeida – *Contratos de intermediação financeira enquanto categoria jurídica, in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 24 – Novembro 2006, Lisboa, CMVM, págs. 291 e segs.; Gonçalo Castilho dos Santos – *A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente* – Almedina, 2008, págs. 155-156; cfr. Luís Bandeira – *A renovada crise da dogmática da autonomia da vontade. Os contratos de serviços de investimento em instrumentos financeiros* – Universidade de Vigo - dissertação de doutoramento, edição policopiada, Outubro – 2010, págs. 224 e segs.; José Engrácia Antunes – *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Reimpressão, 2017, p. 574 nota 1122.
Na jurisprudência, cfr. o Acórdão de 30.5.217, proc. 588/11.0TVPRT.P1, que considera a “intermediação financeira poder constituir uma categoria contratual autónoma aberta”.
Diversamente, e perante o Código do Mercado de Valores Mobiliários (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril), afirmando uma tipicidade legal taxativa das actividades de intermediação financeira previstas no seu artigo 608.º, cfr. Fernando Conceição Nunes – *Os intermediários financeiros*, *in* “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. II, Coimbra Editora, 2000, págs. 91 e segs.
Questão diversa é a de apurar se todos os “serviços de investimento” assentam num “contrato” e se constituem um tipo autónomo ou se são reconduzíveis aos tipos contratuais pré-existentes, designadamente ao “contrato de prestação de serviço”, em particular, considerando o *nome iuris* “serviços de investimento”.

e as "recomendações de investimento" dirigidas ao público, incluídas como "recomendações genéricas" relacionadas com operações em instrumentos financeiros na previsão da al. c) do art. 291.º do CVM, no âmbito dos "serviços auxiliares", previstas a par da "elaboração de estudos de investimento" e da "análise financeira".

Recomendações de investimento.

As recomendações de investimento "genéricas", dirigidas ao público, não constituem objecto exclusivo da actividade de intermediação financeira, o mesmo é dizer, a realidade da sua elaboração e emissão não é exclusiva dos intermediários financeiros.

A sua previsão não estava incluída na redacção originária do CVM, tendo sido consagrada através do aditamento ao CVM dos artigos 12.º-A a 12.º-E, através do Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, estabeleceu no n.º 1 do artigo 12.º-A (*Recomendações de investimento*)[7]:

"Constituem recomendações de investimento os relatórios de análise financeira ou qualquer outra informação emitida por analistas independentes, empresas de investimento, instituições de crédito, entidades cuja actividade principal seja formular recomendações e pessoas que neles exerçam a sua actividade profissional, em que se formule, directa ou indirectamente, uma recomendação ou sugestão de investimento ou desinvestimento sobre um emitente de valores mobiliários, valores mobiliários ou

[7] Na sua redacção originária, o CVM não continha qualquer definição ou regulação específica das recomendações de investimento. O Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, diploma que operou a transposição para o ordenamento jurídico interno da Directiva 2003/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (*Market Abuse Directive*) aditou ao CVM os artigos 12.º-A a 12.º-E, incluindo no n.º 1 do art. 12.º-A a definição de "recomendações de investimento". Através da Lei n.º 28/2017, de 30 de Maio, à excepção do n.º 1 do art. 12.ºA, as mencionadas normas foram revogadas, limitando-se a norma subsistente (alterada) a remeter para o Regulamento (UE) n.º 596/2014, o qual revogou a Directiva 2003/6/CE. Assim, actualmente, a previsão do n.º 1 do art. 12.º-A, estabelece:
"As recomendações de investimento, designadamente, o respetivo conteúdo, modo de apresentação, requisitos e divulgação de interesses ou existência de conflitos de interesse, regem-se pelo Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, e respetiva regulamentação e atos delegados."

outros instrumentos financeiros e que se destinem a canais de distribuição ou ao público.”

Em momento ulterior, aquando da transposição da DMIF I, em finais de 2007, tais recomendações foram consagradas no CVM, sendo incluídas na al. c) do art. 291.º como *“recomendações genéricas relacionadas com operações em instrumentos financeiros*, portanto, passando essas recomendações de investimento *genéricas* a integrar a previsão legal dos serviços auxiliares dos serviços e actividades de investimento, nos seguintes termos:

“A elaboração de estudos de investimento, análise financeira ou outras recomendações genéricas relacionadas com operações em instrumentos financeiros;”

Revogada a definição contida no n.º 1 do art. 12.º-A, actualmente, coexistem duas definições de “recomendações de investimento” (ao público”) - *exteriores* ao CVM:

- no Regulamento (UE) n.º 596/2014[8] do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, para o qual remete o n.º 1 do art. 12.º-A do CVM, o qual estabelece no n.º 1 do art. 3.º a seguinte definição:

“35) «Recomendações de investimento», qualquer informação recomendando ou sugerindo uma estratégia de investimento, de forma explícita ou implícita, em relação a um ou vários instrumentos financeiros ou aos emitentes, incluindo qualquer parecer sobre o valor ou preço actual ou futuro desses instrumentos, e que se destine aos canais de distribuição ou ao público.”

- no Regulamento Delegado (UE) 2017/565, o qual estabelece, no art. 36.º (Estudos de investimento e comunicações comerciais), estabelece a definição de “estudos de investimento”:

[8] Regulamento relativo ao abuso de mercado (habitualmente, denominado, por *MAR – Market Abuse Regulation*), completado pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2016/958 da Comissão, de 9 de Março de 2016.

"1. Para efeitos do artigo 37.º[9], entende-se por estudos de investimento os estudos ou outras informações que recomendem ou sugiram, explicita ou implicitamente, uma estratégia de investimento relativa a um ou vários instrumentos financeiros ou aos emitentes dos mesmos, incluindo qualquer parecer quanto ao preço ou ao valor atual ou futuro desses instrumentos, destinados aos canais de distribuição ou ao público, e relativamente aos quais sejam respeitadas as seguintes condições: a) Os estudos ou informações são designados ou descritos como estudos de investimento ou por termos análogos ou são apresentados como uma explicação objetiva ou independente das questões contidas na recomendação; b) Se a recomendação em causa fosse feita por uma empresa de investimento a um cliente, não representaria uma prestação de serviços de consultoria para investimento para efeitos da Diretiva 2014/65/UE.

2. Uma recomendação do tipo abrangido pelo artigo 3.º, n.º 1, ponto 35, do Regulamento (UE) n.º 596/2014 que não preencha as condições previstas no n.º 1 deve ser tratada como uma comunicação comercial para efeitos da Diretiva 2014/65/UE e as empresas de investimento que elaboram ou divulgam essa recomendação devem garantir que seja claramente identificada como tal.

Além disso, as empresas devem assegurar que qualquer recomendação desse tipo contém uma declaração clara e proeminente (ou, no caso de uma recomendação oral, uma declaração para o mesmo efeito) de que não foi elaborada de acordo com os requisitos legais destinados a promover a independência dos estudos de investimento, e que não está sujeita a qualquer proibição que impeça a negociação antes da divulgação dos estudos de investimento."

[9] O art. 37.º estabelece requisitos organizativos adicionais relativos a estudos de investimento ou comunicações comerciais a cumprir pelas "empresas de investimento que elaboram ou organizam a elaboração de estudos de investimento destinados ou suscetíveis de serem subsequentemente divulgados a clientes da empresa ou ao público.

Não cabendo aqui a apreciação minuciosa da concorrência das normas citadas, sempre cumpre destacar que no CVM, o art. 12.º-A, *a montante* do âmbito da prestação de serviços de investimento, visando apenas a tutela do “abuso de mercado”, remete para a definição de recomendação de investimento estabelecida no Regulamento (UE) 596/2014. No âmbito dos serviços de investimento, melhor, dos serviços auxiliares, o art. 291.º, na al. c), mantém a referência à “elaboração de estudos de investimento, análise financeira ou outras recomendações genéricas”, sem se comprometer com qualquer definição. Supõe-se que tal previsão deve ser integrada pela definição contida no art. 35.º[10] do Regulamento Delegado (UE) 2017/565, aplicável aos estudos de investimento que sejam elaborados pelas empresas de investimento[11].

Consultoria para investimento.

No que se refere à definição legal da consultoria para investimento, os ns. 1 a 3 do art. 294.º do CVM estabelecem:

[10] O art. 35.º do Regulamento Delegado (UE) 2017/565 estabelece:
“1. Para efeitos do artigo 37.º, entende-se por estudos de investimento os estudos ou outras informações que recomendem ou sugiram, explicita ou implicitamente, uma estratégia de investimento relativa a um ou vários instrumentos financeiros ou aos emitentes dos mesmos, incluindo qualquer parecer quanto ao preço ou ao valor atual ou futuro desses instrumentos, destinados aos canais de distribuição ou ao público, e relativamente aos quais sejam respeitadas as seguintes condições: a) Os estudos ou informações são designados ou descritos como estudos de investimento ou por termos análogos ou são apresentados como uma explicação objetiva ou independente das questões contidas na recomendação; b) Se a recomendação em causa fosse feita por uma empresa de investimento a um cliente, não representaria uma prestação de serviços de consultoria para investimento para efeitos da Diretiva 2014/65/UE.
2. Uma recomendação do tipo abrangido pelo artigo 3.o, n.o 1, ponto 35, do Regulamento (UE) n.o 596/2014 que não preencha as condições previstas no n.o 1 deve ser tratada como uma comunicação comercial para efeitos da Diretiva 2014/65/UE e as empresas de investimento que elaboram ou divulgam essa recomendação devem garantir que seja claramente identificada como tal. Além disso, as empresas devem assegurar que qualquer recomendação desse tipo contém uma declaração clara e proeminente (ou, no caso de uma recomendação oral, uma declaração para o mesmo efeito) de que não foi elaborada de acordo com os requisitos legais destinados a promover a independência dos estudos de investimento, e que não está sujeita a qualquer proibição que impeça a negociação antes da divulgação dos estudos de investimento.”

[11] Solução que a Lei espanhola expressamente adoptou no art. 141 da “Ley del mercado de valores” (após transposição da DMIF II), relativo aos “serviços auxiliares”, prevendo na al. e): *“La elaboración de informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones sobre instrumentos financieros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565”.*

"1 - Entende-se por consultoria para investimento a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, na sua qualidade de investidor efetivo ou potencial, quer a pedido deste quer por iniciativa do intermediário financeiro ou consultor para investimento autónomo relativamente a transações respeitantes a valores mobiliários ou a outros instrumentos financeiros.

2 - Para efeitos do número anterior, existe aconselhamento personalizado quando é feita uma recomendação a uma pessoa, na sua qualidade de investidor efetivo ou potencial, que seja apresentada como sendo adequada para essa pessoa ou baseada na ponderação das circunstâncias relativas a essa pessoa, com vista à tomada de uma decisão de investimento.

3 - Uma recomendação não constitui um aconselhamento personalizado, caso seja emitida exclusivamente ao público."

Nos termos do n.º 4 do art. 294.º do CVM, a consultoria para investimento pode ser exercida por intermediário financeiro autorizado a exercer essa actividade, relativamente a quaisquer instrumentos financeiros, e por consultores para investimento autónomos, relativamente a valores mobiliários, estes últimos, podem revestir a natureza de pessoas singulares ou de sociedades de consultoria para investimento[12].

[12] Note-se que a previsão do CVM quanto à entidades habilitadas à prestação da consultoria para investimento e a consagração de um regime de reserva a favor dessas entidades, sobrepõe-se a previsão anterior do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ainda em vigor, na al. h do n.º 1 do art. 4.º que prevê a "consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários" no âmbito das operações para as quais os bancos estão habilitados, bem como a previsão da exclusividade decorrente do n.º 2 do art. 8.º do mesmo regime.
Note-se que o n.º 4 do art. 294.º do CVM discrimina quanto aos instrumentos objecto da consultoria, em razão do prestador do serviço. Assim, os intermediários financeiros podem exercer essa atividade, relativamente a quaisquer instrumentos financeiros, enquanto que os consultores para investimento autónomos, apenas, relativamente a valores mobiliários.
Aos agentes vinculados é permitida a consultoria para investimento em instrumentos financeiros ou sobre serviços prestados pelo intermediário financeiro, daí resultando a possibilidade de a consultoria poder ser prestada por uma sociedade que não reveste a natureza de intermediário financeiro ou de sociedade de consultoria para investimento. A tal não será estranho o facto de o agente vinculado representar e actuar apenas em nome e por conta de um intermediário financeiro - cfr. a al. a) do n.º 3 do art. 294.º-A e a al. b) do n.º 2 do art. 294.º-B do CVM.
Sobre o registo dos consultores para investimento autónomos e da comunicação dos colaboradores dos intermediários financeiros que exerçam a actividade de consultoria para investimento, cfr. o art. 301.º do CVM. O novo regime de registo aparenta maior clareza no âmbito e termos da sua aplicação, face ao regime vigente no âmbito do Regulamento da CMVM n.º 2/2007, na medida em que não procedia a uma clara distinção entre os consultores autónomos e os intermediários financeiros.
As sociedades de consultoria para investimento são reguladas por regime jurídico próprio, constante do Decreto-Lei 357-B/2007, de 31 de Outubro.

A definição de consultoria de investimento prevista no ponto 4) do n.º 1 do art. 4.º, quer na DMIF I, quer na DMIF II, tem o mesmo teor:

“a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, quer a pedido deste quer por iniciativa da empresa de investimento, relativamente a uma ou mais transacções respeitantes a instrumentos financeiros;”.

A Directiva de Execução DMIF I, a Directiva 2006/73/CE, no art. 52.º, concretizou o aconselhamento personalizado como

“uma recomendação feita a uma pessoa na sua qualidade de investidor efetivo ou potencial ou na sua qualidade de agente de investidor efetivo ou potencial, recomendação que deve ser apresentada como sendo adequada para essa pessoa ou basear-se na ponderação das circunstâncias relativas a essa pessoa, devendo constituir uma recomendação feita com vista à tomada de um dos seguintes conjuntos de medidas:

a) Comprar, vender, subscrever, trocar, resgatar, deter ou tomar firme um instrumento financeiro específico;

b) Exercer ou não qualquer direito conferido por um instrumento financeiro específico no sentido de comprar, vender, subscrever, trocar ou resgatar um instrumento financeiro.”

Mais explicitou que *“uma recomendação não constitui um aconselhamento personalizado, caso seja emitida exclusivamente através dos canais de distribuição ou ao público.”*[13]

No âmbito da DMIF II, destaca-se a introdução de um regime distinto consoante a consultoria para investimento é, ou não, realizada numa base independente, distinção que assume

[13] Como será dada nota, em seguida, com a DMIF II foi eliminada a referência aos “canais de distribuição”.

relevância decisiva no regime dos "incentivos"[14] (*inducements*) a que o CVM se refere como "benefícios" (cfr. os arts. 313.º a 313.º-C do CVM), e cujo regime é conformado pela Directiva Delegada 2017/593. O Regulamento Delegado (UE) 2017/565, desenvolve o regime da consultoria para investimento de base independente e de base não independente, em particular em matéria de informação aos clientes, e reforça os termos da distinção entre a consultoria para investimento como aconselhamento ou recomendação personalizada e as recomendações ao público (recomendações gerais), mantendo o entendimento da Directiva da Execução da DMIF I sobre o "aconselhamento personalizado", com a diferença de ter deixado de considerar excluído do aconselhamento personalizado o caso da emissão da recomendação "exclusivamente através de canais de distribuição" [15] (cfr. art. 9.º do Regulamento Delegado (UE) 2017/365). O mesmo regulamento imprimiu uma reformulação, um reforço, das regras relativas à avaliação da adequação no âmbito da consultoria para investimento e da gestão de carteiras[16].

Como já referido, as mencionadas regras dos múltiplos instrumentos delegados revestem-se da maior importância, considerando o protagonismo das regras dele constantes. A tal movimento legislativo, correspondeu um consequente e notável

[14] Cfr. Tiago dos Santos Matias – *Research e Inducements: o que foi não volta ser. Breve incursão, funcional, pelas novas regras da DMIF II, in* Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários, n.º 57, Agosto 2017, Lisboa, CMVM, págs. 35-52; José Ferreira Gomes – *Conflitos de interesses e benefícios (inducements) dos intermediários financeiros perante a MiFID II, in* "O Novo Direito dos Valores Mobiliários – I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros", Almedina, 2017, pág. 227 e segs.

[15] Com a transposição da DMIF II foi eliminada a referência à sua emissão exclusiva através de "canais de distribuição". A delimitação negativa da consultoria por referências à emissão exclusiva das recomendações através de "canais de distribuição ou ao público" assume toda a relevância para efeitos da delimitação entre as "recomendações de investimento" (genéricas) e a consultoria para investimento como recomendação personalizada, individualizada. A supressão da referência a "canais de distribuição", operada pela DMF II, terá tido em conta a multiplicidade de situações em que os intermediários que prestam aconselhamento personalizado através da utilização de canais de distribuição – v.g. a *internet*. Neste sentido, cfr. Ana Perestrelo de Oliveira – *DMIF II e Consultoria para investimento: da compliance à revisão dos modelos de negócio*, *in* "O novo direito dos valores mobiliários" – I Congresso sobre valores mobiliários e mercados financeiros", Almedina, 2017, pág. 220, nota 9.

[16] As matéria relativas ao (novo) regime dos "benefícios" (incentivos), da consultoria independente e a da adequação, justificam uma análise específica.

esvaziamento do CVM. A *menorização* do CVM, naturalmente, comum aos ordenamentos jurídicos dos demais Estados membros, resulta *agravada* pela soberanas competências atribuídas à ESMA (*European Securities and Market Authority*)[17] no que se refere ao estabelecimento de linhas-guia de interpretação das “normas DMIF”, quer as de aplicação directa, quer as que foram objecto de transposição, portanto do próprio CVM. Tudo, naturalmente, uniformizando a interpretação e aplicação por parte das diversas autoridades de supervisão dos Estados membros.

Recomendações de investimento - serviços e actividades de investimento e contratos.

Do arrolamento dos artigos 290.º e 291.º, encontra-se, em regra, mas não necessariamente, um “serviço”. Daí a referência a “actividades”. A actual previsão legal de “serviços e actividades de investimento” (ou auxiliares), resulta da transposição da DMIF I, sucedendo à previsão originária relativa a “serviços de investimento”, justificada pelo reconhecimento de, no âmbito das actividades de intermediação financeira, se incluírem operações que não consubstanciam serviços prestados pelo intermediário financeiro a um cliente, mas *meras actividades* desenvolvidas por intermediários financeiros – do que constitui exemplo ostensivo, “a gestão de sistema de negociação multilateral” e a “gestão de sistema de negociação organizado”, previstas na alínea g) e h) do nº 1 do art. 290.º[18].

[17] Sobre a ESMA, criada pelo Regulamento (UE) 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, e que sucede ao *CESR* (*Committe of European Securities Regulators*) como autoridade na área mobiliária, como uma das três autoridades de supervisão europeias (designadas colectivamente por *European Supervisory Authorities* - parte integrante do Sistema Europeu de Supervisão Financeira - *European System of Financial Supervisors*), a par da *European Banking Authority* (EBA), para a área bancária, e da *European Insurance and Occupationl Pensions Authority* (EIOPA), na área dos seguros e fundos de pensões, cfr. Paulo Câmara, ob cit. “Manual…”, pág. 50 e segs.; Filippo Annunziata – *La disciplina del mercato mobiliare*, ottava edizione, G. Giappichelli editore - Torino, pág. 33 e segs.; Thierry Bonneau, Pauline Pailler, Anne-Claire Rouaud, Adrien Tehrani, Régis Vabres - *Droit financier*, L.G.D.J, 1re édition, 2017, pág. 147 e segs.

[18] Neste sentido, cfr. Filippo Annunziata, *ob cit. “La disciplina…”*, págs. 8-9, que justifica a menção a “actividade” em razão da previsão da “gestão de sistema de negociação unilateral”. Ao qual aqui se adita, por força da DMIF II, a “gestão de sistema de negociação organizado”.

No que se refere aos "serviços de investimento", habitualmente, é considerada a existência, necessária, de um contrato, portanto, de uma relação contratual[19].

Considerando as "recomendações de investimento" abrangendo ambos os tipos acima enunciados, portanto, as recomendações personalizadas e as recomendações ao público, justifica perguntar-se se revestem a natureza de "serviços" ou de "actividades" de investimento.

[19] Talvez, melhor, de uma relação negocial!
Concretizando: a menção a "relação negocial", em vez de "relação contratual", tem o propósito de submeter à reflexão que, mesmo no contexto de um "serviço", este poderá não consubstanciar um contrato, do que é expoente tradicional entre nós, a consideração das "ordens de bolsa como negócio jurídico unilateral"– qualificação pacífica, na doutrina e jurisprudência nacionais, *provocada* por António Menezes Cordeiro ao qualificar a ordem de bolsa como negócio jurídico unilateral – cfr. António Menezes Cordeiro - *Da transmissão em bolsa de acções depositadas*, *in* Banca, Bolsa e Crédito - Estudos de Direito comercial e de Direito da economia, I vol., Livraria Almedina, Coimbra, 1990) - pág. 79. Demonstrativo da mencionada conformação, cfr.: Amadeu José Ferreira – *Ordem de Bolsa*, ROA, Ano 52, Julho de 1992; Luís Menezes Leitão – *Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros*, *in* "Direito dos Valores Mobiliários", vol. II, Coimbra Editora 2000, págs. 129.
Ousadamente, exorta-se a uma apreciação crítica a tal douto entendimento, à luz do serviço de "recepção de ordens para transmissão" e de "recepção de ordens", cujo âmbito de aplicação é, sem dúvida, mais amplo daquele a que se referia a apreciação relativa, apenas, à "ordem de bolsa" no contexto normativo, então, vigente, designadamente, do monopólio da execução de ordens pelos "corretores de bolsa".
No sentido mencionado, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, e com base na "recepção, transmissão e execução" de ordens, apresenta uma distinção entre contratos de intermediação financeira e serviços de investimento, não em razão da tripartição das actividades de intermediação financeira pelo artigo 289.º do CVM, mas por considerar que nem todos os serviços de investimento constituem contratos, "contratos de intermediação"– cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, reimpressão, 2017, pág. 314.
Em defesa da natureza contratual do "serviço" de recepção de ordens para execução e transmissão, sempre se poderá alegar que os actos em que se traduz esse serviço implicam a existência de uma relação contratual prévia, uma relação ou contrato de cobertura – como seja um contrato-quadro de prestação de serviços de intermediação financeira - o qual para alguma doutrina é tida como *conditio sine qua non* da recepção da ordens – cfr. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *ob cit.* pág. 317. Constituirá fundamento de tal contrato, o disposto no n.º 1 do art. 321.º do CVM que estabelece a exigência de forma escrita nos contratos de intermediação - ao referir-se aos "contratos relativos aos serviços previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 290.º", está a incluir, precisamente, a "recepção e execução" e a "transmissão" (respectivamente, previstas nas als. a) e b)).
Diversamente, na doutrina estrangeira, as "ordens" são consideradas como consubstanciando um contrato, sendo consideradas, em função do conteúdo, como contratos de mandato, de comissão ou de corretagem ou mediação – cfr. Thierry Bonneau *et. al.*, *ob. cit. Droit financier*, pág. 492.
Na jurisprudência nacional, considerando o "negócio jurídico unilateral, cfr. os acórdãos do STJ, de 15.11.2007, proc. 07B3093, e de 11-01-2000 (Proc. 99A792) – este, por um lado, afirmando a natureza de negócio jurídico unilateral, e ao mesmo tempo, por outro lado, afirmando que só um contrato de mandato pode estar subjacente à ordem de compra e venda de títulos em bolsa.
Por sua vez, no longínquo acórdão do STJ, proc. 062129, de 15.3.1968, encontra-se: "Considera-se celebrado um contrato de comissão, tal como o define o artigo 266 do Código Comercial, no caso de os autores terem encarregado um Banco de vender determinadas acções de uma Companhia, agindo o Banco, nas relações com terceiros, por si e em seu nome principal e único contraente"; mais recentemente, os acórdão do STJ, de 09-10-1996, proc. 96A365 (a operação de bolsa como a "celebração de um contrato através de um mandato"), de 22.2.2005, proc. 04A4265.

Apresenta-se com *naturalidade*, relativamente à “consultoria para investimento”, a consideração de que tal serviço decorre ou assenta numa relação contratual. De algum modo, o mesmo pressuposto “contratual” surge associado ao “serviço auxiliar” das recomendações genéricas de investimento. Sem prejuízo, e a pretexto da (actual) previsão do CVM ter passado a incluir, além da primitiva previsão de “serviços de investimento”, a menção a “actividades” - “serviços e actividades de investimento”, justifica-se questionar se, em ambos os casos, estamos perante um “serviço” que tenha subjacente uma relação de natureza contratual ou perante uma “actividade” desprovida dessa natureza.

No que respeita às “recomendações de investimento”, decorrentes da elaboração dos estudos de investimento, de análise financeira ou de outras recomendações genéricas, ainda que possam constituir um serviço prestado pelo autor do estudo ou análise, na medida em que facilmente se concebe a existência de um contrato que tenha por objecto a elaboração ou emissão das ditas “recomendações genéricas” de investimento, dirigidas ao público, podem ser concebidas como existindo sem o contexto de uma qualquer prestação de serviços, sem um qualquer enquadramento contratual, caso em que não existirá um “serviço”, pelo menos no sentido contratual[20].

No que se refere às recomendações personalizadas, integrantes da “consultoria para investimento”, enquanto recomendação individualizada, **é** associada a um serviço prestado ao cliente, portanto, consubstanciando uma relação contratual traduzida na prestação do “serviço de consultoria para investimento” [21]. Ainda que dos termos da definição legal

[20] Em tal situação, estaremos perante uma “actividade”, ainda que as “recomendações genéricas” se encontrem integrados no art.º 291.º, relativo aos “serviços auxiliares”, no qual não é feita a distinção entre “serviços e actividades” – integram os serviços auxiliares dos “serviços e actividade de investimento”.

[21] Perante a solução da DMIF I, Paulo Câmara afirma que “na base da consultoria [para investimento] está um contrato”, considerando que o n.º 7 do art. 19.º da DMIF I pressupõe a existência de contrato – o que afastou a hipótese suscitada pelo CESR que “no seu Parecer admitia consultoria incidental sem base contratual” – *ob. cit. “Manual…”*, §24., 5., pág. 452.

de "consultoria para investimento" se inclua a situação em que o intermediário financeiro emita o aconselhamento por sua iniciativa, deve entender-se como necessária a sua recepção pelo destinatário, i.e., que o conselho seja recebido e que seja entendido pelo destinatário, para se poder afirmar a existência de consultoria para investimento. Dito de outro modo, não basta que o intermediário financeiro, por sua iniciativa, emita uma recomendação personalizada para um cliente (ou para um conjunto de clientes com um mesmo perfil de investidor) e as envie, para se poder afirmar a existência de um serviço de consultoria para investimento[22]. O destinatário há-de receber e entender a recomendação, enquanto fundamento da decisão de a executar ou não – i.e., o conselho há-de, de facto, constituir um elemento essencial da formação da sua decisão de investimento (seja, de investimento, de "desinvestimento" ou de "não execução")[23].

O que vai equacionado sobre a (in)existência de um contexto contratual para as recomendações de investimento é, tão-só, no contexto normativo do CVM, considerando a

[22] A consultoria para investimento apresenta-se, facilmente, como um contrato de prestação de serviços – o serviço de aconselhamento personalizado, através da emissão de recomendações personalizadas.
Contudo, afigura-se que da previsão legal (literal) de "serviços" não deve retirar-se a recondução dos diversos serviços no tipo contratual da "prestação de serviços", reconhecendo, antes, a diferente natureza jurídica desses "serviços e actividades de investimento" – portanto, reconhecendo-se nos diferentes tipos contratuais uma diferente estrutura jurídica-contratual. A este propósito, cfr. Rui Pinto Duarte, *ob cit. "Contrato de intermediação…"*, pág. 367.

[23] Quando não exista, entre o intermediário financeiro e o cliente, um acordo, um contrato para a prestação do serviço, no caso de o intermediário financeiro emitir um recomendação personalizada, para se afirmar uma actividade relativa ao serviço de consultoria para investimento, deve, no mínimo, verificar-se o efectivo recebimento e conhecimento pelo cliente da recomendação individualizada que lhe seja dirigida, o mesmo é dizer que se deve afastar uma interpretação da definição legal de consultoria de investimento que, com base na hipótese da "iniciativa do intermediário financeiro", conduza a considerar a existência do "serviço" de consultoria quando não existe qualquer manifestação e vontade, sequer implícita ou tácita, por parte do cliente destinatário do conselho.
No caso de o serviço de consultoria assentar num serviço continuado, num serviço de acompanhamento, deve considerar-se que as recomendações elaboradas e remetidas pelo intermediário financeiro ao cliente, para o endereço que tenha sido convencionado em acordo estabelecido, constituem o cumprimento da obrigação do acompanhamento contratado, ainda que o cliente não tenha tido real acesso e conhecimento ao seu teor – em abono de tal solução pode considerar-se a posição do STJ segundo a qual "a declaração negocial recipienda ou receptícia considera-se eficaz não apenas quando é recebida pelo destinatário como ainda quando só por sua culpa exclusiva não foi oportunamente recebida (art. 224º, nº 2, do CC) – cfr. acórdão do STJ (2.ª secção), de 9-2-2012, Proc. 3792/08.5TBMAI-A.P1.S1.

relevância da qualificação para aferir das obrigações do emitente da recomendação, em particular, no que se refere à consultoria para investimento, aferir sobre os deveres de informação, especialmente, em termos de obrigações pré-contratuais de informação do intermediário financeiro, seja de prestação de informação, seja de recolha de informação sobre o investidor.

Questão diversa, *paralela* ou *exterior* ao CVM, é a de aferir a relevância dessas recomendações quanto à sua natureza e efeitos jurídicos em termos do estatuído no direito comum, em particular quanto à responsabilidade extracontratual pela prestação de conselhos[24].

Delimitação das “Recomendações genéricas” – alguns problemas.

Caracteriza a “recomendação de investimento” o facto de se destinar “aos canais de distribuição ou ao público”, portanto não se dirigindo a pessoa ou pessoas determinadas ou, dirigindo-se, não tendo em consideração as suas circunstâncias pessoais em termos de adequação da recomendação emitida,

[24] Efectivamente, não deve perder-se de vista que o Código Civil prevê para sobre a responsabilidade por recomendações, estabelecendo no n.º 1 do artigo 485.º que “os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte” (n.º 1), porém a “obrigação de indemnizar [existe quando] se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível”.
Não cabendo na presente exposição o desenvolvimento de tal previsão e apurar sobre os termos do enquadramento das “recomendações de investimento” previstas no CVM, sempre cumpre destacar o interesse que daí pode resultar, dada a diferente natureza das ditas “recomendações de investimento”, na medida em que aí se distinguem recomendações dirigidas ao público e recomendações personalizadas.
Sobre o regime previsto no artigo 485.º do Código Civil, cfr.: Agostinho Cardoso Guedes – “A responsabilidade do banco por informações à luz do artigo 485.º do Código Civil”, *in* Revista de Direito e Economia, n.º 14, Universidade de Coimbra, 1988, págs. 135-165; Jorge Sinde Monteiro, “Responsabilidade por conselhos e informações”, Coimbra, Almedina, 1989, págs. 478 e segs. No contexto da responsabilidade no âmbito da informação bancária, atente-se na síntese de Luís Menezes Leitão, segundo o qual, em termos de responsabilidade civil, “esta poderá ter uma natureza contratual, no caso de obrigações de informação assumidas pelo Banco, (art. 798.º), delitual quando a responsabilidade resulte da violação do art. 485.º e ainda colocar-se a meio termo quando estejam em causa deveres específicos que não se reconduzem a obrigações” – aqui, segundo o mesmo autor, “trata-se da denominada *terceira via da responsabilidade civil”.* – Cfr. Luís Menezes Leitão, *Informação bancária e responsabilidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, II, Direito Bancário, Coimbra, 2002, p. 227.

daí a menção do CVM a "recomendações genéricas" (cfr. a al. f) do art. 291.º). Afigura-se que a denominação correcta seria a de "recomendações gerais". Considerando os destinatários, o público, constituem "recomendações gerais"[25]. A referência a "recomendações genéricas" aponta para o objecto das recomendações – a falta de precisão ou incisão quanto ao instrumento financeiro, à entidade emitente ou, mesmo, quanto ao preciso sentido da recomendação (em termos de decisão de investimento). A referência a "recomendações genéricas" haveria de ser reservada para as comunicações ao público que, ainda que incluindo uma sugestão de investimento, se referisse a informações sobre um instrumento financeiro ou uma entidade emitente sem a devida concretização ou identificação, em particular quando inclua uma referência genérica a categorias de instrumentos financeiros ou de entidades emitentes e por referência às áreas de negócio ou de actividade.

Com esta menção, pretende-se colocar em evidência o reconhecimento de informações dirigidas ao público contendo alguma sugestão de investimento, ainda que indirecta, e ainda que se referindo a instrumentos financeiros ou a entidades emitentes, não devem ser consideradas abrangidas pelo enquadramento normativo das "recomendações de investimento". Tal circunscrição assume toda a importância para efeitos da delimitação das

[25] A generalidade das legislações de transposição de outros Estados membros consagra o conceito de "geral". Na legislação espanhola, encontra-se a menção a recomendação "genérica" para identificar recomendações que não preenchem o conceito legal, na medida em que não revestem o carácter de determinação quanto aos instrumentos financeiros ou às emitentes – como acontece quando é feita uma referência ao investimento na "área financeira" ou "em acções". No que se refere à recomendação de investimento como serviço auxiliar, é identificada na previsão relativa aos "serviços auxiliares" da al. e) do art. 141 da Ley del mercado de valores (após transposição da DMIF II): *"La elaboración de informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones sobre instrumentos financieros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016".*
Ainda sobre o carácter "geral", Filippo Annunziata, *ob. cit. "La disciplina…"*, págs. 108-109, a propósito do carácter personalizado da recomendação emitida na consultoria para investimento, considera como elemento distintivo de outros conselhos ou recomendações que se revestem do carácter de *generalitá*, por serem dirigidos a vários destinatários ou por não se basearem na consideração específica das exigências e das características de determinado investidor. Sendo disso exemplo, a actividade dos estudos de investimento (*research*), a análise financeira ou outras formas de recomendações gerais relativas a operações sobre instrumentos financeiros – que podem considerar-se abrangidas pelo "serviço auxiliar" (no CVM, previsto na al. c) do art. 291.º).
Assim, a alínea c) do art. 291.º, em vez de *recomendações genéricas* deveria referir-se a *recomendações gerais* por contraposição às *personalizadas* (do âmbito da consultoria para investimento).

actividades ou iniciativas de natureza comercial ou publicitária, bem como as relativas a declarações públicas no âmbito de entrevistas ocasionais com natureza de comentário, portanto não resultantes de um estudo ou análise técnica rigorosos[26].

As normas que positivaram a definição de “recomendações de investimento” e a sua previsão como serviço auxiliar dos serviços e actividades de investimento, interpretadas literalmente, impedem (quase) qualquer comunicação ou informação pública!

Na previsão das recomendações de investimento como “serviço auxiliar”, por um lado, incluem-se “estudos de investimento” e “análise financeira”, ambos, geradores de informação que fundamenta, de modo explícito ou implícito, sugestões, recomendações de investimento dirigidas ao publico, acrescendo “outras recomendações genéricas” – todas, relacionadas com operações em instrumentos financeiros. Com previsão algo coincidente, o revogado art. 12.º-A estabelecia constituírem “recomendações de investimento os relatórios de análise financeira ou qualquer outra informação emitida por analistas independentes, empresas de investimento instituições de crédito, entidades cuja actividade principal seja formular recomendações e pessoas que neles exerçam a sua actividade profissional, em que se formule, directa ou indirectamente, uma recomendação ou sugestão de investimento ou desinvestimento sobre um emitente de valores mobiliários, valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros e que se destinem a canais de distribuição ou ao público.”

Afigura-se que as recomendações ou sugestões objecto da previsão legal hão-de decorrer de estudos ou análise revestidos de certos requisitos técnicos de análise,

[26] No que se refere à actividade jornalística, é objecto de previsão específica no Regulamento 596/2014 (*MAR*).

designadamente em termos de rigor e completude[27].

Efectivamente, partindo a norma da actividade da "análise financeira" (*research*) para delimitar as "recomendações de investimento", não é compreensível que as declarações no âmbito de uma (mera) entrevista, com um carácter de análise circunstancial, não fundamentada em termos técnicos rigorosos, possa constituir uma "recomendação" equivalente à resultante de estudos técnicos específicos sobre determinado instrumento financeiro ou emitente e do qual resulte uma indicação (recomendação) de sentido quanto ao (des)investimento! Considerando a finalidade do regime das "recomendações de investimento", no âmbito da regulamentação do "abuso de mercado" e prevenção do conflito de interesses, apenas se hão-de considerar abrangidas as recomendações que nos seus fundamentos tenham *densidade técnica*[28].

[27] Nesse sentido, e de modo explícito, na lei espanhola, a previsão relativa aos "serviços auxiliares", a al. e) do art. 141 da Ley del mercado de valores (após transposição da DMIF II), a qual remete a definição para o art. 36 do Regulamento Delegado (EU) 2017/565: *"en cualquier caso, las recomendaciones que no cumplan las dos condiciones establecidas en el artículo 36.1 del Reglamento Delegado (UE) nº. 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, tendrán la consideración de comunicaciones publicitarias, debiendo las empresas de servicios y actividades de inversión que las presenten o difundan garantizar que se las identifica claramente como tales.*
Además, la recomendación deberá contener una declaración clara y destacada, o en el caso de recomendaciones orales, medida de efecto equivalente, de que aquella no se ha elaborado con sujeción a las disposiciones normativas orientadas a promover la independencia de los informes de inversiones y de que no existe prohibición alguna que impida la negociación antes de la difusión del informe."

[28] Neste sentido, e neste contexto normativo, o art. 15.º do Regulamento da CMVM n.º 2/2007 (intermediação financeira), procedeu a uma delimitação negativa das recomendações de investimento, estabelecendo que *"o intermediário financeiro que elabore ou divulgue recomendações que não respeitem o disposto no n.º 1 do artigo 309.º-D do Código dos Valores Mobiliários deve assegurar que aquelas: a) São identificadas como mensagens publicitárias; b) Incluem menção de que não foram elaboradas de acordo com os requisitos legais destinados a prevenir conflitos de interesses e a fomentar a independência das recomendações de investimento, não lhes sendo aplicável qualquer proibição de negociação antes da sua divulgação."*
Considerando a revogação do art. 309.º-D do CVM operada pela Lei 35/2018, deve entender-se como: "o intermediário financeiro que elabore ou divulgue recomendações que não constituam "consultoria para investimento" nem "recomendações de investimento" deve assegurar que aquelas".
E, actualizandoa referência às "recomendações de investimento": considerando as definições do art. 3.º do Regulamento (UE) n.º 596/2014 e do art. 35.º do Regulamento Delegado (EU) 2017/565.
Na lei espanhola (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre - Ley del Mercado de Valores), no art. 140., g), no qual, após a transposição da DMIF II, deixou de constar a definição de [*asesoramiento*] "consultoria em matéria de investimento", limitando-se a estabelecer:
"g) El asesoramiento en materia de inversión. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo dispuesto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. Asimismo, tampoco se considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público."

Recomendações personalizadas. Contrato de consultoria para investimento - alguns aspectos.

Retomando o que vai exposto, a consultoria para investimento, incluída na tipificação dos “serviços e actividades de investimento”, trata-se da prestação de um serviço de investimento em instrumentos financeiros que consiste no aconselhamento personalizado a um cliente, portanto, de uma recomendação de investimento individualizada, personalizada[29].

A “consultoria para investimento”, originariamente prevista no CVM como serviço auxiliar de “consultoria para investimento em valores mobiliários”, integrava o elenco dos serviços auxiliar dos serviços de investimento, não lhe sendo reservada qualquer definição legal, tão só a concretização de se tratar de consultoria “prestada em base individual”, assente na “prestação de conselhos” – cfr. a redacção originária dos ns. 1 e 2 do art. 294.º CVM.

Como referido, aquando da transposição da DMIF I para o direito interno, a “consultoria para investimento” foi elevada à categoria de “serviço de investimento”, passando o CVM a incluir, no n.º 1 do art. 294.º, uma definição legal de “consultoria para investimento”, segundo a qual se entendia por consultoria para investimento *“a prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, na sua qualidade de investidor efectivo ou potencial, quer a pedido deste quer por iniciativa do consultor relativamente a transacções respeitantes a valores mobiliários ou a outros instrumentos financeiros”.* O “aconselhamento personalizado”, concretizado pelo n.º 2 do mesmo art. 294.º, *“[existe quando] é feita uma recomendação a uma pessoa, na sua qualidade*

[29] Delimitando a consultoria para investimento da DMIF, o Acórdão do TJUE (Quarta Secção), de 31 de maio de 2018, processo C 542/16, apreciou o conceito de “consultoria para investimento”, excluindo do âmbito da consultoria para investimento como serviço de investimento em instrumentos financeiros, a consultoria prestada por mediador de seguros durante uma mediação de seguros para o investimento de capital no âmbito de um seguro de vida de capital, considerando que a consultoria relativa a esse elemento de investimento constitui uma actividade de mediação de seguros. Consequentemente, concluiu pela não abrangência no âmbito do quadro legal da DMIF, afirmando a sujeição ao quadro legal decorrente pela 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros.

de investidor efectivo ou potencial, que seja apresentada como sendo adequada para essa pessoa ou baseada na ponderação das circunstâncias relativas a essa pessoa, com vista à tomada de uma decisão de investimento."

De acordo com o n.º 3 do citado art. 294.º, na redacção resultante da mencionada transposição da DMIF I: *"Uma recomendação não constitui um aconselhamento personalizado, caso seja emitida exclusivamente através dos canais de distribuição ou ao público."*

Conforme expressamente explicitado no considerando (14) do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/565 da Comissão[30], *"o aconselhamento sobre instrumentos financeiros dirigido ao público em geral não deve ser considerado um aconselhamento personalizado para efeitos da definição de «consultoria para investimento» prevista na [DMIF II]"*.

É elemento essencial da definição da consultoria para investimento que a recomendação ou conselho tenha natureza *aconselhamento personalizado* a um cliente, portanto, individualizado. Por outro lado, essa recomendação deve ser *determinada*, deve ter um *objecto determinado* - "transacções respeitantes a valores mobiliários ou a outros instrumentos financeiros". A referência a transacções é considerada no sentido de abranger conselhos relativos a decisões de investimento ou de desinvestimento ou não adopção de qualquer dessas decisões.

A recomendação personalizada é dirigida a um destinatário de acordo com a sua concreta situação, exigindo a lei que seja adequada a essa situação, adequação que a lei estatui como condição essencial para a emissão da recomendação, obrigando à abstenção da sua emissão no caso de não adequação, adequação que deve ser aferida com base na informação recolhida do cliente sobre os seus conhecimentos e experiência, objectivos de investimento e situação financeira.

[30] Regulamento Delegado (UE) 2017/565 da Comissão, de 25 de abril de 2016, que completa a DMIF II no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos para efeitos da referida diretiva.

O aconselhamento é apresentado como adequado para o cliente, considerando as suas características, daí o caracter personalizado, individualizado. Consequentemente, a recomendação não é considerada personalizada se for emitida exclusivamente ao público[31].

A determinação pressupõe que o conselho seja específico, referindo-se a um determinado instrumento financeiro, pelo que não são abrangidas na consultoria para investimento as recomendações relativas a categorias, grupos ou tipologias gerais de instrumentos financeiros ou, por maioria de razão, as relativas a classes de activos (por exemplo, “categoria accionista”, “categoria obrigacionista” [32].

[31] No n.º 3 do art. 294.º, em transposição da DMIF II, foi substituída a redacção originária (baseada na DMIF I) de delimitação negativa que se referia “caso seja emitida exclusivamente através dos canais de distribuição ou ao público” adoptando, reduzindo para “caso seja emitida exclusivamente ao público, na medida em que foi reconhecido que a existência de canais de distribuição pode não traduzir, sempre e necessariamente, uma despersonalização da recomendação.
Conforme expressamente explicitado no considerando (14) do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/565, “o aconselhamento sobre instrumentos financeiros dirigido ao público em geral não deve ser considerado um aconselhamento personalizado para efeitos da definição de «consultoria para investimento» prevista na [DMIF II]”. Tendo em conta o número crescente de intermediários que prestam aconselhamento personalizado através da utilização de canais de distribuição, há que clarificar que um aconselhamento prestado, ainda que exclusivamente, através de canais de distribuição, tais como a Internet, pode ser considerado um aconselhamento personalizado. Por conseguinte, situações em que, por exemplo, seja utilizada correspondência por correio eletrónico para prestar aconselhamento personalizado a uma determinada pessoa, em vez de dirigir a informação ao público em geral, podem ser consideradas consultoria para investimento.
O revogado artigo 309.º-D, relativo às recomendações de investimento tal como definidas no nos termos do Regulamento (UE) n.º 596/2014, referia-se a estas como “destinadas ou susceptíveis de serem divulgadas(…) como recomendações de investimento aos seus clientes ou ao público”, portanto, admitindo que recomendações destinadas aos clientes podiam assumir a natureza de “recomendações gerais” – contudo, não as assumindo necessariamente como tal, considerando que a primeira parte da norma situava o âmbito da sua aplicação às recomendações elaboradas “fora do âmbito do exercício da atividade de consultoria para investimento”.
Concretizando o aconselhamento personalizado e adequada à situação do cliente, cfr. o Acórdão do TJUE (Quarta Secção), de 30 de maio de 2013, processo C-604/11, no qual, com base na definição de consultoria para investimento fixada no ponto 4) do n.º 1 do art. 4.º da DMIF I, apreciou o enquadramento na consultoria para investimento da proposta por uma instituição bancária de um instrumento financeiro como um contrato de troca (*swap*) relativo às variações de taxa de juro, apreciando as obrigações daí recorrentes e do seu cumprimento, considerando que esse instrumento financeiro [swap] estava abrangido pelo âmbito de aplicação da DMIF I e considerou que o “facto de propor um contrato de troca a um cliente para cobrir o risco de variação da taxa de juro de um produto financeiro que esse cliente subscreveu constitui um serviço de consultoria para investimento se o aconselhamento referente à subscrição desse contrato de troca foi feito a esse cliente na sua qualidade de investidor, foi apresentado como sendo adequado para o referido cliente ou baseado na ponderação das circunstâncias a ele relativas e não for exclusivamente prestado através dos canais de distribuição ou destinado ao público”.

[32] Neste sentido, cfr. Filippo Annunziata, *ob. cit. “La disciplina…”*, págs. 108-109.

Nesse sentido, a explicitação realizada no Regulamento Delegado (UE) 2017/565, segundo o qual "a consultoria acerca de um tipo de instrumento financeiro não constitui consultoria para investimento para efeitos da [DMIF II]. Contudo, ainda que tal consultoria genérica não suscite o cumprimento pelo intermediário financeiro das obrigações especificamente aplicáveis à "consultoria para investimento", tal não significa que a emissão de conselhos genéricos desonera o intermediário financeiro do cumprimento das suas obrigações gerais de conduta[33].

Como referido, com a passagem da consultoria para investimento à categoria de "serviço de investimento", a "consultoria instrumental ou acessória", anteriormente não qualificada como serviço auxiliar, passou a integrar a "consultoria para investimento" – como referido, situação típica das recomendações ou conselho no âmbito do serviço de recepção de ordens para execução.

Consequentemente, afigura-se que sendo a "consultoria instrumental" de outros serviços de investimento, haverá de apurar se são preenchidos os requisitos da personalização e da determinação para efeitos de aferir a sua consideração como "consultoria para investimento". Diversamente, tratando da prestação e informações e recomendações genéricas, desprovidas da mencionada personalização ou determinação,

[33] Neste sentido, atente-se na explicitação constante do mesmo Regulamento Delegado (UE), no seguimento do reconhecimento da não abrangência na consultoria para investimento da consultoria acerca de um tipo de instrumento financeiro:
"No entanto, se uma empresa de investimento prestar consultoria genérica a um cliente acerca de um tipo de instrumento financeiro que apresente como adequado para ele ou que se baseie numa ponderação das circunstâncias do mesmo e se essa consultoria não for efetivamente adequada para o cliente em causa ou não se basear numa ponderação das suas circunstâncias específicas, a empresa é suscetível de estar a atuar em infração do artigo 24.º, ns. 1 ou 3, da [DMIF II]. Em especial, uma empresa que preste essa consultoria a um cliente estará provavelmente a infringir o requisito previsto no artigo 24.º, n.º 1, no sentido de atuar de forma honesta, equitativa e profissional, em função do interesse dos clientes. De modo análogo, essa consultoria constituirá provavelmente uma infração do requisito previsto no artigo 24.º, n.º 3, que determina que todas as informações enviadas pelas empresas de investimento aos seus clientes devem ser corretas e claras e não induzir em erro."

deve considerar-se não abrangida no âmbito da consultoria de investimento[34].

Em termos práticos, a dita “consultoria instrumental”, quando revista natureza personalizada e determinada, implicará a sua qualificação como “consultoria para investimento” na generalidade dos serviços de investimento de que seja acessória ou instrumental.

Apenas no serviço de ordens para mera execução, dito *execution-only*, é liminarmente afastada a *presença* da consultoria para investimento[35].

Adicionalmente, mesmo a consultoria individualizada “genérica”, enquanto preparatória da (efectiva) consultoria para investimento (individualizada e sobre determinado instrumento financeiro), foi objecto de previsão específica pelo Regulamento Delegado 2017/565, considerando que *“os atos executados por uma empresa de investimento e que tenham um caráter preparatório em relação à prestação de um serviço de investimento ou à realização de uma atividade de investimento devem ser considerados uma parte integrante desse serviço ou atividade”*, incluindo nesses actos “por exemplo, a prestação por uma empresa de investimento de consultoria genérica a clientes ou clientes potenciais, antes da prestação da consultoria

[34] Assim, não devem considerar-se “consultoria para investimento” as referências genéricas dirigidas especificamente a um ou mais (grupo) clientes, informando sobre a existência de certos instrumentos financeiros ou entidade emitentes (v.g. oferta pública de subscrição) quando não seja tida em conta a situação pessoal do cliente, portanto, quando não assente num juízo de adequação do investimento ao Cliente. De igual modo, não deve constituir consultoria a prestação de informações no âmbito da prestação do serviço de ordens para transacção (negociação), no âmbito das conversas com o Cliente sobre o mercado e a evolução de certos títulos, assim daí não resulte a consideração de que o investimento (ou desinvestimento) em certo instrumento financeiro é adequado a esse Cliente.
Não se incluem as recomendações de carácter genérico e não personalizadas que se podem realizar no âmbito da comercialização de instrumentos financeiros, deve considerar-se que essas recomendações têm o valor de comunicações de carácter comercial.
A consultoria, enquanto recomendação personalizada, deve apresentar-se como “adequada” ao Cliente, tendo em conta as suas circunstâncias pessoais e deve consistir numa recomendação para realizar alguma das seguintes operações: i) Comprar, vender, subscrever, trocar, reembolsar, manter um instrumento financeiro específico; ii) Exercer ou não qualquer direito conferido por um instrumento financeiro determinado para comprar, vender, trocar ou reembolsar um instrumento financeiro.

[35]Como destaca Filippo Annunziata, *ob. cit. “La disciplina…”,* págs. 108-109 e pág. 192-193.
Sobre a *execution-only* e feita referência, infra, a propósito da avaliação da adequação no âmbito da consultoria para investimento.

para investimento ou de qualquer outro serviço ou atividade de investimento ou durante essa prestação."[36]

Do que vai exposto, pode afirmar-se a conformação da prestação de serviços de investimento por um princípio de atracção da consultoria para investimento!

A consultoria para investimento - forma do contrato.

No âmbito dos "serviços e actividades de investimento", a consultoria para investimento, reveste-se de alguns traços específicos de regime, dos quais se destacam, por um lado, a não sujeição do serviço de consultoria para investimento à celebração de um contrato escrito; por outro lado, as exigências reforçadas de recolha de informação sobre cliente pelo intermediário financeiro, na medida em que, nos termos do n.º 1 do art. 321.º (*Contratos com investidores*), (apenas) "os contratos relativos aos serviços previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 290.º, e nas alíneas a) e b) do artigo 291.º e celebrados com investidores profissionais ou não profissionais revestem a forma escrita e só estes podem invocar a nulidade resultante da inobservância de forma, devendo cumprir as exigências previstas em regulamentação e atos delegados da [DMIF II]". Consequentemente, resulta excepcionado da exigência de forma escrita o serviço de consultoria para investimento, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 290.º.

A consultoria para investimento – a adequação da recomendação.

Com origem na DMF I[37], no âmbito da prestação de qualquer dos serviços de investimento, em sede de obrigações pré-contratuais, é imperativa a obtenção de informações do cliente pelo intermediário financeiro quanto aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao

[36] Cfr. o considerando (16) do Regulamento de Execução da DMIF II.
Sobre esta questão, cfr. Paulo Câmara, *ob. cit. "Manual…"*, pág. 453.

[37] Cfr. os ns. 4, 5 e 6 do art. 19.º da DIMF I.
Cfr. Paulo Câmara, *ob. cit. "Manual…"*, pág. 410 e segs. para um completo enquadramento da génese e regime da adequação.

tipo específico de produto ou serviço oferecido ou solicitado, de modo a permitir ao intermediário determinar se o produto ou o serviço de investimento considerado lhe é mais adequado[38]. É excepcionado desta avaliação a prestação exclusiva dos serviços de receção e transmissão ou execução de ordens do cliente relativamente a instrumentos financeiros não complexos, ainda que acompanhada pela prestação de serviços auxiliares, portanto, quando se trate um serviço de ordens em regime de mera execução, habitualmente denominado *execution-only* - aplicável quando o objecto da ordem sejam instrumentos financeiros não complexos e cumpridos requisitos adicionais.

Na generalidade do direito dos Estados membros, a *duplicidade* dos mencionados regimes de avaliação da adequação, são identificados de modo distinto: a avaliação com base na informação sobre os conhecimentos e experiência do cliente (aplicável à generalidade dos serviços de investimento), como *appropriatness test*; a avaliação específica da consultoria para investimento e do serviço de gestão de carteiras, que inclui a informação sobre a situação financeira e os objectivos de investimento do cliente, como *suitability test*[39].

[38] No que respeita aos efeitos do incumprimento pelo intermediário financeiro das obrigações relativas à apreciação da adequação, as DMIF não consagraram soluções de conformação do direito interno dos Estados membros. Cfr. o Acórdão do TJUE (Quarta Secção), de 30 de maio de 2013, processo C-604/11, no qual, apreciando sobre a consultoria de investimento e a obrigações de determinação da “adequação”, por referência ao incumprimento das obrigações, idênticas às da DMIF II, decorrentes dos ns. 4 ou 5 do art. 19.º da DMIF I, quanto a saber se esse incumprimento determina a nulidade absoluta dos contratos em causa ou se se trata de um vício de consentimento do cliente susceptível de regularização, considerou que a DMIF I “não precisa que os Estados-Membros devem prever consequências contratuais no caso da celebração de contratos que não respeitam aquelas obrigações que decorrem das disposições de direito nacional que transpõem os referidos ns. 4 e 5 do artigo 19.º, nem quais poderiam ser essas consequências. Perante a inexistência de legislação da União na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as consequências contratuais da violação dessas obrigações, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência e da efetividade (v., neste sentido, acórdão de 19 de julho de 2012, Littlewoods Retail e o., C-591/10, n.º 27 e jurisprudência referida)”.
Idêntica falta de previsão, verifica-se na DMIF II. Portanto, incumbe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as consequências contratuais que devem resultar do incumprimento dos deveres relativos à “avaliação da adequação”.

[39] Ainda que a DMIF I, nos ns. 4 e 5 do art. 19.º apenas fizessem menção a “adequação”, a Directiva de Execução 2006/73, nos artigos 34.º a 37.º consagra a explícita distinção entre a avaliação da adequação e a avaliação do carácter adequado e a avaliação do carácter apropriado.
A DMIF II, nos ns. 2 e 3 do art. 25.º, apenas se refere à adequação, tendo o Regulamento Delegado (UE) 2017/565, nos arts. 54.º e 55.º, as respectivas epígrafes referem-se à “avaliação da adequação”, fazendo uma menção ao carácter “apropriado” no n.º 1 do art. 55.º.

A título exemplificativo, da distinção entre os dois testes, o direito espanhol consagra a avaliação da ”idoneidade” e da “conveniência” e o direito italiano, a avaliação da *appropriatezza* e da *adequatezza*[40].

A DMIF II[41], no seguimento da solução já preconizada pela DMIF I, estabelece que, na prestação de serviços de investimento, *“as empresas de investimento solicitam ao cliente ou potencial cliente que lhes forneça informações sobre os seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço oferecido ou solicitado, de modo a permitir à empresa determinar se o produto ou o serviço de investimento considerado lhe é adequado”*. Se, com base nas informações recebidas, o intermediário financeiro considerar que o produto ou serviço não é adequado, deve avisar o cliente. Também no caso de o cliente ou cliente potencial decidir não fornecer as informações, ou não fornecer informações suficientes, sobre os seus conhecimentos e experiência, o intermediário financeiro deverá avisar de que essa decisão não permitirá à empresa determinar se o produto ou serviço de investimento considerado lhe é adequado, podendo os ser feitos em formato normalizado, não sendo exigido um aviso “personalizado”.

No que se refere aos serviços de consultoria para investimento ou de gestão de carteiras, a empresa de investimento deve obter, ainda, informações relativas à sua situação financeira, incluindo a sua capacidade para suportar perdas, e aos seus objetivos de investimento, incluindo a

[40] Cfr. os artigos 72 e 73 do Real Decreto 217/2008, de 15 de Fevereiro, sobre a “avaliação da idoneidade” e “avaliação da conveniência”, sendo o teste de idoneidade o aplicável aos serviços de consultoria (*asesoriamento*) e gestão de carteiras e o de *conveniência* à generalidade dos demais serviços; cfr. os artigos 40 a 42 do *Regolamento intermediari* da CONSOB, de 15 de Fevereiro de 2018, (que regulamenta o Decreto Legislativo de 24 de Fevereiro de 1998, n. 58 – Texto Único em Matéria de Intermediação Financeira – abreviadamente, TUF).
Sobre a diferenciação entre as regras de “adequação” (*adeguatezza*) e “apropriação” (*appropriatezza*), cfr. Filippo Annunziata, *ob. cit.* “La disciplina …”, págs. 146 e segs.

[41]Cfr. os ns. 3 e 4 do art. 25.º da DMIF II e o art. 314.º do CVM.
Do (novo) contexto da DMIF II, resultou diminuído o âmbito dos instrumentos financeiros não complexos, portanto, dos instrumentos que podem ser objecto de transacção no regime *execution-only*.
No âmbito da DMIFi II, sobre a adequação, cfr.: Cfr. ESMA35-43-869 – Final Report - Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements – 28.5.2018.

sua tolerância ao risco, de modo a permitir à empresa de investimento recomendar ao cliente ou cliente potencial os serviços de investimento e os instrumentos financeiros que lhe são mais adequados e, em particular, mais consentâneos com o seu nível de tolerância ao risco e a sua capacidade para suportar perdas[42].

Conforme o considerando (82) da DMIF II, (82), “ao prestar serviços de consultoria para investimento, a empresa de investimento deverá especificar, por meio de um documento escrito relativo à adequação, o modo como o aconselhamento prestado corresponde às preferências, necessidades e outras características do cliente não profissional. O documento deverá ser fornecido num suporte duradouro incluindo num formato eletrónico. Incumbe à empresa de investimento proceder à avaliação da adequação e fornecer um relatório de adequação exato ao cliente e deverão ser criadas garantias apropriadas para garantir que o cliente não seja prejudicado pelo facto de o relatório apresentar a recomendação pessoal de forma inexata ou não equitativa, incluindo no que respeita à adequação da recomendação fornecida em relação ao cliente e aos inconvenientes da estratégia recomendada.

[42] Cfr. o n.º 2 do art. 25.º da DMIF II e o art. 314.º-A do CVM.
Os deveres obtenção de informações sobre o cliente resultam agravados para aqueles serviços em que o intermediário financeiro tem uma interferência de relevo na formação da vontade conducente à efectivação de operações de investimento, ao recomendar investimentos no serviço de consultoria personalizada, e de substituição da vontade do cliente, no caso da tomada de decisões de investimento no serviço de gestão de carteiras - cfr. Luís Bandeira, ob cit. “A renovada crise…”, pág. 175.
Da DMIF II, de onde resultou um alargamento da previsão relativa à consultoria para investimento e à gestão de carteiras quanto à obtenção de informação sobre a situação financeira e os objectivos de investimento, tendo sido aditado, respectivamente, a menção “incluindo a sua capacidade para suportar perdas” e “incluindo a sua tolerância ao risco”. O regime de avaliação da adequação é objecto de concretização através dos artigos 54.º e 55.º do Regulamento Delegado (UE) 2017/565 - Cfr. ESMA - *Final Report Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements*, ESMA35-43-869, 28.5.2018.
Sobre a responsabilidade do intermediário financeiro no caso de falta de adequação, cfr. *in* “O Novo Direito dos Valores Mobiliários – I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros”, Almedina, 2017: Manuel A. Carneiro da Frada – *A responsabilidade dos intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros*, pág. 401 e segs.; Margarida Azevedo Almeida – *A responsabilidade civil de intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros*, pág. 411 e segs.

Em sede da DMIF II, de acordo com o Regulamento Delegado 2017/565, sempre que, ao prestar um serviço de consultoria para investimento ou de gestão de carteiras, uma empresa de investimento não obtém as informações necessárias, essa empresa não deve recomendar os serviços de investimento ou instrumentos financeiros ao cliente ou potencial cliente. No caso de a avaliação resultar na "não adequação", o intermediário financeiro não deve recomendar ou decidir negociar[43].

Na redacção resultante da transposição da DMFI I, o CVM, estabelece, nos artigos 314.º a 314.º-A, a obrigação de o intermediário financeiro realizar a "apreciação do carácter adequado da operação", o referido dever de recolha de informação do cliente por parte do intermediário financeiro

[43] A mencionada solução tem origem na DMIF I – cfr. o n.º 4 do art. 19.º, no qual era estabelecido que a recolha de elementos relativos à situação financeira e objectivos de investimento era "de modo a permitir à empresa recomendar…". Em transposição da DMIF I, o n.º 3 do art. 314.º-A, estabelecia: *"Se o intermediário financeiro não obtiver a informação necessária para a operação em causa, não a pode recomendar ao cliente."*
Sobre o alcance desta "inibição" legal de recomendar (na redacção do n.º 3 do art. 314.º-A resultante da DMIF I), em termos da gestão de carteiras, cfr. Paulo Câmara, *ob cit. "Manual…"*, págs. 418-419, para quem *"a proibição de prestação do serviço também se aplica à gestão de carteiras em que não há propriamente recomendação, mas execução em regra discricionária de decisões de investimento"*.
Os ns. 8 e 10 do art. 55.º do Regulamento Delegado estabelecem, no âmbito da consultoria para investimento e da gestão de carteiras, as consequências para o caso em que o intermediário financeiro "não obtenha as informações necessárias" e para o caso de a avaliação traduzir que "nenhum dos serviços ou instrumentos é adequado para o cliente", respetivamente, o intermediário financeiro "não deve recomendar os serviços de investimento ou instrumentos financeiros ao cliente ou potencial cliente" e "não deve recomendar ou decidir negociar".
Estas soluções da DMIF II, aportam (alguma) maior clareza as mencionadas consequências, as quais, na vigência da DMIF I resultaram ambíguas quanto à actuação devida (ou inibida) pelo intermediário financeiro no âmbito da consultoria para investimento e da gestão de carteiras. Efectivamente, a DMIF I, no n.º 4 do art. 19.º, estabelecia que o intermediário financeiro devia obter as informações, "de modo a permitir à empresa recomendar ao cliente ou cliente potencial os serviços de investimento e os instrumentos financeiros que lhe são mais adequados". A Directiva de Execução da DMIF I, no n.º 1 do art. 35.º, justificava a obtenção das informações "para poder considerar que a operação específica a recomendar ou a iniciar, no decurso da prestação de um serviço de gestão de carteiras" daria satisfação às características relativas à informação recolhida (conhecimento, experiência, situação financeira e objectivos de investimento), estabelecendo o n.º 5 que não [obtendo] as informações requeridas" não recomendará ao cliente ou cliente potencial serviços de investimento ou instrumentos financeiros"– ao circunscrever à questão da (não) recomendação, isto é, estabelecendo a consequência que, de modo natural, sempre decorreria das diversas regras que conformam a prestação de serviços de investimento pelo intermediário financeiro – mais, sempre decorreria dos princípios gerais do direito dos contrato -, não explicitava a consequência relativamente à gestão de carteiras, a qual, para parte significativa da doutrina, assentava na proibição da prestação do serviço de gestão de carteiras.

para a realização de tal avaliação da adequação, dito, teste de adequação, portanto, impondo que intermediário financeiro conheça de modo concreto, efectivo, o cliente no âmbito da prestação dos serviços de investimento[44].

No que se refere à situação de não obtenção de informação (ou insuficiente) do cliente e à de avaliação resultante em não adequação, o CVM, através da Lei nº 35/2018, no n.º 3 do art. 314.º-A, passou a prever, através de um fórmula única: “Se o intermediário financeiro não obtiver a informação necessária para a avaliação da adequação do serviço ou operação em causa ou se considerar que não é adequado, não pode realizar ou recomendar o referido serviço ou operação ao cliente.”

Qual o sentido da previsão do CVM perante a solução consagrada no Regulamento Delegado (UE) 2017/565?

Dos termos da solução adoptada no n.º 3 do art. 314.º-A, quanto à consultoria, a solução (da DMIF e do CVM), em termos de protecção do investidor, afigura-se inócua, nada acrescentando às mencionadas regras e princípios gerais de conduta que conforma a actividade do intermediário financeiro e que conformação os contratos, na medida em que a falta ou insuficiência de informação sobre o cliente, impede a formulação de conselhos personalizados adequados – elemento essencial da definição da consultoria para investimento. Por maioria de razão, o mesmo impedimento está presente quanto a recomendações inadequadas!

[44] Ainda que a distinção esteja subjacente aos dois regimes integrantes da mesma subsecção de “avaliação do carácter adequado da operação”, o CVM, já aquando da transposição da DMIF I, denominou de modo unitário como “teste de adequação”, solução mantida no âmbito da transposição da DMIF II. Efectivamente, no CVM não se encontra uma distinção formal entre o *appropriatness test* e o *suitability test*.
Sobre esta falta de distinção, cfr. Paulo Câmara, – *ob. cit. “Manual…”*, págs. 418, e *“Os deveres de categorização…”*, págs. 314 e segs.
No Acórdão do TJUE (Quarta Secção), de 30 de maio de 2013, processo C-604/11, a propósito da obrigação de proceder à apreciação prevista no n.º 4 ou no n.º 5 do artigo 19.º da DMIF I, consoante se trate de consultoria para investimento, de serviços de gestão de carteiras ou de outros serviços de investimento enumerados no anexo I, secção A, da directiva, destaca que são qualificadas nos artigos 35.° a 37.° da Diretiva 2006/73, segregando entre apreciações da *idoneidade* e caráter *adequado* do serviço.

Quanto à gestão de carteiras, o CVM, ao adoptar a expressão "não pode realizar", veio consagrar a corrente doutrinal que vinha afirmando a proibição da gestão de carteiras no caso de falta ou insuficiência de informação ou de inadequação, solução que dependendo da interpretação e aplicação que faça das regas de realização dos teste de adequação pode resultar numa excessiva ou, mesmo, inaceitável limitação da autonomia privada, na medida em que negue a autonomia da vontade[45]. Contudo, a proibição, é o entendimento expresso pela ESMA, segundo a qual "sem a informação, as empresas não podem prestar o serviço de consultoria e de gestão de carteiras aos clientes"[46]!

Tal solução afigura-se natural quanto à emissão de recomendações, considerando que devem ser personalizadas, mas afigura-se excessiva no caso de traduzir uma absoluta negação da autonomia da vontade. Assim, na hipótese de, por falta ou insuficiência de informação não ser possível aferir da adequação, poderá o cliente, de modo firme, pretender que seja prestado um serviço de gestão com um certo tipo de política de investimentos – declarando e assumindo a responsabilidade pelos efeitos que daí decorram.

Quanto a uma proibição de prestação do serviço de gestão quando o resultado do teste de avaliação da adequação for não adequado", também em nome da defesa da autonomia da vontade, deve ser objecto de cuidada interpretação e aplicação, em termos de tutela da vontade[47].

[45] Sobre a crise da autonomia da vontade no contexto dos contratos relativos aos serviços de investimento, cfr. Luís Bandeira, ob. cit."*A renovada crise…", onde,* acompanhando Fernando Araújo (*Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007, págs. 433 e segs. e pág. 488**)**, há que aferir e reflectir se não estamos, nalguns sectores, a caminhar para a implementação de um "estado paternalista" e para uma "cultura lamurienta" em que o legislador passa um "atestado de menoridade à população". Podendo acrescentar-se que a visada protecção, em muitos casos, acaba por ser desvirtuada, quer relativamente àqueles destinatários concretos que a têm de suportar contra a sua vontade, quer daqueles destinatários que dela procuram tirar proveito abusivo.

[46] Cfr. ESMA35-43-869 – Final Report - Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements – 28.5.2018.

[47] No documento Cfr. ESMA35-43-869 – *Final Report - Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements* – 28.5.2018, no qual não se vislumbra posição para o caso de não adequação, retirando-se da proibição declarada para o caso de falta ou insuficiência de informação para a realização do teste de adequação, análoga proibição para o caso de o resultado do teste ser a "não adequação.,

A realização de teste de adequação padronizados, assenta, em regra, questões e respostas automatizadas, tratadas com base em fórmulas que incluem pressupostos financeiros de parametrização dos termos do que é o melhor interesse do investidor, tendo por base um cidadão-médio – sendo que grande parte dos elementos tratados tendem a ser homogeneizados nos testes realizados nas diversas instituições, na medida em que se adensem as orientações de entidades relevantes, como a ESMA[48].

Sem caber aqui maior desenvolvimento, haverá que respeitar um critério de adequação *subjectivo* em vez de um (totalitário) critério de adequação *objectivo*[49].

Como provocação à reflexão em sede da autonomia privada, apenas se deve aceitar uma proibição de contratação do serviço de gestão que constitua uma medida substitutiva ou, talvez, preventiva, da celebração de um negócio, não com vício da vontade, mas de divergência entre a vontade e a declaração![50]

[48] Naturalmente que, reconhecidas soberanas competências à ESMA, o intérprete nacional quedará dispensado de aturado processo interpretativo, na medida da conformação dos ordenamentos jurídicos dos Estado membros à interpretação que seja decretada. Nesse sentido, em Itália, relativamente à CONSB, a referência de Filippo Annunziata, *ob cit. “La disciplina….”,* pág. 149, à recepção dessas “Guidelines” pela CONSOB.
Consequentemente, o que vai exposto apenas constitui mero exercício de raciocínio!

[49] Efectivamente, a realização de um teste normalizado que inclua elementos sobre o património e disponibilidades financeiras do cliente-investidor e sobre as suas necessidades pessoais, familiares e profissionais, a satisfazer com tais elementos patrimoniais-financeiros, poderá conduzir a que determinado serviço de gestão, assente num determinado” modelo de gestão” (considerando as práticas dos intermediários financeiros, em regra, oferecem um conjunto de modelos de gestão para diversos tipos de perfis de investidor), resulte não adequado para o cliente-investidor objecto do teste de adequação, dado o perfil de investidor resultante do dito teste. Contudo, as circunstâncias pessoais, concretas, não reflectidas na estrutura padronizada do teste, podem obrigar uma correcção ou reformulação dos termos da avaliação, portanto da conclusão sobre a (in)adequação, devendo incluir a concreta e real vontade do cliente. Exemplificativamente: um cliente com limitadas disponibilidades patrimoniais e financeiras, essenciais para a satisfação das necessidades da sua vida pessoal-familiar (v.g. cumprimento de obrigações de natureza financeira de diversa índole, como seja, relativas a habitação, saúde e educação), mas que, concomitantemente, tem como objectivo máximo a multiplicação dessas disponibilidades em várias vezes o seu montante, pode, em consciência querer uma política de investimentos (o dito modelo de gestão), altamente arriscado quanto às possibilidade de perda total, risco que pode querer, por sua vontade firma, querer assumir, com vista ao seu “objectivo de investimento”, a saber, a multiplicação por n do valor do investimento.

[50] Como nota final, a tratar-se de uma “proibição de contratação” da gestão, no caso de não adequação, então, a solução adoptada no CVM, de que o intermediário financeiro ”não pode realizar o referido serviço” será mais apropriada que a prevista no n.º 10 do art. 55.º do Regulamento delegado que estabelece que “não deve decidir negociar”, na medida em que a decisão de negociação se localiza no contexto da execução um serviço de gestão de carteiras, isto é, pressupõe que tenha sido celebrado o contrato.
Tudo, sob reserva de análise minuciosa do texto das normas relevantes de acordo com a língua das diversas versões da Directiva, que aqui não se desenvolveu.

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS: MARCAS E APROVEITAMENTO PARASITÁRIO NO BRASIL

Liliana Locatelli

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis/Brasil.

Professora da Universidade Regional Integrada (URI - Campus de Frederico Westphalen/RS) e Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC – Campus de São Miguel do Oeste/SC).

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Marcas
3. Concorrência desleal e aproveitamento parasitário
4. Marcas, aproveitamento parasitário e a jurisprudência brasileira
5. Conclusão

1. Introdução.

O mercado de consumo é delineado por uma gama cada vez maior de bens e serviços que concorrem entre si pela preferência do consumidor. Nesse contexto, os fornecedores buscam distintas estratégias para se inserir nesse mercado, desde investimentos em qualidade até ferramentas de marketing para se distinguir perante o público consumidor.

Dentre os instrumentos adotadas para se diferenciar no mercado de consumo estão os signos distintivos protegidos pela Propriedade Intelectual, dentre os quais destacam-se as marcas. Tais sinais permitem que o consumidor diferencie a empresa que produziu determinado bem (ou serviço) dos similares oferecidos pelo mercado e podem estar atrelados a qualidades objetivas ou subjetivas.

Conforme o nível de reconhecimento e credibilidade desses signos pelo consumidor, maior será a capacidade de fidelizá-lo, repercutindo no valor econômico desses ativos. E quanto mais consolidado for uma marca perante esse mesmo mercado, mais comuns são as tentativas dos concorrentes ou de terceiros de se aproveitarem da notoriedade desses signos.

Assim, não raramente ações adotadas por empresas buscam indevidamente se aproveitar de marcas existentes no mercado, as quais podem violar os direitos dos titulares desses signos e dos próprios consumidores, que podem ser induzidos em erro. Tais práticas, em regra, ocorrem na fase de oferta dos produtos e serviços - pré-contratual - por meio da publicidade ou da utilização e evocação (indevida) de marcas que gozam de certo grau de reconhecimento perante a sociedade de consumo.

Muitas dessas situações configuram concorrência desleal e possuem regulamentação específica que permite coibi-las. No entanto, outras estratégias transcendem a relação

concorrencial e não estão devidamente regulamentadas, que é o que se vislumbra no Brasil, constituindo um desafio aos operadores do Direito.

Esse breve estudo pretende analisar essas práticas comerciais desleais à luz da legislação brasileira, observando ainda os critérios adotados na União Europeia que permitam elucidar a matéria. Buscar-se-á, então, identificar os parâmetros legais existentes no Brasil e os eventuais limites a tais condutas.

2. Marcas.

As marcas de produtos ou serviços são definidas pela legislação de propriedade industrial brasileira como "aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa" (Lei N. 9.279/1996, art. 123).[1]

As marcas podem ser figurativas, nominativas, tridimensionais ou mistas. E os nomes ou sinais protegidos, visualmente perceptíveis, permitem o reconhecimento do consumidor em relação aos produtos ou serviços por eles designados. Em busca desse reconhecimento, as empresas investem em estratégias de marketing para a consolidação da sua marca no mercado consumidor, que pode estar atrelada à qualidade, características específicas, procedência ou mesmo ligados a outras questões subjetivas.

A percepção do consumidor é influenciada por questões que vão além das características objetivas do produto ou serviço, ou seja, a escolha do consumidor atual não é impactada somente pelo conteúdo prático e útil do produto ou sua

[1] Além dessas, a legislação também protege as marcas coletivas e de certificação: Art. 123. (...) II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade. Lei n. 9.279/1996.

composição, mas este consumidor compra também um nome, um signo e uma imagem, de conteúdo intangível e simbólico. (Ellwood, 2004)

Lipovetsky (2007) aponta, inclusive, o impacto da escolha de uma marca na noção de identidade e status social do consumidor, no sentido de que ao fazer uma escolha por um ou outro signo (marca), esse consumidor expressa parte da sua personalidade, assim como a forma como gostaria de ser reconhecido socialmente.

Todo esse simbolismo envolvido na marca e em outros signos distintivos tem um custo, da mesma forma que impacta no seu valor econômico. Os custos estão relacionados aos investimentos em marketing, em valores que se quer associar à determinada marca, em qualidade e tradição, entre outros aspectos relacionados tanto com o produto quanto com o signo que o distingue. Por outro lado, tem-se o retorno econômico que advém da valorização e reconhecimento desses signos pelo mercado consumidor.

Tendo em vista o impacto de uma marca na escolha do consumidor e a relevância que esses signos assumem no perfil da sociedade de consumo atual, não raramente se evidenciam práticas desleais que buscam se aproveitar da notoriedade ou reputação desses signos. Algumas dessas práticas ocorrem entre empresas com produtos concorrentes, outras em diferentes segmentos. Isso se dá, porque conforme mencionado, a marca não está atrelada somente às características objetivas de dado produto ou serviço, mas a um simbolismo que pode evocar credibilidade, qualidade ou até status social a qualquer ramo de atividade.

No intuito de regular e proteger os direitos relativos às marcas, a legislação de propriedade industrial brasileira permite que, com o registro desse signo junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), o seu requerente, a partir

da titularidade jurídica desse direito, passe a gozar de sua exclusividade econômica.

Quanto ao registro, o INPI procede a análise de disponibilidade do sinal marcário, consoante o disposto na Lei de Propriedade Industrial.[2] Analisa a colidência entre sinais desde o aspecto gráfico, fonético e ideológico para verificar se há possibilidade de confusão ou associação indevida. Em identificada o conflito de sinais, se procede o exame de afinidade mercadológica, observando o princípio da especialidade[3], ou seja, que cada signo vai gozar da proteção dentro da sua área mercadológica, de acordo com a classe escolhida. (INPI, 2017)

A legislação, por sua vez, excetua a aplicação desse princípio às denominadas marcas de alto renome que recebem proteção especial em todos os ramos de atividade, inviabilizando outros registros do mesmo signo em diferentes áreas de atuação (Lei. N. 9.279/1996, art. 125). Tais marcas, por possuírem reconhecimento amplo e consolidado no mercado consumidor, gozam dessa proteção especial para além da classe requerida no registro. Para tanto, necessita-se de reconhecimento do órgão de registro quanto a essa condição. (INPI, 2017).

O INPI, em sua Resolução IN/PR n. 107/2013, art. 2, dispõe que para gozar da proteção especial consolidada no art. 125 da Lei de Propriedade Industrial, o titular da marca deve, em processo autônomo junto a esse órgão, requerer tal reconhecimento mediante comprovação do renome. Os critérios e meios possíveis de comprovação são igualmente relacionados nessa normativa, incluindo o reconhecimento por ampla parcela do público brasileiro em geral, podendo levar em consideração tanto a fração do público usuário dos produtos assinalados, como de outros segmentos. (INPI, 2013)

[2] Art. 124: Não são registráveis como marca: (..) XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia; (...). Lei n. 9.279/1996.

[3] Amparado na Lei de Propriedade Industrial, o INPI (2017, p. 19) expressamente dispõe: "A proteção assegurada à marca recai sobre produtos ou serviços correspondentes à atividade do requerente visando a distingui-los de outros idênticos ou similares, de origem diversa".

Existe, também, disposição acerca das marcas notoriamente conhecidas que, “em seu ramo de atividade”, por força da Convenção da União de Paris e da legislação de propriedade industrial brasileira, gozam de proteção especial no país, independente do registro. (Lei N. 9.279/1996, art. 126) Não há disposição, entretanto, similar as de alto renome, nas quais essa proteção transcende o ramo de atividade.

A título complementar, destaca-se que a proteção às marcas previstas na normativa da União Europeia dispõe que consiste em motivo para um pedido de registro de marca ser rejeitado, mediante oposição, se houver marca anterior registrada que goze de prestígio no Estado-Membro em causa ou na União Europeia[4] e “sempre que a utilização injustificada da marca para a qual foi pedido o registo tire indevidamente partido do caráter distintivo ou do prestígio da marca anterior ou lhe cause prejuízo”. (Reg. (UE) 2017/1001, art. 8, 5). E tal dispositivo expressamente designa que isso se aplica mesmo que a marca a ser registrada não designe produtos idênticos ou afins.

No Brasil, comprovado o alto renome consoante os critérios estabelecidos pelo INPI, por força do art. 125 da Lei de Propriedade Industrial, tal condição é motivo para rejeitar o registro de sinal idêntico ou similar como marca em qualquer ramo de atividade, independente da prova de proveito indevido do caráter distintivo ou do prestígio no caso concreto. Por outro lado, para se opor a pedido de marca, há que existir esse reconhecimento prévio do INPI ou já ter peticionado o requerimento para tal. (INPI, 2013)

[4] Os critérios considerados na aferição do prestígio de uma marca na UE podem ser observados no caso General Motors Corporation contra Yplon SA. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ao julgar o prestígio da marca em discussão, menciona que isso implica em “um limiar mínimo de conhecimento que é atingido quando uma marca é conhecida de parte significativa do público interessado nos produtos ou serviços abrangidos por essa marca”, considerando parcela substancial do Estado em questão. Quando há esse grau de conhecimento sobre uma marca é que pode ocorrer associação entre um sinal posterior e a marca registrada. Para se determinar esse “limiar mínimo” há que se observar: cota de mercado absorvido pela marca; alcance geográfico, intensidade; tempo de uso e a importância do investimento realizado pelo titular da marca para sua promoção. Processo C-375/97. TJUE, 1999. O Instituto da propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) observa esses critérios na análise de registros de marcas comunitárias.

Dentre os direitos legalmente assegurados ao titular de uma marca no Brasil, tem-se: ceder o registro (ou pedido); licenciar o seu uso; e zelar pela sua integridade material ou reputação (Lei N. 9.279/1996, art. 130). Nesse intuito, a mesma legislação, em seu art. 189, elenca como crime a reprodução ou imitação não autorizada de marca registrada, no todo ou parcialmente, de forma que possa induzir o consumidor em erro (confusão). Estende-se a ilicitude, no art. 190, a quem venda, exponha, importe ou exporte produto com marca ilicitamente reproduzida ou imitada.

A mesma legislação, ao tratar de concorrência desleal, que será analisada a seguir, coíbe práticas que se utilizem de meios fraudulentos para desviar clientela (art. 195), como a utilização indevida e não autorizada de marca alheia.

Tendo em vista as condutas coibidas pela legislação brasileira, cumpre citar a normativa da União Europeia sobre marcas, que foi recentemente alterada - 2017, a qual dispõe expressamente o direito do titular de uma marca – que goze de prestígio - de proibir o uso de um sinal idêntico ou semelhante, mesmo quando usado para produtos não concorrentes, sempre que o uso injustificado desse signo "tire indevidamente partido do caráter distintivo ou do prestígio da marca da UE ou lhe cause prejuízo". (Reg. (UE) 2017/1001, art. 9, 2, c).

Evidencia-se, aqui, que o legislador europeu concedeu uma proteção às marcas de prestígio que transcende o risco de confusão, quando se configurem atos que visam o proveito do renome desse signo ou da sua capacidade distintiva, estando ou não dentro de uma relação de concorrência. Esse dispositivo permite, assim, coibir práticas parasitárias em relação a essas marcas.

Nessa lógica, ao interpretar esse dispositivo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) observa que parasitismo

é o proveito indevido do caráter distintivo ou do prestígio[5] de uma marca e "não está relacionado com o prejuízo sofrido pela marca, mas sim com o benefício que o terceiro retira da utilização do sinal idêntico ou semelhante". O Tribunal aduz ainda que essa prática envolve os casos que "graças à transferência da imagem da marca ou das características projectadas por esta para produtos designados pelo sinal idêntico ou semelhante, há uma exploração manifesta na esteira da marca que goza de prestígio". (TJCE, 2011)

No caso dos titulares das marcas no Brasil, não há previsão expressa quanto a esse aproveitamento indevido e, assim, a celeuma em relação ao seu conceito e direito aplicável, assume outra perspectiva e relevância. Conforme apontado nos dispositivos acima descritos, a conduta tida como utilização indevida de uma marca e, assim, tipificada como crime, nos termos do art. 189 da Lei de Propriedade Industrial, requer o risco de confusão ao consumidor. As demais condutas tipificadas estão no âmbito da relação de concorrência e, em regra, requerem o desvio de clientela. Verifique-se na sequencia a regulamentação da concorrência desleal no Brasil e as questões relacionadas ao conceito de aproveitamento parasitário e direito aplicável.

3. Concorrência desleal e aproveitamento parasitário.

A regulação da concorrência não é tema recente no Brasil, não obstante as práticas desleais tenham se aperfeiçoado. A Constituição Federal vigente, de 1988, traz a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o qual deve estar amparado, dentre outros, no princípio da

[5] Importa observar que há diferenças nos procedimentos previstos na União Europeia e Brasil que envolvem a determinação do alto renome ou prestígio das marcas, bem como faz-se pertinente atentar para a intepretação dos TJUE quando aos critérios a serem observados nesses casos que permite uniformizar a jurisprudência.

livre concorrência e defesa do consumidor[6]. Não obstante essa orientação principiológica, a liberdade de concorrência não é absoluta, uma vez que o abuso dessas práticas pode ser coibido, nos termos da legislação infraconstitucional. Denota-se, desse modo, que a Constituição Federal (1988) traz, art. 173, 4º, previsão de que a legislação deve reprimir o abuso econômico e práticas concorrenciais desleais.

Nesse sentido, a legislação de propriedade industrial e outros dispositivos esparsos, como no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)[7], regulam direta ou indiretamente as práticas comerciais tidas como desleais.

Sobre a concepção de concorrência, tem-se que essa se configura: "quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor - substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado". (Barbosa, 2011, p. 7)

Infere-se, com base nesse conceito, que os elementos que determinam a concorrência sejam: a) produtos idênticos ou similares (substituíveis entre si), b) que concorrem no mesmo mercado (espaço geográfico) e, c) no mesmo espaço temporal.

A concorrência desleal pode ser compreendida como "o emprego de meio fraudulento para desviar, em proveito próprio

[6] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; (...). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

[7] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995): (...) VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; (...). Lei nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor.

ou alheio, clientela de outrem; também, a prática de atos tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio" (Pimentel, 2012, p. 18).

A Lei de Propriedade Industrial (1996) descreve, desta forma, diversas condutas consideradas desleais as tipificando como crime sujeito à detenção ou multa. Dentre as condutas relacionadas ao uso de sinal distintivo alheio, tem-se, como dito, a de empregar meio fraudulento para desvio de clientela – art. 195, III, bem como a de usar sinal alheio de forma a criar confusão ao consumidor – art. 195, IV. O rol dessas condutas, por sua vez, não é taxativo.

Além das práticas tipificadas como crime, a Lei de propriedade Industrial estabelece o direito do prejudicado haver indenização em casos de violação aos direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nessa normativa, quando forem "tendentes a prejudicar a reputação e os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos ou serviços postos no mercado" (Lei N. 9.279/1996, art. 209).

Verifica-se, assim, que nas condutas coibidas ou consideradas crimes pela Lei está presente o risco de causar *confusão* para o consumidor ou o desvio de clientela. Entretanto, a reputação também é resguardada (para fins de indenização).

Dentre as práticas tidas como desleais, tem-se ainda a denominada concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário. Sobre essas, há certa confusão terminológica na literatura brasileira e nas decisões judiciais, uma vez que por vezes são usadas como sinônimos e, em outras circunstâncias, se diferenciam pelo fato de se aplicar ou não a produtos/serviços concorrentes. Possivelmente pelo fato de que o enfrentamento

dessas questões pelo Judiciário brasileiro é relativamente recente, a matéria todavia carece de aprofundamento e consenso.

O parasitismo, como elemento determinante dessas condutas, se configura por meio de práticas que buscam se aproveitar do reconhecimento ou reputação que determinado agente econômico, produto ou serviço goza no mercado. Essa reputação ou reconhecimento pode estar amparada em uma inovação, na qualidade ou meramente na notoriedade desses que, comumente, está atrelada a institutos da propriedade industrial, a exemplo das patentes e marcas. Entretanto, nem todas as práticas comerciais parasitárias são ilícitas ou estão devidamente reguladas na legislação específica, deixando margem para a interpretação dos julgadores, conforme será aqui analisado. Da mesma forma, nem toda conduta parasitária se configura entre agentes, produtos ou serviços que concorrem entre si no mercado de consumo.

Sébastian (2001) observa que a teoria do parasitismo surgiu para atender às situações que a legislação de propriedade intelectual não traz uma regulamentação específica, assim como não se conseguia demonstrar claramente o risco da *confusão* que caracteriza os atos de concorrência desleal. Aduziu, ainda, que embora tal teoria tenha sido criada a partir da concorrência desleal, se aplica a atos injustos cometidos fora de qualquer relação de concorrência.

Quanto à terminologia usada no Brasil, que pode refletir na legislação aplicável, conforme referido, há divergências na literatura jurídica. Barbosa (2015) traz a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário como condutas análogas ou sinônimas, sendo que as características da concorrência *parasitária* seria o aproveitamento da reputação alheia, mesmo quando essa prática ocorra entre empresas não concorrentes. A autora aponta que isso pode se dar por apropriação de sinais distintivos, mas também de outras estratégias comerciais.

Barbosa (2002) da mesma forma traz essa ideia sobre a concorrência parasitária como “concorrência onde concorrência não existe”.

Já Portilho (2012) classifica o comportamento parasitário como o gênero, considerando que existem três espécies onde ele pode ser verificado, quais sejam: a concorrência desleal, a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário. Menciona, ainda, que esses conceitos não estão bem sedimentados no Brasil, trazendo como principal diferença entre a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário, o fato de que na primeira há o desvio de clientela, próprio dos atos concorrenciais. Enquanto no aproveitamento, sua principal característica está na inexistência de concorrência entre as partes.

Silva (2013) compartilha a ideia de que concorrência parasitária e aproveitamento parasitário são conceitos distintos, pela relação concorrencial que não está presente no último. No entanto, aduz que mesmo não se tratando de relação concorrencial, há ato de concorrência desleal no aproveitamento parasitário e justifica tal posição na análise de quem ele aproveita e a quem ele prejudica.

A ideia do autor se ampara no fato de que o ato de parasitismo de determinado agente, ao se aproveitar do renome de uma marca para se posicionar melhor no mercado, acaba refletindo nos seus concorrentes, ou seja, age como um concorrente desleal. Seria uma concorrência desleal reflexa, também contrária às práticas comerciais honestas protegidas pela legislação.

Identificadas algumas das variações conceituais acerca da matéria no Brasil e, não obstante elas, entende-se que a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário não são sinônimos e isso pode se refletir no direito aplicável. A concorrência parasitária, pela própria conotação da palavra *concorrência*, é uma das formas pela qual a concorrência desleal se manifesta, ou seja, uma espécie dessa.

Em havendo parasitismo entre empresas direta ou indiretamente concorrentes e tais atos sendo revestidos de ilicitude, se está diante de uma das formas de concorrência desleal. Nesse contexto, tais práticas devem ser coibidas pela regulamentação da concorrência e, se for o caso, aplicando as demais normas específicas aplicáveis, como as de defesa do consumidor.

Já os atos em que existe um aproveitamento do renome ou reputação alheia, mas não se trata de nichos similares ou concorrentes de mercado, se configura o *aproveitamento parasitário*. Ainda que esse termo possa ser usado como sinônimo de comportamento parasitário ou parasitismo (em sentido amplo), entende-se que sua concepção em sentido estrito se aplica a situações em que não há relação de concorrência.

Em tais situações específicas, diante da lacuna legislativa, essas práticas podem ser coibidas mediante uma interpretação ampliada da noção de concorrência, conforme se verifica em algumas decisões judiciais no Brasil, ou por meio da aplicação de outras normas e princípios que regem o ordenamento jurídico.

Nessa lógica, ressalta-se que, muito embora o elemento concorrencial não esteja presente, a deslealdade pode ser identificada. Apropriando-se, por analogia, do conceito de Barbosa (2011) para definir deslealdade no âmbito da concorrência tem-se que a deslealdade pode ocorrer por não cumprir as obrigações gerais dos agentes econômicos (como regras tributárias e trabalhistas); na prática de atos que induzam à confusão do consumidor e; mediante conduta que leve à diluição ou enfraquecimento dos mercados de prestígio.

Esse último aspecto pode ser considerado uma das justificativas para a regulação das práticas de aproveitamento parasitário, ou seja, o fato de que, por exemplo, o uso não autorizado de marca alheia, no todo ou em parte, mesmo que em produtos não concorrentes, possa ocasionar a diluição dessa ou o seu enfraquecimento no mercado.

Comumente, em situações em que não há concorrência, pela falta de disposição específica, o fundamento jurídico utilizado para coibir tais condutas é o enriquecimento sem causa[8]. O atual Código Civil brasileiro (Lei N. 10.406/2002), também aplicável às obrigações mercantis, adotou *cláusulas gerais* que resultaram do entendimento do legislador nacional de que normativas rígidas e definidoras de cada caso são insuficientes para atender a todas as demandas, podendo gerar injustiças. Nesses termos, tais cláusulas gerais teriam uma ampla aplicação, podendo seus contornos serem dados pelo operador do Direito a cada caso em concreto. (Gonçalves, 2015)

Aguiar (2000, p. 29) assevera que a previsão do enriquecimento sem causa no atual Código acabou "preenchendo uma lacuna do nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida." O enriquecimento sem causa pressupõe, dessa forma, o enriquecimento de uma parte sem motivo justo ou amparado em lei, em detrimento de outrem.

Nesse contexto, não obstante as citadas divergências terminológicas, bem como a falta de regulamentação expressa sobre o aproveitamento parasitário, a interpretação dos princípios que regem a ordem econômica, juntamente com uma interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a marca e protegem sua reputação, aliados à vedação do enriquecimento sem causa, podem ser considerados fundamentos para coibir tais práticas e reparar eventuais prejuízos aos titulares das marcas. Sob essa perspectiva, observe-se, a seguir, como os tribunais brasileiros tem fundamentado suas decisões em casos que envolvem a matéria em tela.

[8] Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Lei N. 10.406/2002 - Código Civil brasileiro.

4. Marcas, aproveitamento parasitário e a jurisprudência brasileira.

As decisões acerca do aproveitamento parasitário envolvendo marcas e outros signos distintivos demonstram que os conceitos acima discutidos não foram sedimentados na jurisprudência brasileira, bem como a interpretação sobre o direito aplicável comporta divergências.

Em 2012, em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao se analisar a colidência entre signos distintivos, se afirmou que a proteção conferida às marcas e seus titulares "varia conforme o grau de conhecimento de que desfruta a marca no mercado. Prevalecem, como regra, os princípios da territorialidade e da especialidade". E que a lei traz duas possibilidades de extravasamento do signo em relação a esses princípios, quais sejam a marca de alto renome e a notoriamente reconhecida, tidas como exceções. Coloca-se, ainda, que: "a caracterização do aproveitamento parasitário - que tem por base a noção de enriquecimento sem causa prevista no art. 884 do CC/02 - pressupõe, necessariamente, a violação da marca." (STJ, 2012)

Em seu voto, a julgadora assevera que, quando se tratar de eventual conflito entre marcas e outros signos distintivos, como o nome empresarial, "a caracterização do aproveitamento parasitário também fica adstrita ao princípio da especialidade, de modo que só haverá violação se ambas as partes atuarem no mesmo segmento de mercado, ou se a marca for de alto renome." (STJ, 2012) Essa posição, mesmo que traga como fundamento o enriquecimento sem causa, restringe a interpretação sobre o aproveitamento parasitário.

Entende-se que as práticas parasitárias transcendem as hipóteses expressamente previstas em lei de violação da marca, não estando, por exemplo, restritas às marcas de alto

renome ou a conflitos entre signos protegidos para produtos ou serviços similares ou idênticos (concorrentes). E, mesmo que não estejam expressamente reguladas como infração às marcas, quando gerarem prejuízo ou proveito indevido devem ser reparadas.

Seguindo essa lógica, tem-se a disposição da Lei de Propriedade Industrial, aplicável aos titulares de toda e qualquer marca, que traz o direito de "zelar pela sua integridade material ou reputação" (art. 130, III), assim como a cláusula geral que coíbe o enriquecimento sem causa, nos termos da legislação civil, e a possibilidade de pleitear indenização nos termos do citado art. 209.

Quanto às marcas de alto renome, no Brasil, como visto, para gozarem dessa anotação no seu registro, necessitam comprovar, entre outros critérios, o reconhecimento de "ampla parcela do público brasileiro em geral" (INPI, 2013). Em um país com dimensões territoriais como o Brasil, o fato de uma marca não gozar de amplo reconhecimento nacional, por exemplo, não significa que não goze de renome em certa classe de consumidores ou região do país e, portanto, deva ser protegida do parasitismo.

Sobre a questão do reconhecimento ou reputação da marca, tem-se o caso "Champagne Moet Chandon" x "Chandon Danceteria e Bar Ltda". Aqui, o STJ entendeu que o " uso das duas marcas não é capaz de gerar confusão aos consumidores, assim considerando o homem médio, mormente em razão da clara distinção entre as atividades realizadas por cada uma delas." Tal decisão não levou em consideração que o público relevante de ambos os segmentos pudesse ser o mesmo, tanto que a bebida da marca "Chandon" constava no cardápio da danceteria. A decisão se fundamentou no fato de que não se tratava de marca de alto renome e, assim sendo, a proteção é restrita ao ramo de atividade. (STJ, 2018) O entendimento de confusão aqui aplicado foi em sentido estrito e não considerou eventual aproveitamento indevido da reputação da marca.

Por outro lado, cita-se entendimento que anulou a marca "Bordeaux" para serviços de buffet. Em que pese a análise tenha se dado em relação à proteção das indicações geográficas, a decisão observou "evidente a intenção de aproveitamento do sucesso alheio (uma espécie de carona)". A decisão abordou o aproveitamento parasitário como fundamento para anulação da marca posterior considerando que se configura tal prática "onde mesmo sem caracterizar concorrência (pois são produtos ou serviços diversos no caso), procura-se extrair vantagem de marca alheia". (TRF, 2005)

Um dos desafios nas situações acima elencadas está em identificar o grau de reconhecimento ou reputação de uma dada marca, para avaliar eventuais prejuízos ou proveito indevido. Diante disso, também há que se levar em consideração qual (e se há) justificativa para se utilizar um signo similar ou idêntico a outro já consolidado no mercado, ainda que em ramos distintos de atividade[9].

No caso da marca

TROLLER (veículos e outros) x TROLLNHO (vestuário), a decisão do tribunal foi no sentido de anular a segunda marca, mesmo se tratando de produtos de diferentes segmentos, por entender presente o risco de confusão, aproveitamento parasitário e a possibilidade de diluição da marca anterior. Contudo, fundamentou o acórdão no art. 124 da Lei de propriedade Industrial – marca notoriamente conhecida, nos termos da CUP, não observando que esse dispositivo traz uma proteção especial pra marca dentro da mesma área de atuação. (TRF, 20

No caso da marca

TROLLER (veículos e outros) x TROLLNHO (vestuário), a decisão do tribunal foi no sentido de anular a segunda

[9] Sobre o assunto, vide decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso Leidseplein Behher e de Vries x Red Bull GmbH / Nederland BV, em que se interpretou o conceito de "justo motivo" para utilização por terceiro de sinal idêntico ou semelhante à marca de prestígio. Processo C-65/12. TJUE, 2014.

marca, mesmo se tratando de produtos de diferentes segmentos, por entender presente o risco de confusão, aproveitamento parasitário e a possibilidade de diluição da marca anterior. Contudo, fundamentou o acórdão no art. 124 da Lei de propriedade Industrial – marca notoriamente conhecida, nos termos da CUP, não observando que esse dispositivo traz uma proteção especial pra marca dentro da mesma área de atuação. (TRF, 20)

Nesse sentido, prosseguindo a análise das decisões dos tribunais brasileiros, tem-se um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em que o autor da ação, titular da marca "São Francisco Golf Club" para um clube de golfe, requer perdas e danos em razão da utilização das expressões "Golf São Francisco" em nome de empreendimento imobiliário vizinho. (TJSP, 2018a)

O relator do processo, cuja ação foi julgada procedente, afirmou que resta clara a tentativa de associação e concorrência desleal, por meio de desvio de clientela. Aduz que não há outra *justificativa* para o uso do referido nome, que não seja o intuito de associação e aproveitamento parasitário da marca alheia. Considerou, desse modo, presente o risco de confusão entre os consumidores, mesmo que se tratasse de ramos distintos de atividade. Por sua vez, o julgador que teve voto vencido, entendeu, entre outros argumentos, que os serviços prestados pelas partes não se confundem, afastando-se a possibilidade de associação indevida, confusão, desvio de clientela e, portanto, diluição da marca. Esse julgador, inclusive, traz a conceituação de aproveitamento parasitário que se caracterizaria pela "finalidade de tirar proveito de criação ou obra artística ou intelectual de terceiro, cujo renome foi adquirido legitimamente, mesmo que sem intenção de causar dano". Entretanto, entende que esse não se configura no caso em concreto. (TJSP, 2018a)

Como fundamento para a reparação, o julgador citou o art. 209 da Lei de Propriedade Industrial, já referido, entendendo

haver nesse caso *desvio de clientela*. Entendeu-se que poderia haver aferição de lucro pelo aproveitamento de reputação alheia e risco de denigrir a imagem do autor. E, diante desse cenário de concorrência desleal, entendeu desnecessário comprovar o dano, presumindo-se o prejuízo e aplicando a teoria do ilícito lucrativo. (TJSP, 2018a)

Observa-se que a decisão se fundamenta em concorrência desleal, associação/confusão e desvio de clientela, mesmo se tratado de agentes não concorrentes, ou seja, em uma interpretação mais ampla da concorrência[10]; e o voto contrário, traz o conceito de aproveitamento parasitário, mas afasta sua incidência por não se tratar de serviços concorrentes.

Decisão ainda mais recente no Brasil, do mesmo Tribunal, traz relevante abordagem sobre os conceitos envolvidos nessa matéria. Trata-se do conflito entre a marca "Maizena", para produtos alimentícios (amido de milho) e da marca "Alisena" para produtos de beleza (alisamento capilar). A primeira sentiu-se lesada pela segunda, alegando que além do aproveitamento do nome protegido, também há utilização (indevida) do conjunto visual, que não possui regulamentação específica no Brasil. Em primeira instância o pedido foi considerado improcedente, uma vez que o julgador entendeu que não havia risco de confusão para o consumidor, por se tratar de segmentos comerciais distintos.

Em grau de recurso, os julgadores entenderam que o juiz de primeira instância "confundiu os conceitos de tutela concorrencial englobados na lide em apreciação, considerando-a indissociável e restrita a verificação da especialidade marcária.". (TJSP, 2018b) Dessa forma, aduziu-se que mesmo se tratando de segmentos distintos, há o risco de o consumidor entender

[10] Nesse mesmo sentido, tem-se o caso da marca "Troller" (veículos e outros) x "Trollinho" (vestuário), em que a decisão do tribunal foi no sentido de anular a segunda marca, mesmo se tratando de produtos de diferentes segmentos, por entender presente o risco de confusão, concorrência desleal, aproveitamento parasitário e a possibilidade de diluição da marca anterior. Contudo, fundamentou também o acórdão no art. 124 da Lei de propriedade Industrial – marca notoriamente conhecida, nos termos da CUP, não observando que esse dispositivo traz uma proteção especial pra marca dentro da mesma área de atuação. TRF, 2017.

que o produto “Alisena”, pela semelhança entre marca e o conjunto visual da “Maizena”, fosse um produto dessa empresa, embora em um outro nicho de mercado. Diante da possibilidade dessa percepção do consumidor, uma marca estaria gozando da tradição e reconhecimento da outra, levando o consumidor a crer, por exemplo, que encontraria o mesmo padrão de qualidade em ambos os produtos,

Nesse contexto, afirmou-se que a violação concorrencial é evidente, eis que “não se pode restringir à verificação da confusão em sentido estrito”, ou seja, de o consumidor adquirir *um produto pelo outro*. Ainda que a indevida associação tenha carga subjetiva, não descarta a necessidade de cautela na apreciação dessas condutas pelo Poder Judiciário.

O julgador observa, ainda, que o reconhecimento de uma marca junto ao mercado consumidor demanda investimento humano e financeiro e um tempo considerável para se consolidar no mercado, como no caso da marca “Maizena” presente há décadas no mercado. Permitir o aproveitamento dessa condição por terceiro, seria abreviar esse esforço e facilitar isso de forma desleal, mesmo que possa ser considerada subjetiva a percepção do consumidor sobre esse produto e sua relação com a outra marca.

Observou-se, nessa fundamentação, que há que se resguardar o consumidor e, também coibir práticas dos agentes que desvirtuam a ordem econômica com atos de concorrência desleais. Importante afirmação deve ser destacada no teor da decisão, quanto ao parasitismo se manifestar sob dois aspectos: “i) a possibilidade de indevida associação entre produtos; e ii) a apropriação indevida da empresa demandada sobre o investimento da empresa mais tradicional na construção da marca.” (TJSP, 2018b)

A partir desses argumentos, na decisão, se arbitrou indenização em um percentual de 20% sobre o faturamento

dos produtos violadores do direito, com base em um critério equitativo, levando em consideração a legislação de Propriedade de Industrial acerca dos lucros cessante, assim como do enriquecimento ilícito. O julgador observou a dificuldade de se estabelecer o quantum indenizatório, tendo em vista a complexidade de se aferir o prejuízo decorrente da diluição da marca ou o montante de enriquecimento ilícito da outra parte. (TJSP 2018b)

Esse é outro desafio em relação ao aproveitamento parasitário de marcas. Almeida (2014) destaca que, no domínio das violações dos direitos subjetivos de propriedade intelectual, pode ser complexo provar os danos ou determinar o quantum do prejuízo causado na perda do prestígio ou diluição de uma marca, além dos eventuais lucros de quem se beneficiou com comportamento ilícito. Entretanto, há que se atentar que nesses casos, além da reparação, tais decisões devem observar a função punitiva e preventiva de eventual indenização.

Ainda sobre o caso em tela – Maizena x Alisena, embora se trate de marca de alto renome, tem-se a aplicação dos fundamentos da concorrência desleal (com uma interpretação mais ampla dessa) para o aproveitamento parasitário. Destaca-se nessa decisão, especialmente, a abordagem dada a conceitos ou critérios referentes ao aproveitamento parasitário. Entende-se pertinente tanto à referência sobre a confusão, no sentido de que ela não poder interpretada em sentido estrito, bem como que o aproveitamento parasitário trasncende a questão da *potencial* associação indevida, porém também se fundamenta na indevida apropriação do investimento feito para a consolidação de uma marca no mercado consumidor.

Faz-se interessante citar, aqui, o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia que, ao analisar a questão da *confusão entre sinais* em um caso concreto, entendeu que não é necessário a confusão no espírito do consumidor, mas um grau de similitude visual, fonética ou conceitual entre dada marca que

goze de renome e o sinal utilizado, de forma que o consumidor estabeleça uma ligação entre eles ou uma aproximação. (TJUE, 2003) Isso não significa dizer confundir *um produto pelo outro*, como asseverou o julgador no caso da Maizena.

Diante desses posicionamentos dos tribunais brasileiros, verifica-se que a fundamentação jurídica para coibir o aproveitamento parasitário relacionados às marcas registradas, quando não há relação de concorrência nem proteção especial ao alto renome, todavia não foi sedimentada.

Além do direito aplicável, os casos em tela denotam que a análise de aproveitamento parasitário perpassa outras questões, de natureza fática, como o conceito de confusão ou associação, prestígio, percepção do consumidor, diluição da marca. Para tanto, se faz pertinente a construção de critérios ou metodologia aplicável. E essa análise, tal como sua prova, em regra, é complexa.

A título de complementar, cita-se as orientações do TJUE, em 2008, em acórdão sobre oposição envolvendo as marcas "Intel" (produtos e serviços informáticos) e "Interlmark" (serviços de marketing e telemarketing). Nesse caso foram discutidas questões acerca do alcance do direito à proteção do prestígio e caráter distintivo de uma marca e, especialmente, quais análises devem ser feitas em demandas envolvendo essa matéria.

O TJUE (2008) observou que a marca, gozando de prestígio junto a dado mercado, está protegida em três situações de conflito com marca posterior: i) prejuízo causado ao seu caráter distintivo; ii) prejuízo causado ao seu prestígio; e, iii) proveito indevido do caráter distintivo ou do prestígio dessa marca.

O primeiro caso decorre do grau de semelhança entre os signos, que deve ser observado quando esse permite que o consumidor estabeleça uma ligação entre eles, ainda que não os confunda. O Tribunal inclusive elenca os requisitos dessa ligação, aduzindo que se ela for suscetível de dispersar a identidade

da marca anterior, a aptidão dela para identificar os seus produtos ou serviços será enfraquecida.

Ademais, o caráter distintivo e prestígio da marca, assim como os prejuízos em relação a esses, devem ser analisados tendo em conta a percepção do consumidor "médio" desses produtos ou serviços. Já o proveito indevido de uma marca por outra, deve ser apreciado tendo em conta o consumidor médio dos produtos e serviços da marca posterior. Em ambos os casos, há que comprovar alteração no comportamento econômico do consumidor *médio*, embora devam ser verificados em grupos distintos.

Não há necessidade de se comprovar o prejuízo, mas o risco sério de acontecer. Quanto maior o caráter distintivo e o prestígio de uma marca, mais facilmente se identifica eventual prejuízo ou proveito indevido. Da mesma forma, não é necessário que a marca anterior seja única, contudo quanto mais apresentar um caráter único, mais o uso de um signo posterior que o evoque pode enfraquecer seu caráter distintivo. (TJUE, 2008)

Resta claro, que somente os aspectos fáticos de cada caso podem elucidar se houve ou não violação aos direitos dos titulares das marcas, no que se refere, por exemplo, ao proveito indevido do prestígio desses signos ou eventual diluição do caráter distintivo. Entretanto, em se configurando o aproveitamento parasitário, a falta de regulamentação específica para situações que transcendem a relação de concorrência não pode inibir que tais condutas sejam coibidas e, quando for o caso, os prejuízos reparados. A matéria tem sido objeto de discussão legislativa no Brasil[11], porém até que se tenha a devida regulamentação, as cláusulas gerais citadas, bem como

[11] O projeto de lei do novo Código Comercial brasileiro, em discussão no Senado Federal, traz em seu texto, art. 93: "Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica." Projeto de Lei n. 1572/2011.

os princípios que regem a ordem econômica no Brasil dão respaldo para regular tais condutas.

5. Conclusão

O Brasil carece sedimentar os conceitos aqui abordados, atentando para as possibilidades de aproveitamento parasitário em relação às marcas para além da relação de concorrência e da proteção especial que gozam as marcas de alto renome.

Na falta de legislação específica, evidenciaram-se entendimentos no sentido de se coibir tais práticas em uma interpretação ampliada da concorrência desleal, no entanto isso gera controvérsias entre os próprios julgadores, tal como na literatura jurídica nacional. Porém, mesmo que se entenda que os dispositivos e critérios específicos que norteiam a concorrência não sejam aplicáveis a esses casos, isso não pode constituir limite para se regular atos que são contrários aos ditames gerais do ordenamento jurídico brasileiro.

Até que se proceda a devida regulamentação da matéria, os princípios que regem a ordem econômica e a concorrência, aliados a uma interpretação sistemática dos direitos relativos às marcas - que envolvem resguardar sua reputação, e a vedação do enriquecimento sem causa são fundamentos que podem nortear as decisões e restringir tais práticas.

Denota-se ainda que, além do direito aplicável, há uma gama de conceitos relevantes que também necessitam ser aprofundados nessa matéria, como a confusão/associação, reputação (ou prestígio) x alto renome e risco de diluição da marca. E, do mesmo modo, há que se buscar uma metodologia ou critérios mais claros que permitam analisar e aferir essas questões nos casos concretos, a exemplo do que busca fazer o Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a complexidade da avaliação ou mensuração das circunstâncias fáticas envolvidas.

Referências

Aguiar Jr., R. R. 2000. “Projeto de Código Civil - as obrigações e contratos”. Revista dos Tribunais. n. 775, pp. 18-31.

Almeida, A. R. A. 2014. “Responsabilidade civil pela violação de direitos subjectivos de propriedade intelectual – as influências anglo-saxônicas”. Revista De Direito Intelectual, 02, pp.165-187.

Barbosa, D. B. 2002. Concorrência sem concorrência. [doc] Disponível: < denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrencia/13.doc>. [Acessado em 01 outubro 2018]

Barbosa, D. B. 2011. A concorrência desleal, e sua vertente parasitária. [pdf] Disponível em:<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrencia_desleal.pdf>. [Acessado em 01 outubro 2018]

Barbosa, P. L. A. 2015. *Sinal distintivo empresarial e nome de domínio*. Tese. Florianópolis: UFSC.

Cancelier da Silva, A. L. 2013. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil. (1988) Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. [Acessado em 20 setembro de 2018]

Ellwood, I. 2004. *O livro essencial das marcas.* São Paulo: Clio Editora.

Gonçalves, C. R. 2015. *Direito Civil 1: parte geral – obrigações e contratos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva.

Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). 2013. Resolução n. 107, de 19 de agosto. *Estabelece a forma de aplicação do disposto no art. 125 da Lei N. 9.279/1996*.

Brasil. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/arquivos-dirma-1/RES_1072013_alteradapela_RES_172_2016.pdf/view>. [Acessado em 01 de outubro de 2018]

Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). 2017. Resolução n. 177, de 18 de janeiro. *Institui a 2ª edição do Manual de Marcas*. Brasil. Disponível em: < http://manualdemarcas.inpi.gov.br/>. [Acessado em 01 de outubro de 2018]

Lei N. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. [Acessado em 20 setembro de 2018]

Lei N. 9.279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.* Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9279.htm>. [Acessado em 10 outubro de 2018]

Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. [Acessado em 20 setembro de 2018]

Lipovetsky. G. 2007. *A felicidade paradoxal – desafio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras.

Pimentel, L. O. 2012. *Conflito entre marca e nome de domínio*. Parecer. Florianópolis. 42 p.

Portilho, D. 2012. "O projeto de lei do senado para coibir a concorrência parasitária: ou será o aproveitamento parasitário?" *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, v. 09, pp. 18-35.

Projeto de Lei N. 1.572, de 2011. Institui o Código Comercial. Brasil. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. [Acessado em 01 outubro de 2018]

Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj>. [Acessado em 01 outubro de 2018]

Sébastien, P. 2002. Le parasitisme économique: passé, présent et avenir. Memoire (Doctorat sciences juridiques, politiques et sociales). Lille : Université Lille 2. Disponível em: <http://blog.wikimemoires.com/2013/06/le-parasitisme-economique-passe-present-et-avenir/>. [Acessado em 01 outubro de 2018]

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 1999. Processo C-375/97. General Motors Corporation contra Yplon SA. 14 de setembro. Disponível em: < eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1540821459028&uri=CELEX:61997CJ0375>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2003. Processo C-408/01. Adidas- -Salomon AG, Adidas Benelux BV contra Fitnessworld Trading Ltda. 23 de outubro. Disponível em:<eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2003.304.01.0005.01.POR>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2008. Processo C-2527/07. Intel Corporation INC contra CPM United Kingdom Limited. 27 de novembro. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1540821864931&uri=CELEX:62007CA0252>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2011. Processo C-323/09. Interflora Inc. e Interflora British Unit contra Marks & Spencer plc e Flowers Direct Online Ltd. 22 de setembro. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1540986042271&uri=CELEX:62009CJ0323>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 2018a. Processo 1113629-33.2017.8.26.0100. Brasil, TJSP, 2ª Câm. Reservada de Direito Empresarial. 10 de julho. Disponível em: <tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/600340434/11136293320178260100-sp-1113629-3320178260100>. [Acessado em 20 outubro de 2018]

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 2018b. Processo 1093251-56.2017.8.26.0100. Brasil, TJSP, 2ª Câm. Reservada de Direito Empresarial. 18 de setembro. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/topicos/78695008/processo-n-1111681-2720158260100-do-tjsp>. [Acessado em 20 de outubro de 2018]

Tribunal Regional Federal (TRF). 2005. Apelação: AC 113855 RJ 96.02.24177-2. Brasil, TRF, 2ª região. Segunda Turma Especializada. 30 de agosto. Disponível em: <trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/902834/apelacao-civel-ac-113855>. [Acessado em 01 outubro de 2018]

Tribunal Regional Federal (TRF). 2017. Apelação: AC 0126409-27.2015.4.02.5101. Brasil, TRF, 1ª Tuma Especializada. 02 de outubro. Disponível em: <trf-2.jusbrasil com.br/jurisprudencia/509320991/apelacao-ac-1264092720154025101-rj-0126409-2720154025101>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2012. Recurso Especial: 1232658 / SP. Brasil, STJ/T4. 12 de junho. Disponível em:<www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-06-12;1232658-1228651>. [Acessado em 20 setembro de 2018]

Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2018. Recurso Especial: 1209919 SC 2010/0168461-7. Brasil, STJ/T4 – 4ª turma. 13 de março. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633920/recurso-especial-resp-1209919-sc-2010-0168461-7?ref=juris-tabs>. [Acessado em 20 outubro de 2018]

O CONTRATO DE DEPÓSITO, O DIREITO DE AUTOR, OS DIREITOS INDUSTRIAIS E A INFRAÇÃO DE DIREITO EXCLUSIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE MERCADORIAS GUARDADAS EM DEPÓSITO

J. P. Remédio Marques

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

I. Introdução. Os problemas

II. O início do ato de exploração económica das criações protegidas, a independência desses atos carecidos de autorização do titular e o armazenamento de mercadorias

III. O conceito de distribuição ao público comercialização de obra ou criação industrial protegidas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da união europeia

IV. A posição jurídica do depositário e do depositante

V. Conclusão

I. Introdução. Os problemas

Decorre da configuração prestacional do contrato de depósito *a entrega* de uma parte à outra de uma coisa, móvel ou imóvel, para que a segunda a guarde e a *restitua à primeira quando for exigida esta restituição* (art. 1185.º do Código Civil). É a *guarda* da coisa que constitui a causa do contrato[1]. Este núcleo prestacional é comum ao depósito mercantil, não obstante este se presuma oneroso e o depositário possa usar a coisa com a permissão do depositante, seja para si próprio, seja em operações recomendadas pelo depositante (arts. 404.º e 406.º do Código Comercial).

Por outro lado — no quadro dos *atos jurídicos*, *operações materiais* e *diligências* sujeitas ao consentimento do titular de um *direito de propriedade intelectual* —, o *armazenamento* de produtos nos quais se materializam *direitos de patente*[2] e *desenhos ou modelos*[3] é incluído *expressamente* no *licere* do respetivo titular (no seu âmbito merceológico de proteção).

Não raras vezes, o *depósito* das mercadorias anda ligado ao seu *transporte* (dentro do mesmo país ou para país

[1] Pese embora para alguns autores, a guarda da coisa não integra o conteúdo da prestação, sendo, sobretudo, um critério de determinação da responsabilidade do depositário — cfr., sobre estas dimensões, cfr. Graziani, Carlos Alberto/Minervini, Gustavo/Belviso, Umberto/Santoro, Vitorio, *Manuale di Diritto Commerciale*, 17.ª ed., Padova: Wolters Kluwer, Cedam, 2017, p. 529.

[2] Artigo 101.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial. Porém, em alguns ordenamentos o ilícito somente tem lugar quando o armazenamento é dirigido à ulterior oferta ou introdução dos produtos no mercado. Por exemplo, no Reino Unido, a jurisprudência tende a restringir o sentido e alcance da expressão contida Secção 60(1)(a)(f) do Patent Act («keeps it whether for disposal por otherwise») aos atos de armazenagem com o propósito de os usar na sua atividade económica se e quando este entender fazê-lo — cfr. a decisão do *Court of Apeal, no caso McDonald v. Graham, in: Report of Patent Cases*, 1994, p. 407 ss., p. 431: «… in the sense of keeping them in stock for the purpose of his business in order to make use of them as and when it would be beneficial for him to do so». Entre nós, a conjunção «ou» contida na 2.ª parte do n.º 1 do art. 101.º do CPI («ou a utilização … ou a importação, ou a posse do mesmo, para algum dos fins mencionados) parece inculcar a ideia de que somente ofendem o direito de patente os atos materializados na *utilização, importação ou posse* dos produtos com intenção de os introduzir no comércio (seja pelo agente, seja por outrem) ou, pelo menos, onde haja a clara cognoscibilidade de ser previsível ou expectável ocorrer essa introdução no mercado. Tb. Bently, Lionel/Sherman, Brad, *Intellectual Property Law,* 4.ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 618.

[3] Art. 203.º, n.º 2, do mesmo diploma («… bem como a armazenagem desse produto para os mesmos fins»). Isto significa que o armazenamento é, *por si só*, um ato ilícito violador do direito absoluto sobre

estrangeiro), aqui onde avulta o *conhecimento de carga* ou *conhecimento de embarque*, o qual é, *uno actu*, recibo de entrega, prova do contrato entre o carregador e o transportador e representa a mercadoria nele descrita, estando sujeito ao *regime geral dos títulos de crédito* (título representativo de mercadorias), podendo ser nominativo, à ordem ou ao portador[4].

Quanto aos outros direitos de propriedade intelectual pode figurar-se controvérsia sobre se o *armazenamento* não autorizado é, *per se*, um ato ilícito. E o mesmo se dirá, por exemplo, do *transporte*[5]. O regime jurídico do *modelos de utilidade* não refere expressamente este ato de utilização consubstanciado no *armazenamento*[6], o mesmo acontecendo com o regime das *topografias de produtos semicondutores*[7], com o *direito de marca*[8], com o *logótipo*[9] ou a *denominação de origem*[10].

---

o desenho ou modelo; apenas o é se e quando esse armazenamento se destinar precipuamente à introdução dos produtos protegidos no comércio.

[4] Calvão Da Silva, João, *Estudos de Direito Comercial* (Pareceres), Coimbra: Almedina, 1996, pág. 53,

[5] Em matéria de direito de patente, o legislador é omisso quanto ao transporte, pese embora constitua ato ilícito a posse dos produtos patenteados se estes se destinarem a ser introduzidos no comércio (parte final do n.º 1 do art. 101.º do atual CPI). A mesma realidade deteta-se no projeto do novo CPI.

[6] Já quanto aos *modelos* de utilidade, o artigo 144.º, n.ºs 2 e 3, não refere expressamente o armazenamento de produtos (conquanto obtidos diretamente pelo processo protegido) como ato ilícito típico carecido do consentimento do titular do modelo de utilidade, pese embora haja, noutros segmentos de regulamentação uma equiparação do âmbito de proteção deste «tipo» de propriedade industrial ao direito de patente — cfr, designadamente, os arts. 140.º, 141.º, 144.º, n.ºs 1 e 5, 145.º, n.º, 2, 146.º, 147.º. De todo o modo, o ato reservado de «utilização» do produto em que se consubstancia o modelo de utilidade (art. 144.º, n.º 2, do CPI) permite defender um sentido e alcance amplos do conceito de utilização. Assim, carece de consentimento do titular toda e qualquer utilização da qual possa ser extraído um benefício económico (ou uma vantagem competitiva) das regras técnicas protegidas por esta invenção. Logo, o depósito não autorizado de mercadorias (sobre as quais recai direito relativo a modelo de utilidade) destinadas a serem introduzidas nos circuito0s comerciais do Estado da proteção constitui ato ilícito.

[7] Art. 164.º, n.º 2, alínea *b)*, do mesmo Código, não obstante esta norma se referir à «distribuição por qualquer forma, com finalidade comercial».

[8] Art. 258.º do mesmo diploma. O art. 249.º, n.º 2, alínea *b)*, do Projeto do novo CPI, atualmente em apreciação na Assembleia da República, em sede de Comissão Especializada de Economia, refere *expressamente* o armazenamento não autorizado como ato ilícito («A oferta de produtos para venda que ostentem o sinal, bem como a respetiva colocação no mercado ou *armazenamento para esse fim*, ou a oferta ou a prestação dos serviços que ostentem o sinal») — o itálico é meu. Como se vê, o armazenamento, *por si só*, de mercadorias contrafeitas, não é ilícito, mas já o é se for um ato instrumental ou ancilar de uma precípua colocação no mercado (antecedida de oferta, promoção, etc.) no Estado da proteção.

[9] Art. 304.º-N, do mesmo Código.

[10] Art. 312.º, n.º 1, do mesmo Código.

A técnica do legislador do atual CPI é deficiente quanto à enumeração dos *atos jurídicos* ou *operações materiais* que, ao abrigo de um princípio de *tipicidade* (tendencialmente) *taxativa*, infringem direitos de propriedade industrial[11].

De todo o modo, a configuração das relações jurídicas (e económicas) entre o alegado infrator de direitos de propriedade intelectual e o terceiro que aquele usa para armazenar as mercadorias alegadamente contrafeitas é de decisiva importância, não apenas para determinar a *existência de infração* resultante do contrato de depósito, mas também para *responsabilizar*, se for caso disso, o *depositário*.

A intersecção do regime jurídico do *contrato de depósito* com *os* regimes jurídicos da violação de direitos de propriedade intelectual convoca algumas interrogações e tentativas de esboço de soluções justas e razoáveis.

No campo do *direito de autor* e dos *direitos conexos*, o artigo 4.°, n.° 1, da Diretiva n.º 2001/29, relativa à harmonização de determinados aspetos dos direitos de autor e direitos afins aos direitos de autor na sociedade da informação, também não se refere expressamente ao mero *armazenamento* de mercadorias alegadamente contrafeitas como sendo constitutivo de um *ato de distribuição* («distribuição ao público … através de venda») — seja em armazém do vendedor, seja em armazém de terceiro com quem este aquele tenha celebrado um *contrato de depósito*.

Parece pacífico defender-se que uma atividade, operação ou ato jurídico que infrinja um *direito de autor* pode consistir, entre outras, na exploração da obra sem o consentimento do autor, por meio da sua colocação à disposição do público, em especial, quando são postos à venda, para aluguer ou para empréstimo, exemplares da obra, ou quando, por qualquer

[11] Disse *tendencialmente* taxativa, uma vez que, por vezes, o legislador (pelo menos do ponto de vista do ilícito civil) refere apenas uma lista exemplificativa (ou ilustrativa) de atos cuja prática carece do consentimento do titular. Cfr., por exemplo, o art. 10.º, n.º 3, da Diretiva (EU), n.º 2015/2016, de 16 de dezembro de 2015, relativa à aproximação da legislação dos Estados-Membros em relação ao direito de marca.

forma, estes são distribuídos ao público. De resto, quem, com dolo ou negligência grave, atuar dessa forma relativamente a uma obra literária ou artística que constituam uma violação do direito de propriedade intelectual, é punido com pena de prisão até três ou com pena de multa até 50 dias se, neste caso, o crime for punível a título de negligência (arts. 197.º e 199.º, ambos do Código do Direito de Autor).

É sobejamente conhecida a prática comercial traduzida na venda de produtos, designadamente de peças de vestuário (sobretudo, *t-shirts*, camisas e calças) que ostentam sinais gráficos protegidos por direito de marca ou expressões respeitantes a obras musicais ou fílmicas conhecidas e, outrossim, protegidas por direito de autor.

O direito exclusivo de *distribuição* (no quadro do direito de autor) e de colocação à venda (no quadro do direito de marca) pressupõe, em primeiro lugar, um *comportamento ativo* dirigido ao público em geral, com o fim de vender cada produto em concreto em estabelecimento aberto ao público.

Pode assim ser controverso saber se o *armazenamento* de mercadorias — precipuamente alicerçado num contato de *depósito mercantil* — sobre os quais recaem direitos de propriedade intelectual (à revelia do titular destes direitos) pode constituir, no *Estado da proteção* (*in casu*, em Portugal) um comportamento deste tipo, implicando a responsabilidade civil (solidária) do depositário, juntamente com o depositante, sendo o *depósito mercantil*; e, outrossim, se pode implicar *responsabilidade criminal* do depositário.

Será que um agente económico que adota medidas ou realiza *atos prévios* à celebração do contrato de compra e venda com terceiros adquirentes (consumidores finais ou consumidores intermédios), designadamente, a disponibilização para venda de mercadorias protegida por meio da prévia celebração de contratos de depósito dessas mesmas mercadorias implica,

no que ao contrato de depósito diz respeito, a disponibilização para venda na medida em que comercializa mercadorias idênticas num estabelecimento que é sua propriedade ou num sítio da *Internet*? O mero depósito desses produtos contrafeitos por depositante que comercializa outros produtos idênticos em estabelecimentos também importa a violação do direito de exclusivo intelectual ou industrial?

As mercadorias armazenadas, objeto mediato do *depósito mercantil*, podem ser equiparadas, para efeitos de *aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual* decorrente da Diretiva n.º 2004/48/CE (tal como esta deverá ser aplicada no quadro do direito interno dos Estados-Membros que a transpôs), às mercadorias efetivamente disponibilizadas no estabelecimento comercial do alegado infrator, independentemente de serem vendidas ou publicitadas, e independentemente da intenção mercadológica ou outra do interessado?

Já se vê, igualmente, que a esta questão pode interessar a *posição jurídica do depositário*, no sentido de ser, ou não, dispensada a existência de um vínculo físico, financeiro ou administrativo entre o titular do armazém e o titular do estabelecimento comercial.

II. O início do ato de exploração económica das criações protegidas, a independência desses atos carecidos de autorização do titular e o armazenamento de mercadorias

Entende-se pacificamente que o *início* ou as primícias do *ato de exploração económica* de uma criação protegidas por direitos de propriedade intelectual tem que ocorrer no Estado para que se pede proteção (*hoc sensu*, o *Estado da proteção*), não sendo necessário que esse ato se complete ou ultime nesse

Estado, como, pelo contrário, é exigido nos E.U.A. Faz-se mister que o ato praticado nesse Estado (*in casu*, em Portugal) seja a *causa adequada* da violação, desde que os comportamentos pelos quais se revela esse início não autorizado de exploração económica contenham os *elementos fundamentais do ato de exploração* previsto na norma material do Estado para que se pede proteção.

Contudo, a *independência dos atos de exploração* económica de criações protegidas constitutivos do âmbito merceológico de proteção do titular do concreto direito de propriedade industrial (*v.g.*, a oferta, a distribuição, a reprodução, a introdução no comércio, o fabrico, a importação, a posse, o armazenamento, etc.) não pode depor sempre contra a isenção dos atos de *mero armazenamento* dos bens no Estado da proteção da aplicação e exercício do *licere* atribuído ao titular.

Curando-se de direitos de propriedade intelectual sujeitos ao *princípio da proteção unitária em diversos Estados* (como acontece na União Europeia com as marcas da EU, desenhos ou modelos comunitários, direitos de obtentor de variedades vegetais), a configuração do *princípio da territorialidade* de tais direitos impõe o seguinte: a prática de um ato contido na lista dos atos que carecem de autorização do titular (*v.g.*, armazenamento, transporte) é considerada como tendo ocorrido nesse espaço territorial mais amplo, independentemente de o local da prática dele ser um dos Estados onde vigora o mesmo direito de propriedade industrial unitariamente protegidos em todos eles[12]. Isto porque as diferentes condutas previstas no *licere* reconhecido ao titular no Código da Propriedade Industrial ou no Código do Direito de Autor são independentes uma das

[12] Entre outros, cfr. Kur, Annette/Senftleben, Martin, *European Trademark Law, A Commentary*, Oxford University Press, 2017, p. 371 (referindo o caso *Logistics v. Bacardi*, proc. C-379/14, decidido pelo TJUE, de 16/07/2015, segundo o qual «o titular da marca não está, de modo algum, obrigado a esperar a introdução no consumo das mercadorias que ostentam a sua marca para exercer o seu direito exclusivo. Com efeito, pode igualmente opo-se a certos atos cometidos, sem o seu consentimento, antes dessa introdução no consumo. Entre esses atos figuram, nomeadamente, a importação das mercadorias em causa e a sua detenção para efeitos da respetiva comercialização»), pp. 390-391 (quando às mercadorias em trânsito).

outras: cada uma delas pode gerar uma ato ilícito per se e ser praticadas por diferentes sujeitos, designadamente numa cadeia de distribuição de produtos[13].

Não me parece que esta *independência dos atos de exploração económica* possa conduzir sempre à infração de um direito de propriedade intelectual alicerçado no mero *armazenamento* (ou detenção, designadamente por um depositário) de mercadorias no Estado para que se pede proteção.

É verdade que a normas materiais da maioria dos ordenamentos jurídicos preveem uma lista de atos reservados ao titular; mas esta circunstância não afasta a ideia de que a aplicação da *lex loci protectionis* fixa geralmente limites máximos da sua aplicabilidade. Vale dizer: esta lei não vai (nem pode) ser aplicada relativamente a todo e qualquer comportamento que se realize nesse Estado, independentemente do seu reflexo ou incidências nas *vantagens competitivas* desfrutadas pelo titular da proteção[14]. Só devem surpreender-se e identificar-se atos de exploração económica assim qualificados enquanto núcleo de atos consubstanciados em atividades não autorizadas que i*nterferem com as vantagens competitivas decorrentes da titularidade e do exercício de direitos de propriedade intelectual no Estado da proteção*. O que significa afastar ou desconsiderar os elementos de conexão (traduzidos em comportamentos mercadológicos) que, por si só e desligados de outros comportamentos, não revelam (ou não indiciam) essa *interferência*.

Daí que a *lex loci protectionis* só deve cuidar da verificação (ou ameaça ainda não consumada, mas iminente) da prática, nesse Estado, dos *atos principais* não autorizados de exploração económica, e não apenas da verificação dos *atos*

[13] Entre outros, cfr. Haedicke/Timmann, in: HaedickE, Maximilian/Timmann, Henrik (ed.), *Patent Law – A Handbook on European and German Patent Law*, München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014, §8, anotação à margem n.º 17, p. 737.

[14] Remédio Marques, J. P., "A violação de direitos de propriedade intelectual respeitantes a mercadorias em trânsito – Referência ao trânsito de medicamentos destinados a países com graves problemas de saúde pública", in: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 30 (2009-2010), p. 375 ss., p. 391

instrumentais (ou atos secundários nesse mesmo território), de que o *depósito* (ou o armazenamento em sentido económico) é um exemplo. O mesmo é dizer que a aplicação da *lex loci protectionis* não se deve estender à prática não autorizada de um ato cuja finalidade seja a ulterior realização de um ato de exploração económica (o *ato principal*) no estrangeiro, designadamente, a comercialização.

Não parece assim legítimo sustentar que *qualquer atividade* (inclusivamente o armazenamento) desenvolvida no Estado da proteção seja considerada uma *conexão suficiente* ou *mínima* para poder garantir a aplicação da lei material nesse Estado para que se pede proteção. Se assim, mesmo os *atos preparatórios* — como o armazenamento de mercadorias — realizados no Estado da proteção de outros *atos principais* (ainda não realizados ou em curso de execução nesse Estado) a praticar *no estrangeiro* seriam idóneos a aplicação da lei desse Estado onde fossem praticados tais *atos preparatórios*. Ora, um *ato preparatório* da violação realizado no Estado para que se requere proteção não é uma condição equivalente, se e quando o comportamento remanescente do alegado infrator vier a ser realizado *no estrangeiro*, ou nem sequer vier a ser realizado no Estado para que se requere proteção, aí onde tenham sido armazenadas as mercadorias em contrafação.

Daí que o *mero armazenamento*, sem mais (*scilicet*, sem outros indícios da prática de atos merceológicos principais), efetuado por meio de contratos de depósito não deve constituir, *sic et simpliciter* — exceto quando a lei material do Estado da proteção o prever *expressamente* — uma *conexão suficiente*, ainda quando o Estado do armazenamento for um Estado-Membro da União Europeia e os produtos sejam provenientes de um Estado não membro.

A *conexão suficiente* entre o facto ou ato jurídico não autorizados e a *lex loci protectionis* há-se ser assim uma conexão que eleja elementos de conexão cuja relevância seja dada pelos

prejuízos reais ou *potenciais* (e, além disso, *previsíveis* se ainda não ocorreram) que a prática não autorizada do ato possa causar ao titular nesse mesmo território. Deverá, portanto, ser surpreendida uma *conexão suficiente* (ou uma *conexão mínima*) entre o ato não autorizado de exploração económica ou o início dele (*scilicet*, o ato principal) e o Estado para que o titular pede proteção; de tal sorte que somente é legítimo outorgar ao titular o poder jurídico de, nesse Estado, fazer cessar ou prevenir a prática de atos de exploração económica *suscetíveis de interferirem com o direito exclusivo existente ou reconhecido nesse Estado*.

O critério adequado da conexão suficiente propiciadora da aplicação da *lex loci protectionis* para os *meros atos de armazenamento* deve ser o seguinte: o da *lesão das vantagens competitivas* do titular do direito de propriedade intelectual no próprio Estado para que se pede proteção ou em outros Estados-Membros onde se disponha de proteção (se, neste último caso, o direito de propriedade intelectual desfrutar de um *efeito unitário* em diversos Estados)[15]. O depósito das mercadorias contrafeitas que vise a sua introdução no comércio nesse mesmo Estado infringe o direito absoluto do titular do direito de propriedade intelectual. O depósito das mercadorias em armazém é assim considerado uma forma de *utilização* (*nomen* comummente usado no campo dos direitos de propriedade industrial) do objeto da criação.

Este critério respeita a *conceção económica dos atos de exploração* do concreto direito de propriedade intelectual. O *mero armazenamento* de produtos no Estado da proteção não deve poder ser, *per se*, qualificada como infração ao direito de propriedade intelectual quando não seja surpreendido um qualquer *ato principal* de exploração ou uma ameaça iminente da lesão ao direito de propriedade intelectual por via da prática dos referidos *atos principais*. Haverá, por conseguinte infração, se *for razoável supor* que os produtos armazenados, ou alguns

[15] Remédio Marques, J. P., "A violação de direitos de propriedade intelectual …", cit., p. 393.

deles, possam entrar nos circuitos comerciais do Estado da proteção (ou em outros Estados-Membros, se o direito industrial desfrutar de carácter unitário), aí onde o titular desfruta, conquanto temporariamente, de uma *vantagem competitiva*[16]. A *mera presença* desses bens (em depósito em armazém) para efeitos de serem introduzidos no comércio noutro país (da União Europeia ou um Estado terceiro) é, em regra, um *critério de conex*ão exorbitante.

Vale isto por dizer que não parece suficiente para fazer funcionar o *ius prohibendi* previsto nas normas materiais do Estado da proteção a circunstância da mera presença (p. ex., em armazéns ou em contentores) dos produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual, salvo quando o legislador desse Estado o previr expressamente.

III. O conceito de distribuição ao público/comercialização de obra ou criação industrial protegidas. a jurisprudência do Tribunal de Justiça da união europeia

Deve, desde já, questionar-se quais são os atos de cuja verificação decorre a *distribuição ao público*, a *oferta*, a *comercialização* ou a *colocação* (no mercado) à disposição deste.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), tirado no caso *Peek & Cloppenburg*[17], pese embora no quadro do *direito de autor*, tais atos são exclusivamente os que implicam, quer a transmissão de

[16] Cfr. o proc. C-281/05, no caso *Montex/Diesel*, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio de acórdão de 9/11/2006, nos termos do qual «o titular de uma marca só pode proibir o trânsito num Estado-Membro onde essa marca é protegida (…), de produtos que ostentem a marca, colocados sob o regime de trânsito externo com destino a outro Estado-Membro onde essa protecção não existe (…) quando esses produtos forem objecto de um acto praticado por um terceiro, enquanto os produtos se encontram submetidos ao regime de trânsito externo, que implique necessariamente a sua comercialização no Estado-Membro de trânsito».

[17] Acórdão do TJUE, de 17/04/2008, proc. C-456/06.

propriedade do objeto, quer o acesso ao público, *por qualquer outro meio diferente da venda*, do original de uma obra ou da sua cópia ou criação ou de produtos protegidos por direitos de propriedade industrial, no sentido da disposição em causa.

Mais tarde, e ainda no campo do direito de autor, no acórdão de 21 de junho de 2012, no caso *Donner*[18], o TJUE analisou a conduta de um transportador de obras protegidas — o qual agia como cúmplice na distribuição não autorizada de reproduções de móveis protegidos por *direitos de autor*, que uma empresa italiana fornecia aos seus clientes na Alemanha —, tendo concluído que distribuição ao público se caracteriza por «*uma série de operações que incluem, no mínimo, a celebração de um contrato de venda e o cumprimento do mesmo através da entrega a um comprador, que faz parte do público*».

No mais, o TJUE entendeu que os agentes económicos devem ser responsabilizados «*por qualquer operação que realizem ou que se realize por sua conta que dê lugar a uma "distribuição ao público" num Estado-Membro no qual os bens distribuídos estejam protegidos por direitos de autor*». No caso, a conduta do transportador também lhes pode ser imputada sempre que tais agentes económicos «*selecionaram especificamente o público do Estado de destino e não podiam desconhecer a atuação desses terceiros*».

Posteriormente, no acórdão do TJUE, de 13 de maio de 2015 (no caso *Dimensione Direct Sales*)[19] — aqui onde eram litigantes uma empresa de vendas diretas ou por meio da *internet* de móveis (que eram imitações ou falsificações de obras protegidas) e o titular dos direitos de autor dessas criações — , este Tribunal entendeu que o titular de um direito exclusivo de distribuição de uma obra protegida pode se opor a uma *oferta de venda* ou a uma *publicidade* ou de promoção do original ou de uma cópia dessa obra, *mesmo que não se prove que essa*

[18] Proc. C-5/11.

[19] Proc. C-516/13.

oferta ou essa publicidade tenha dado lugar à aquisição do objeto protegido por um comprador da União.

A partir deste acórdão, e no que aos «tipos» de propriedade intelectual cujo regime de âmbito de proteção não preveja *expressamente* a *oferta* dos produtos ou a sua *promoção*, o TJUE interpretou *extensivamente* o conceito de *oferta* ou de *distribuição ao público*. Isto porque o objetivo de realizar vendas (ou prestações de serviços) cujos produtos ou atividades estejam protegidos por direitos de propriedade intelectual abarca uma cadeia de operações materiais e atos jurídicos (e/ou negociais), na qual se incluem os convites à apresentação de ofertas ou de promoções não vinculativa de tais produtos ou serviços — mesmo que, após a consumação desses atos de apresentação de ofertas ou de promoções não se verifique a transmissão para o adquirente da propriedade do objeto protegido (ou da sua cópia).

Vale isto por dizer que, mesmo quando o legislador nacional ou da União Europeia não é claro na enumeração das concretas operações, atos materiais ou jurídicos sujeitos ao consentimento vinculante do titular dos direitos de propriedade intelectual, o certo é que as operações ou os atos jurídicos negociais *preparatórios*, *preliminares* ou que precedam a conclusão do contrato de venda de produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual podem igualmente estar abrangidos pelo conceito de *oferta*[20] (na denominada propriedade industrial) ou de *distribuição* (no direito de autor e direitos conexos) e sejam reservados, a título exclusivo, aos titulares dos direitos de propriedade intelectual.

Recentemente, de acordo com a opinião do Advogado-Geral, na Opinião que formulou recentemente, em 3 de outubro de 2018, no caso *Riksåklagaren*, proc. C-572/17, o

[20] Por exemplo, um convite para apresentar uma, v.g. proposta ou uma publicidade ou promoção não vinculativas relativas a produtos protegido, está igualmente abrangido pela cadeia das operações efetuadas com o objetivo de realizar a venda desse objeto. Cfr. o acórdão do TJUE, no proc. C-98/13, no caso *Blomqvist*, § 32.

conceito de distribuição desfruta de um setor normativo que vai «desde o simples ato translativo do domínio até abarcar os *atos preparatórios da venda do objeto*, como a oferta do comerciante (diretamente ou na página web) ou outras operações para efetuar tal venda, entre elas o transporte dos bens por um terceiro» — o itálico é meu.

Que dizer do atrás exposto? É verdade que o depositante não coloca à venda nem difunde ao público de qualquer outra forma as mercadorias depositadas em armazém. Donde, poderia considerar-se que a posse das mercadorias nos armazéns não constituía uma tentativa ou uma preparação desse crime

Em primeiro lugar, deve observar-se que a remuneração do criador intelectual ou do titular dos direitos de exclusivo (quando não for o criador) deve ser *adequada*, além de que a proteção jurídica deve ser *eficaz* à luz da sempre desejada *garantia de efetividade* dessa tutela. Isto sem esquecer as adequadas *utilizações livres* que se faz mister reconhecer das criações ou prestações protegidas dispensadas do consentimento do titular (*v.*g., uso privado, atos realizados para fins de ensaio ou experimentais, de investigação ou estudos pessoais, de informação, de discursos, alocuções ou conferências, reprodução em biblioteca pública, ou pra fins didáticos, citações ou resumos de obras alheias, utilizações de obras para fins de publicidade relacionadas com a exibição pública ou a venda de obras, para indicar o destino de um produto, ou as indicações relativas à espécie, quantidade ou valor, época, meio de produção do produto, etc.).

Em segundo lugar, julgo que também não subsiste dúvida naquelas situações em que uma pessoa adota medidas ou realiza *atos prévios* à celebração do contrato de compra e venda de produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual, como por exemplo, a disponibilização para venda de mercadorias.

Na verdade, quando um agente económico armazena (diretamente ou por meio da contratação de um depositário) mercadorias que incorporam direitos de autor ou direitos de propriedade industrial, ele visa, em regra, obter vantagens económicas ou comerciais. Se tais vantagens comerciais ocorrerem no Estado da proteção (ou for lícito presumir a elevada probabilidade de isso aí ocorrer), então o armazenamento (enquanto *ato instrumental*) acha-se intimamente ligado aos *atos principais* de exploração económica das criações intelectuais nesse mesmo Estado da proteção. A *oferta* de mercadorias numa loja visa induzir os consumidores a adquirir também os produtos iguais que se encontram depositados no armazém. Qualquer outra interpretação seria inconciliável com os postulados de alguma jurisprudência recente do TJUE, designadamente o acórdão tirado no caso *Dimensione Direct Sales* e não garantiria um nível de proteção elevado, eficaz e rigoroso, como, de resto, decorre da Diretiva n.º 2004/48/CE e da Diretiva 2001/29/CE.

Não me parece que seja necessário *demonstrar a intenção do depositante*[21], a respeito das mercadorias armazenadas, para que este fique sujeito às medidas civis e, sobretudo, criminais previstas no Código do Direito de Autor e no CPI. O *princípio da tipicidade* (taxativa[22]) *de uma conduta antijurídica* prevista e punível como *crime* não creio ficar em crise com esta interpretação.

[21] Se fosse necessário provar a *intenção* do depositante (ou titular das mercadorias armazenadas), far-se-ia mister provar (a) a identidade entre estas mercadorias e outras que, estando protegidas por direitos de propriedade intelectual, fossem exibidas para venda no próprio estabelecimento do depositante; bem como demonstrar a existência de (b) um vínculo físico, financeiro ou administrativo entre o armazém e o estabelecimento propriamente dito onde as mercadorias são vendidas; e, eventualmente, (c) o abastecimento regular do estabelecimento com mercadorias procedentes do armazém.

[22] Vale dizer, os elementos que devem ser constatados no plano dos fatos capazes de identificar e delimitar o conteúdo da proibição penal.

O conceito de *distribuição* (no âmbito direito de autor) ou de «oferta», «colocação no mercado» (no direito de marca[23] ou no direito de patente) abrange, não só o mero ato jurídico translativo do domínio, bem como os *atos preparatórios* da venda do objeto e, outrossim, a *oferta* do agente económico (diretamente ou em página *web* precipuamente dirigida ao Estado da proteção), ou outras operações para efetuar tal venda, entre elas o transporte e o *armazenamento* dos bens por um terceiro.

Se as mercadorias depositadas em armazém *são idênticas* às que são promovidas e comercializadas em estabelecimento do depositante, então vislumbra-se um *claro nexo* jurídico-económico entre as ações, processos e relações através das quais um produto se encaminha desde o seu fabrico até ao seu uso definitivo, seja mediante um processo de elaboração posterior ou seja entregue e adquirido definitivamente pelo consumidor final.

Exceto quando o legislador expressamente o determinar, não é bastante para a verificação de ilícito civil (e criminal) o *facto objetivo* de as mercadorias idênticas se encontrarem armazenadas[24]. Se os produtos que se encontram dentro da loja representam *uma parte do todo do resto* das existências do agente económico depositante, daí resulta que as mercadorias (idênticas) armazenadas e guardadas pelo depositário exibem um *vínculo direto*: estas últimas carecem apenas de um comportamento ativo e subsequente do depositante (ainda que com a colaboração e coautoria do depositário), qual seja o serem

[23] À luz do aprimoramento conceitual ocorrido no novo CPI. Aliás, neste novo CPI o armazenamento (*para fins* de venda ou colocação dos produtos no mercado) acha-se *expressamente* previsto como ato que carece de autorização do titular, conquanto como ato preparatório; isto quanto ao armazenamento de embalagens, rótulos, etiquetas, elementos ou dispositivos de segurança ou de autenticidade, ou quaisquer outros suportes em que sinal igual ou semelhante à sua marca tiver sido aposto, se existir o risco de que estes possam vir a ser usados em produtos ou serviços e que essa utilização constitua uma violação dos direitos do titular da marca.

[24] Pense-se, por exemplo, nos casos de *mercadorias em trânsito* guardadas em armazém em portos de mar ou aeroporto, aguardando o transporte para outro país: não há ilícito (civil, contraordenacional ou criminal) se não forem demonstrados indícios da consumação do risco de as mercadorias serem introduzidas no comércio no Estado da proteção (onde se encontram temporariamente armazenadas)

tais mercadorias colocadas à venda no estabelecimento deste (ou de outrem a ele ligado por vínculos jurídicos económicos).

O armazenamento de tais mercadorias — quer esteja, ou não, próximo do estabelecimento de venda dos produtos contrafeitos — integra assim já *parte da cadeia de atos* dirigidas à consumação do ato *principal*: a *venda* desses produtos, independentemente do local, em Portugal (ou no Estado da proteção), onde ela ocorra.

IV. A posição jurídica do depositário e do depositante

O depositário deve guardar a coisa depositada, de acordo com a diligência de um bom «pai de família», ou seja, usando o *cuidado e a diligência de uma pessoa média colocada na sua situação contratual e prestacional face à natureza dos produtos depositados* e, em concreto, ou cuidado que lhe era exigível face à circunstância de ostentarem sinais (protegidos por direito de marca) ou poderem curar-se de produtos sobre os quais podem incidir direito de autor, direito de patente, modelo de utilidade, direitos respeitantes a topografia de produto semicondutor ou direitos sobre desenhos ou modelos. Curando-se de um depositário que faz desta atividade a sua profissão (empresário em nome individual ou sob forma societária ou outra) a diligência no dever de guarda deverá ser evidentemente superior[25].

Se, na sequência da apreensão das mercadorias alegadamente contrafeitas *(maxime*, na sequência de providência cautelar requerida pelo titular ou pelo seu representante legal ou na decorrência de apreensão administrativa efetuada pela autoridade aduaneira), o depositário ficar privado da detenção da coisa, deve entender-se que esse facto não é, em princípio, imputável. Nesta hipótese, ele fica exonerado da obrigação de

[25] Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, vol. III, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 436.

guarda, mas *deve dar conhecimento imediato dessa apreensão* e consequentemente privação da detenção das mercadorias ao depositante (art. 1188.º, n.º 1, do CC).

A omissão do dever de aviso gera responsabilidade civil por incumprimento nos termos gerais (art. 798.º do CC), mas a indemnização a prestar pode incluir-se a reparação do prejuízo resultante da perda (ou deterioração) das mercadorias, posto que estas vicissitudes decorrem de uma apreensão desencadeada por entidades administrativas ou judiciais competentes e não se devem a caso fortuito[26].

Na verdade, é irrelevante a diligência que o depositário possa ter utilizado na guarda da coisa, uma vez que a apreensão dos produtos alegadamente contrafeitos escapa totalmente à sua esfera de prevenção de perigos causados por terceiros para além do depositante. Sendo assim, ele não responde pelos causados ao depositante derivados da apreensão (e da eventual destruição) dos produtos. Mas como se trata de *responsabilidade civil obrigacional* a sua culpa presume-se (art. 799.º do mesmo Código), devendo ele demonstrar que o seu comportamento ou omissão não é censurável face à atuação das autoridades administrativas ou judiciais que determinaram a apreensão das mercadorias em alegada infração a direitos de propriedade intelectual de terceiro.

Porém, se ele, depositário, tiver se obrigado a pagar uma indemnização na hipótese de *caso fortuito* ou de *força maior*, é duvidoso que esta abranja a apreensão de mercadorias alegadamente contrafeitas pelo depositante ou por qualquer outrem com a sua autorização, uma vez que essa apreensão não se subsume a *acontecimento natural* ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências.

[26] Somente nesta hipótese o depositário ficaria exonerado de reparar o prejuízo resultante da perda da coisa se esta pudesse ser evitada — Pires De Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado,* Vol. II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 839-840

Pelo contrário, tais factos jurídicos e operações são *evitáveis* e *previsíveis* se as mercadorias forem contrafeitas. Com efeito, o depositante (infrator ou co infrator dos direitos de propriedade intelectual) poderia ter evitado essa apreensão. Já, porém, se o depositário estava em mora quanto à entrega das mercadorias, ele passa a responder pela sua perda destas ou, inclusivamente, a sua deterioração (se, por exemplo, foram supridas as referências à marca registada nos produtos apreendidos), dado que a mora produz a inversão do risco. Só não será assim, se o depositário demonstrar que a apreensão das mercadorias teria, de igual sorte, ocorrido se as mercadorias estivessem em poder do depositante (art. 807.º do CC).

Na perspetiva da ilicitude contratual do depositante, os danos eventualmente causados ao depositário pela apreensão das mercadorias (*v.g.*, arrobamento de portas, retirada de fechaduras, destruição de sistemas de alarme, etc.) podem ser imputados ao depositante se for demonstrada a infração dos direitos de propriedade intelectual de terceiros materializados nas mercadorias apreendidas.

O depositante que estipule com o depositário a guarda de produtos contrafeitos — com o desconhecimento deste último — incorre em *responsabilidade contratual*, que se presume, já que a sua conduta é censurável. O depositante atuará, neste caso, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para tornar as obras e as criações industriais protegidas acessíveis ao público ou suscetíveis de serem oferecidas e comercializadas.

Se é claro que a infração do direito de propriedade intelectual é em geral *objetiva* e prescinde de qualquer elemento volitivo ou a conformação do agente com a possibilidade de as mercadorias armazenadas infringirem direitos de autor ou direitos de propriedade industrial — o que fará do depositante e do depositário infratores destes direitos de propriedade intelectual —, por vezes, o legislador faz depender a infração

(*id est*, o ilícito civil) da circunstância de o ato de armazenamento precedido da celebração de contrato de depósito visar a ulterior comercialização (em Portugal ou noutro Estado onde o titular goze de proteção).

Neste último caso, o depositante é um claro autor do ilícito (civil) traduzido na violação do direito absoluto de propriedade intelectual; o depositário pode ser eventualmente exonerado, uma vez que as mercadorias não são sua propriedade e se prove que ele desconhecia o destino final das mercadorias (*v.g*., o depositante poderá ter alardeado que as mercadorias eram contrafeitas ou representavam excedentes produzidos na decorrência da cessação de um contrato de licença de direitos de propriedade intelectual e, nessa medida, iriam ser destruídas sob a supervisão do titular).

Já a *pretensão indemnizatória* formulada pelo titular dos direitos de propriedade intelectual (ou pelo seu representante no Estado da proteção) irá, por via de regra, ser atuada *contra o depositante*, uma vez que, em sede de responsabilidade civil extracontratual é a ele que o *facto ilícito* (o depósito/armazenamento em infração de direitos absolutos) é imputável (a título de *dolo* ou *nera culpa*) e os demais pressupostos estarão, em regra, preenchidos, sobretudo, o *nexo de causalidade* entre *o facto* (o armazenamento de mercadorias contrafeitas e o dano (emergente e o lucro cessante: *v.g*., redução das vendas, a perda de clientes, etc.)[27].

[27] Sobre isto, Ribeiro De Almeida, Alberto, "Responsabilidade civil pela violação de direitos subjectivos de propriedade intelectual – As influências anglo-saxónicas", in: *Revista de Direito Industrial*, n.º 2, 2014, p. 165 ss., p. 169.

V. Conclusão

O contrato de *depósito* (na modalidade de *depósito comercial*: art. 404.º ss. do Código Comercial) — bem como o *transporte* — são instrumentos contratuais que permitem a adequada distribuição de produtos nos mercados para que tendem.

As estipulações entre o depositante e o depositário e o estatuto legal das partes num contrato de depósito são dimensões jurídicas importantes para determinar a existência de infração (civil, contraordenacional e criminal) de direitos de propriedade intelectual decorrente do armazenamento de mercadorias contrafeitas, bem como para definir o grau de imputação subjetiva e dos demais pressupostos das responsabilidades em causa dos intervenientes: *maxime*, o depositante e o depositário.

A técnica do atual legislador do CPI (e a do futuro CPI) é (e continuará algo) deficientes quanto à enumeração dos atos jurídicos ou operações materiais suscetíveis de infringirem direitos de propriedade intelectual. O armazenamento em Portugal (ou num outro alegado Estado da proteção) de mercadorias contrafeitas, à luz da *lex loci protectionis* desse Estado somente será ilícito (civil e criminalmente) se e quando o *fabrico*, a *oferta*, a *introdução no mercado*, ou a *distribuição* (quais *atos principais* da exploração económica num país que aí fazem beneficiar o titular de direitos de propriedade intelectual de *vantagens competitivas*) de tais produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual ocorrerem nesse mesmo Estado da proteção. Pois só assim aquele ato instrumental ou acessório interfere com as *vantagens competitivas* decorrentes da constituição ou do reconhecimento de tais direitos de exclusivo nesse mesmo Estado. A *exceção* a esta orientação geral será a eventual norma expressa contida nessa lei material que alargue

o exercício do *ius prohibendi* ao mero armazenamento não autorizado de mercadorias.

No campo do *direito de autor*, o legislador (nacional e da União Europeia) não se refere expressamente ao *armazenamento* como sendo um *ato de distribuição*. Todavia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo, gradativamente, a apontar para a ideia segundo a qual as mercadorias armazenadas, objeto de depósito mercantil, podem ser equiparadas às mercadorias efetivamente disponibilizadas ao público no estabelecimento comercial do depositante. Isto porque o armazenamento de tais mercadorias, quer esteja, ou não, próximo do estabelecimento de venda dos produtos contrafeitos pode integrar assim já *parte da cadeia* de atos dirigidas à consumação do *ato principal*: a venda desses produtos, independentemente do local, em Portugal (ou no Estado da proteção), onde ela ocorra. É que se os produtos que se encontram dentro da loja representam *uma parte do todo do resto* das existências do agente económico depositante, o certo é que as mercadorias (idênticas) armazenadas e guardadas pelo depositário (longe ou perto do estabelecimento onde são comercializadas) exibem um *vínculo direto*: estas últimas carecem apenas de um comportamento ativo e subsequente do depositante (ainda que com a colaboração e *coautoria* do depositário), qual seja o serem tais mercadorias colocadas à venda no estabelecimento deste (ou de outrem a ele ligado por vínculos jurídicos económicos). Ocorre, nestas hipóteses, um *claro nexo jurídico-económico* entre as ações, processos e relações através das quais um produto se encaminha desde o seu fabrico até ao seu uso definitivo, seja mediante um processo de elaboração posterior, ou seja, por meio da entrega e aquisição definitiva por parte do consumidor final.

O conceito de *distribuição* (no direito de autor) ou de «oferta», «colocação no mercado» abarca o mero ato jurídico translativo do domínio sobre as mercadorias, bem como os *atos preparatórios* (e instrumentais) da venda de tais produtos,

bem como *a oferta* do agente económico, ou outras operações para efetuar tal venda, entre elas o *transporte* dos bens por um terceiro.

O depósito, *per se*, de produtos contrafeitos é importante para determinar se há, ou não, infração, bem como para responsabilizar o *depositário*: seja como sujeito passivo do dever de se abster de violar e ver apreendias as mercadorias, seja para o fazer eventualmente (co)responsabilizar pela reparação dos danos (lucros cessantes e lucros obtidos pelo(s) infrator(es)).

É desnecessária a *prova da intenção do depositante* para este ficar sujeito às medidas civis; do ponto de vista criminal basta a *mera culpa* ou violação de deveres de cuidado (negligência), neste caso por parte do depositário.

Por outro lado, o depositário sujeitar-se-á a um *ilícito contraordenacional* se, tendo a *intenção de preparar a execução* dos ilícitos criminais previstos nos arts. 321.º a 327.º do atual CPI, guardar para si ou para outrem sinais constitutivos de marcas, nomes, insígnias, logótipos, denominações de origem ou indicações geográficas (art. 335.º do mesmo Código).

No domínio do direito de patente, de modelo de utilidade ou de desenhos ou modelos, *o depositário* dificilmente será agente da prática do crime de violação destes exclusivos industriais, dado que, à luz do *princípio da tipicidade taxativa* das condutas antijurídicas puníveis pelo *direito penal*, dificilmente poderá ser agente de um ato de *distribuição* de tais criações industriais fabricadas, reproduzidas ou imitadas (arts. 321.º, alínea *c)*, 322.º, alínea *c)*, do mesmo Código). Já quanto ao *depositante* parece bem mais fácil demonstrar o *dolo* ou a *negligência*, a fim de o sujeitar às sanções criminais; pois, quanto às sanções civis, a maioria dos «tipos» de propriedade intelectual, ou bem que prevê o armazenamento de mercadorias contrafeitas como conduta ilícita, independentemente da

intenção daquele, ou bem que se basta com a demonstração de que o armazenamento visa a ulterior introdução no mercado dessas mercadorias.

Já no domínio do *direito de autor* e dos direitos conexos, o conceito de *distribuição* não abrange apenas o ato jurídico translativo do domínio das mercadorias, como a oferta (e a inerente promoção); ele parece abarcar, outrossim, o armazenamento de mercadorias idênticas às contrafeitas vendidas no estabelecimento do depositante, se e quando esses produtos representarem uma parte do todo das existências do agente económico depositante (guardadas pelo depositário) enquanto consubstanciadoras da existência de um vínculo direto com aqueloutras, na medida em que tais mercadorias guardadas integrem já parte da cadeia de atos dirigidos à consumação do ato principal, qual seja a venda desses produtos no estabelecimento do depositante, independentemente do local, em Portugal (ou no Estado da proteção), onde ela ocorra.

Mas *relações internas* entre depositário e depositante, o primeiro não será, em regra, responsável perante o segundo pelo facto da apreensão das mercadorias contrafeitas, mas deve dar conhecimento desta apreensão ao depositante, sob pena de responsabilidade civil por incumprimento nos termos gerais (art. 798.º do CC). Isto será assim mesmo quando o depositário se tiver obrigado a pagar uma indemnização na hipótese de caso fortuito ou de força maior ligado ao perecimento ou deterioração das mercadorias.

Observe-se, enfim, que o depositante que contrate com o depositário a guarda das mercadorias contrafeitas com o desconhecimento deste incorre em *responsabilidade civil contratual* perante este último, devendo reparar os danos eventualmente sofridos pelo depositário na sequência da apreensão das mercadorias (*v.g.*, destruição de fechaduras e portas, descrédito perante os potenciais clientes, etc.).

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Pilar Montero García-Noblejas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Directora del Master de Propiedad Intelectual. Universidad de Alicante (España).

SUMÁRIO:

I. Introducción

II. Normativa de la unión europea sobre prácticas comerciales deslelales

III. Las prácticas comerciales desleales con consumidores

1. Concepto de prácticas comerciales desleales

2. Clausula general

3. Supuestos tipificados

IV. Las prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

I. Introducción

La libre competencia entre los que operan en el mercado se encuentra limitada por las deficiencias de los mecanismos del mercado como son por ejemplo las diferencias que existen entre los bienes y servicios que se ofertan, el hecho de que existan determinados poderes en el mercado, el intervencionismo estatal, así como el propio ordenamiento que en ocasiones restringe la libertad con la finalidad de proteger determinados intereses[1]. En todo caso la competencia debe respetarse, es decir, no resultar falseada con prácticas restrictivas o colusorias, ni tampoco debe desarrollarse a través de conductas desleales[2]. Es decir, en nuestro sistema se permite que la competencia sea en cierta medida agresiva[3], en el sentido de que un empresario puede realizar actuaciones encaminadas a ponerse por encima de los demás. De hecho esta será normalmente su intención, obtener mayor clientela y mayor éxito que el resto de operadores en el mercado. Pero una cosa es que pueda llevar a cabo una actividad de competencia en cierta medida agresiva, y otra que pueda valerse de medios ilícitos o deshonestos[4].

II. Normativa de la unión europea sobre prácticas comerciales deslelales

La normativa sobre prácticas desleales se encuentra regulada por la Unión Europea de manera sectorial y parcial, en diversos textos legales como son fundamentalmente la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa (Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que

[1] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal,* Madrid, 1988*,* pág. 22.

[2] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.* págs. 22-23.

[3] En sentido amplio, siempre que no se trate de prácticas desleales por agresivas.

[4] GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera, op. cit.,* pág. 191; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico", *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2016.

deroga la anterior Directiva 84/450/CEE); la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), que deroga la Directiva 89/552/CEE; Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Recientemente puede resaltarse la Directiva de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, mediante la cual se trata de proteger un derecho inmaterial que no está amparado por un derecho de exclusiva, y que determina la necesidad de proteger a las empresas de las prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos comerciales[5].

De entre todas las normas sectoriales o parciales que tienen relación con las prácticas desleales, es preciso resaltar la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

[5] RABASA MARTÍNEZ, I., "El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados", *La Ley mercantil*, Nº. 47 (mayo), 2018, págs. 1 y ss.

El análisis de esta norma pone de manifiesto la fragmentación subjetiva existente en el derecho de la Unión Europea contra la competencia desleal, en la medida en que en esta última se regulan las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores en perjuicio de los intereses de estos últimos, en particular de los intereses económicos. Fragmentación que merece un juicio negativo y que no es consecuencia de razones sustantivas, sino que se deriva de los condicionantes a los que se encuentra sometido el derecho de la Unión Europea[6]. Por este motivo se muestra condicionado por aspectos como la necesidad de justificación en el mercado interior y el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como la relevancia de la protección de los consumidores en las políticas de la Unión Europea[7].

No obstante, esos condicionantes que han ocasionado la normativa de la Unión Europea no deberían comportar una ruptura en la unidad sistemática del régimen regulador de la competencia desleal en los diversos países, dado que esta normativa no obliga a los Estados a asumir esta fragmentación subjetiva. Esto solo se deriva de la falta de constatación de que existan obstáculos susceptibles de justificar la intervención del legislador de la Unión Europea en las prácticas que se producen entre los competidores[8].

No es por tanto obligatorio que los países, como España o Alemania, en los que la regulación de la competencia desleal se basa en la defensa de la competencia económica en su totalidad, con el objeto de cumplir con las exigencias de conservación

[6] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit*. págs. 45 y ss; FERNÁNDEZ NÓVOA, C., "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2006, págs. 1 y ss.; TATO PLAZA, A., "Líneas generales de la reforma…(I)", *op. cit.* págs. 8 y 9; TATO PLAZA, A./ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, págs. 34 y ss.; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. "La deslealtad en las prácticas comerciales agresivas entre competidores", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012.

[7] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 38 y ss.

[8] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 43 y ss.

del mercado y de la protección de todos los que participan en él[9], sea necesario asumir un modelo de normativa de represión de la competencia desleal que se encuentre subjetivamente fragmentado[10]. Y en caso de hacerlo, esto debe censurarse dado que comporta una excesiva parcialidad y complejidad de aplicación de las normas, así como la existencia de lagunas en la normativa, que se muestran difícilmente justificables.

La propia Directiva destaca que únicamente se rige por la necesidad de protección de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con ellos. Se pone por tanto de manifiesto cómo, de forma indirecta, esta orientación protege también a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por ella. La Directiva reconoce también la existencia de otras prácticas comerciales que, si bien no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas. No obstante remite a un futuro análisis por parte de la Comisión respecto de la necesidad de una intervención a nivel de la Unión Europea en el campo de la competencia desleal más allá del ámbito de la Directiva para, en su caso, presentar una propuesta legislativa en este sentido[11]. En este mismo sentido se pronuncia la Directiva sobre secretos comerciales, en la que se afirma que, aun cuando la presente Directiva no tenga por objeto reformar o armonizar el Derecho en materia de competencia desleal en general, convendría que la Comisión examinara detenidamente la necesidad de una actuación de la Unión en dicho ámbito[12].

En Derecho español, la finalidad de incorporar la Directiva de la Unión Europea sobre prácticas desleales supuso la

[9] GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera, op. cit.,* pág. 195.

[10] Así MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, op. cit. pág. 45.

[11] Cfr. Considerando octavo de la Directiva 2005/29/CE.

[12] Cfr. considerando 17 de la Directiva de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

modificación de las leyes sobre competencia desleal así como sobre publicidad[13]. De esta forma, la modificación, además de incorporar la Directiva, elimina situaciones de conflicto que se producían anteriormente entre la Ley de Competencia desleal y la Ley general de publicidad. Como principales novedades de la Ley de Competencia desleal se produce una modificación del ámbito de aplicación de la misma, tanto de la cláusula general[14], como de las concretas prácticas desleales. Se ha puesto de manifiesto como con esta reforma se ha producido en Derecho español una quiebra en la unidad estructural que caracterizaba la ley de competencia desleal. De manera que se va a consagrar, junto a la categoría de los actos de competencia desleal, otra categoría específica como son las denominadas "prácticas comerciales desleales con los consumidores". Rompiendo así la unidad sistemática que caracterizaba a la Ley, dado que en ella la calificación como desleal de una conducta no se hacía depender de los destinatarios de la misma. Esta circunstancia ocasiona a su vez el inconveniente de que determinadas prácticas pueden verse sometidas a un doble régimen jurídico[15].

[13] Se modificaron las siguientes leyes: Ley 31991 de 10 de enero de Competencia Desleal, el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la ley 34/1988 de 11 de Noviembre, General de Publicidad.

[14] Vid. sobre la misma con anterioridad a la ley GARCÍA-PÉREZ, R., "Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 242, 2006, pags. 60 y ss. en esp. 66 y ss.; MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)", *Rcd*, Nº. 6, 2010 , pags. 99 y ss. y 104 y ss. y con posterioridad a la promulgación de la ley GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva cláusula general en la LCD", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI:* libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 331

[15] MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores", *ADI*, 32, 2011-2012, págs. 174-175; TATO PLAZA, A., "Líneas generales de la reforma (I)", *op. cit.* pág. 8; LEMA DEVESA, C., "Los actos de engaño en la ley de competencia desleal", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI:* libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, pág. 355; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Navarra 2010, pág. 376.

III. Las prácticas comerciales desleales con consumidores

1. Concepto de prácticas comerciales desleales

Las prácticas comerciales desleales se consideran, a nivel de la Unión Europea y con carácter general, como prácticas que se apartan manifiestamente de una buena conducta comercial, que son contrarias a la buena fe y la lealtad y que, de forma unilateral, un socio comercial impone a otro[16].

En la Directiva sobre prácticas comerciales desleales se tipifica como práctica comercial desleal la práctica que sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsione o pueda distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

En lo que se refiere al concepto de *"práctica"* éste se caracteriza, de conformidad con su ámbito de aplicación, como "prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores" y se definen como "todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores"[17]. En relación con esta cuestión se puede poner de manifiesto que la Ley española no se refiere a las prácticas, sino que utiliza el término "conducta". Esto ha dado lugar a diversas reacciones doctrinales que afirman la improcedencia de modificar los

[16] Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas, Estrasburgo, 15.7.2014, COM (2014) 472 final.

[17] Cfr. art. 2.d) de la Directiva 2005/29/CE.

términos establecidos por la ley española[18], dado que la noción de práctica comercial se corresponde en lo esencial con la noción de acto de competencia, en la medida en que los actos que se contemplan en la definición que proporciona la Directiva son actuaciones con trascendencia externa y esta función de promoción, de venta o de suministro de un producto o servicio se encuentra en la finalidad concurrencial de la ley española. No obstante, el ámbito de aplicación de la Ley española es más amplio que el de la Directiva, dado que se incluyen prácticas que de forma indirecta sirven para la promoción o el afianzamiento de las prestaciones en el mercado. Esta mayor amplitud de la normativa española no debería comportar problemas de colisión con la Directiva, en la medida en que se trata de un aspecto que no ha sido objeto de armonización y, por lo tanto, en la que los legisladores internos conservan su libertad de actuación[19].

En todo caso, los actos a los que se hace referencia deben tener finalidad concurrencial, es decir debe tratarse de actos dirigidos a atraer clientes, sean consumidores o posibles consumidores de bienes o servicios[20]. Esto es así en la medida en que la finalidad puede lograrse bien atrayendo directamente clientes o bien potenciando su propia organización, sin que sea relevante la intención o el conocimiento de los efectos de la conducta por parte del sujeto agente, y que incluye tanto la posibilidad de influir en la estructura y procesos de mercado en la actualidad o en un futuro[21]. En relación con esta cuestión la Sentencia del Tribunal de Justicia 9 de Noviembre de 2010 (TJCE/2010/322), afirmaba que la Directiva se caracteriza

[18] MASSAGUER, J./MARCOS, F./SUÑOL, A., "La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia, *Boletín nº 213,* pág. 30; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *RCD*, nº 7, 2010, pág. 24.

[19] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal, op. cit*. pág. 22.

[20] MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, *op. cit.* pág. 122. El acto concurrencial podrá así consistir en un contrato o en un acto no negocial vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970, págs. 33 y ss.

[21] Incluyendo conductas ajenas a la lucha concurrencial que sean adecuadas para promover o asegurar la difusión de las prestaciones de su autor o de un tercero, vid. MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, *op. cit.* págs. 122 y ss.

por tener un ámbito de aplicación especialmente amplio que se extiende a cualquier práctica comercial que presenta un vínculo directo con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores. Por tanto solo se excluyen de su ámbito de aplicación las normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben "solo" los intereses económicos de los competidores o que se refieran a una transacción entre comerciantes. De manera que se puede considerar que todas las conductas objetivamente idóneas para promover o asegurar la difusión en el mercado, ya sea de forma directa o indirecta, de las prestaciones propias o de un tercero, son prácticas relacionadas con la promoción, venta o suministro de productos a las que se refiere la Directiva[22].

2. Clausula general

La Directiva establece, como es habitual en numerosas normas de competencia desleal, una prohibición general que a su vez se desarrolla en relación con dos grupos de prácticas desleales, como son las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas.

Respecto de la cláusula general, es posible resaltar que la Directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales, que tendrán esta consideración siempre que sean contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y distorsionen o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor

[22] Se afirma por parte de la doctrina la concordancia de la ley española con la Directiva, vid. MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *op. cit.* pág. 25;TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 36, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 2 "Ambito objetivo", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 82. Aunque existen también interpretaciones que estiman que se produce una modificación del ámbito de aplicación en el caso de la Directiva vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., "El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios", *RCD*, nº 7, 2010, pág.76; GARCÍA-PEREZ, R., "La reforma del derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el derecho de la lealtad?", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI:* libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 326 y ss, vid. RUIZ PERIS, J.I., "El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal", *ADI* 30 (2009-2010), págs.444 y ss.

medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores[23].

Considerándose la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante[24].

De conformidad con este precepto la susceptibilidad de alterar el comportamiento económico del consumidor configura las prácticas desleales como un ilícito de peligro o de riesgo, dado que no se requiere que efectivamente se distorsione la conducta de los destinatarios, sino que sea susceptible de hacerlo, sin que por tanto esto implique la introducción de un elemento subjetivo en este ilícito de deslealtad[25].

El comportamiento tiene que ser susceptible de distorsionar de forma significativa la libertad de elección o conducta del destinatario, distorsión que se producirá cuando esta conducta sea susceptible de afectar a su comportamiento económico. En este comportamiento el consumidor puede ser tanto el destinatario de la práctica como el afectado por la misma[26]. A diferencia de lo que sucede en la Ley española que en ella se refiere únicamente al consumidor destinatario de la práctica. Podemos apreciar la importancia de esta matización, por ejemplo, en la influencia de los menores en la decisión de compra de los padres, dado que los menores son

[23] Cfr. art. 5 Directiva 2005.

[24] Cfr. art. 1.h) Directiva 2005.

[25] Vid. por todos MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit*. págs. 79-80.

[26] Cfr. art. 5 b) de la Directiva vid. GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva cláusula general en la LCD", *op. cit.* pág. 341. Siendo por tanto irrelevante que las decisiones económicas se adopten personalmente por los destinatarios o por otros que obran a petición suya, MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit*. págs. 93-94.

los destinatarios de la práctica pero normalmente no son los afectados[27].

El uso del término "distorsionar" tiene una connotación negativa, de manera que no será suficiente una mera influencia en la conducta de los consumidores, sino que debe tratarse de una influencia indebida que tuerce o deforma esa conducta y que impide autonomía y racionalidad en sus decisiones[28]. Si acudimos a las versiones de la Directiva en los distintos idiomas, podemos apreciar que las versiones francesa y alemana son las únicas que emplean un solo término para referirse a la "distorsión". Se observa por tanto que en la versión francesa se emplea el término "*altération*" (tanto en el art. 2.e) como en los arts. 5 y 8). Y en la versión alemana se emplea en los tres casos el mismo término "*unzulässige Beeinflussung"*. En ambos casos se trata de palabras con significados negativos que, si bien podrían estimarse parecidos a la traducción oficial al español, no son idénticos, en la medida en que la distorsión se refiere a una deformación de algo y mermar hace referencia a una disminución o limitación de algo[29], motivo por el cual se estima adecuada la traducción oficial al alemán[30].

En cuanto a la distorsión de este comportamiento económico, se precisa que la distorsión supone una disminución de la capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa[31]. Si se tiene en cuenta que pleno conocimiento de causa no es sinónimo de autonomía y racionalidad económica en la toma de la decisión, en la medida en que podría existir la primera y no la segunda, es posible afirmar la conveniencia de

[27] MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, *op. cit.* págs. 234-235.; se pone de relieve que este círculo de destinatarios no siempre coincide con el consumidor final, ni con el concepto de cliente potencial, dado que en ocasiones la prestación puede ser adquirida por orden de un prescriptor, vid. así PALAU RAMIREZ, F., "El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en el Derecho español y europeo", *ADI*, 19, 1998, pág. 372.

[28] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit*. pág. 84.

[29] Las versiones inglesa e italiana sí que utilizan términos distintos, y equivalentes a los elegidos por la versión española (así en inglés se emplean: "distort" e "impair" y en la italiana: "falsare" y "limitare").

[30] En la versión portuguesa de la Directiva se emplean también términos negativos como: *distorcer y prejudicar.*

[31] De conformidad con la letra e) del art. 2 de la Directiva de 2005.

integrar el conocimiento de causa con la finalidad de la represión de las prácticas comerciales desleales, incluyendo también la falta de autonomía o racionalidad en el comportamiento de los consumidores[32].

Por comportamiento económico deberá entenderse toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente, la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarla, el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago, la conservación del bien o servicio, el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios[33].

Las definiciones que se realizan en la Directiva respecto del "comportamiento económico de los consumidores" así como la de "decisión sobre una transacción", podrían permitir una cierta identificación entre el comportamiento económico del consumidor y la adquisición de un producto. Siendo así, sería posible proponer una interpretación restrictiva según la cual únicamente se extiende el control de deslealtad a las prácticas que se refieran a las decisiones de compra de un producto, excluyéndose a las prácticas anteriores que conforman el proceso de toma de decisiones de los consumidores, que sólo puedan influir en la captación de su atención y formación de sus preferencias[34]. Si bien, frente a esta interpretación, sería posible alegar la necesidad de tener en consideración la finalidad

[32] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs. 85-86, así lo entiende MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *op. cit.* pág. 38.

[33] De conformidad con la definición de "decisión sobre una transacción" de la letra k) del art. 2 de la Directiva. En el considerando 7 de la Directiva se precisa este extremo, afirmándose que: *La presente Directiva aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos. No se refiere a prácticas comerciales realizadas fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial. La Directiva no trata de los requisitos legales en relación con el buen gusto y el decoro, los cuales varían considerablemente de un Estado miembro a otro (…)*

[34] GARCÍA PEREZ, R., "Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales", *Diario La ley,* 2008, pág. 6.

que inspira la Directiva, a saber, la voluntad de garantizar un aumento en el nivel de protección de los consumidores. En este sentido, se especifica en los considerandos de la misma que la prohibición general abarca las prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores. Aunque se añade que, con la finalidad de fomentar la confianza del consumidor, la prohibición general debe aplicarse también a las prácticas comerciales desleales que se produzcan fuera de cualesquiera relaciones contractuales existentes entre un comerciante y un consumidor o tras la celebración de un contrato y durante su ejecución. En el considerando siguiente se resalta además la conveniencia de considerar prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente[35]. Si bien, también habría sido posible proponer la posibilidad de que se hubiera realizado una traducción algo más precisa de la Directiva al español en relación con el término "decisión sobre una transacción", traduciéndolo por ejemplo con el término "decisión comercial". De este modo se haría una referencia más clara al hecho de que esta decisión incluye, dentro del ámbito de aplicación, además de la adquisición de un producto o servicio, también el proceso de toma de decisión sobre dicho producto[36].

[35] Considerandos 13 y 14 de la Directiva. MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs.80 y ss. considera que debe realizarse una interpretación amplia que incluya las fases anteriores del proceso de toma de decisiones de los consumidores; RUIZ PERIS, J.I., "Una reforma *consumerista*…", *op. cit.* págs. 56-57 considera que, en derecho español, la enumeración de las conductas debe considerarse meramente ejemplificativa, y deben por tanto quedar incluidas conductas tanto activas como omisivas, que se refieran al ámbito de la contratación o no.

[36] La normativa española admite expresamente, dentro de lo que se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar u abstenerse de hacerlo en relación con, entre otras cuestiones, la selección de una oferta u oferente, como paso anterior a la contratación que incluiría por tanto la formación de preferencias en los consumidores Vid. art. 4 LCD; Interpretación defendida por la doctrina así MASSAGER, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *Actualidad Jurídica Uria Menéndez/* 27-2010, págs. 17 y ss; TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* págs. 88 y ss; Artículo 4 "Cláusula general", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 4 "Cláusula general", *op. cit.* pág. 110; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *op. cit.* pág. 37.

Como consecuencia del principio de proporcionalidad, para que la aptitud de la práctica para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario pueda comportar su deslealtad, no es suficiente con que exista, sino que ésta debe ser sustancial. De conformidad con este principio se pone de manifiesto que la Directiva protege a los consumidores de las consecuencias de las prácticas comerciales desleales cuando éstas sean sustanciales, reconociendo que, en determinados casos, no se considerará el comportamiento como desleal si la incidencia para el consumidor se muestra insignificante[37].

Será por tanto sustancial aquélla practica que tenga la suficiente entidad como para ser susceptible de comportar una alteración del comportamiento económico de los destinatarios, haciendo que adopten una decisión distinta a la que habrían adoptado en el caso de no existir esta práctica desleal. Es preciso compartir la opinión de que no se trata aquí de una regla de mínimis o cláusula de bagatela, es decir, que no se debe exigir que la práctica afecte o pueda afectar a la conducta de un número significativo de consumidores, sino sólo que la posibilidad de que afecte y de que distorsione la conducta de los consumidores sea probable, y no una mera probabilidad en abstracto[38].

No obstante, no se exige que esta conducta distorsione efectivamente la conducta del destinatario, ni que sea lo que determine la declaración de voluntad[39], sino que solo es necesario demostrar que puede incidir en la conducta del

[37] Cfr. considerando 6 de la Directiva en el que se precisa que ésta no afecta tampoco a las prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como la publicidad indirecta (*product placement*) legítima, la diferenciación de marcas o la oferta de incentivos que pueden afectar legítimamente a la percepción que tienen los consumidores de los productos e influir en su comportamiento, *pero sin mermar su capacidad de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa*.

[38] vid. MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal, op. cit.* pág. 87; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *op. cit.* págs. 38-39. Si bien estiman que si nos encontramos ante una regla *de mínimis* o claúsula de bagatela GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva cláusula general en la LCD", *op. cit.* pág. 342; TATO PLAZA, A./ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 88.

[39] Tal y como sucede en los contratos, en el ámbito de los vicios del consentimiento RUIZ PERIS, J.I., "Una reforma consumerista de la Ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora", en *La reforma de la Ley de competencia desleal: (estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, 2010, págs. 21 y ss.

destinatario de forma significativa, es decir, que la conducta del destinatario podría ser distinta si esa práctica no existiera[40].

Las características que se tienen en cuenta para valorar la entidad de la práctica pueden ser diversas como su naturaleza, persistencia, la forma en que se realiza, el momento o el lugar, el contenido…etc. Pero en todo caso se trata de una relación entre la práctica y la conducta del destinatario, sin que cobre relevancia en este sentido la importancia del mercado o el número de consumidores a los que pueda afectar. Se excluyen no obstante de la aplicación de este precepto a las afirmaciones exageradas o respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal. En este sentido se estima, por parte de la Directiva, que se trata de prácticas que no son susceptibles de mermar la capacidad para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa.

En la Directiva, así como en diversos ordenamientos de nuestro entorno[41], en la toma de la decisión solo se hace referencia al producto. Esto no ocurre en Derecho alemán, francés, ni portugués, en los que no se limitan las prácticas respecto de los productos, permitiendo la inclusión de los servicios[42]. En derecho español se precisa de manera concreta que la decisión deberá referirse a un determinado bien o servicio. Esta circunstancia no supone ningún cambio de aplicación de la Directiva, en la medida en que en ella se incluye los servicios dentro de la definición de producto. Entendiéndose por producto: cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones[43].

---

[40] MASSAGER, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *op. cit.* pág. 31 considera así que la aptitud para influir negativamente en el comportamiento económico de los destinatarios deberá afirmarse en todos los casos en los que el destinatario no pueda escapar a la influencia a la que se le somete de forma razonablemente sencilla y sin caer en aquello que el destinatario evitaría dejándose vencer por el acoso, coacción o influencia indebida.

[41] Así sucede en derecho Italiano, cfr. art. art. 24 del DECRETO LEGISLATIVO 2 Agosto 2007, en derecho inglés (art. 7 The consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008), Luxemburgo art. 7 de la Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales déloyales y Bélgica art. 92 de la Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur du 6 avril 2010.

[42] Cfr. §2.(1).1 de la UWG, art. L122-11 *Code de la Consommation* y art. 11 ley portuguesa, Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março.

[43] Art. 2 Directiva 2005.

3. Supuestos tipificados

Tal y como ha sido avanzado, la Directiva desarrolla dos grupos de prácticas desleales con la finalidad de promover la seguridad jurídica, así como la existencia de un máximo nivel de armonización. Estas son las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Si bien, en cuanto a su caracterización debe resaltarse que no se trata de cláusulas que alteren el fundamento de la cláusula general, sino que asumen todos sus elementos y concretan ciertos extremos[44].

La relación entre ambos tipos de prohibiciones, es decir, las específicas que se refieren a las prácticas engañosas y agresivas, respecto de la cláusula general, tiene el mismo significado que se aplica en la normativa española respecto de la cláusula general y los supuestos tipificados. De este modo se trata de prácticas que incorporan todos los elementos para considerar esas prácticas como desleales de conformidad con la cláusula general. Motivo por el cual para enjuiciar su ilicitud será suficiente el análisis de la conducta respecto de lo establecido en los correspondientes preceptos de la Directiva. Sin que sea necesario analizar si además se dan los requisitos establecidos en la cláusula general, dado que nos encontramos ante normas de desarrollo de la prohibición general, y no normas especiales[45]. De manera que se trata de ilícitos extracontractuales, objetivos y de peligro[46]. La Directiva pone de manifiesto este carácter de desarrollo de la cláusula general puesto que se afirma que: *"Esta prohibición general se desarrolla mediante normas sobre dos tipos de prácticas comerciales que son, con mucho, las más*

[44] MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. pág. 98; suponiendo una cierta especificación de la cláusula general GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, pág. 199.

45 Existe así en Derecho español una amplia jurisprudencia que afirma que el precepto que regula la cláusula general no establece una norma integrativa o complementaria de la ilicitud de los actos descritos en los artículos posteriores, así MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs. 98 y ss; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación del concepto de competencia desleal", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI:* libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 398-399.

[46] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia desleal*, Madrid, 1988, pág. 130; MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs. 98 y ss.

comunes: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas"[47].

La Directiva dispone además, con la voluntad de reforzar la seguridad jurídica, un catálogo de prácticas que se consideran desleales *per se*, y en las cuales será innecesario examinar que se cumplen los requisitos de existencia de alguna de las conductas previstas, ni tampoco de susceptibilidad de afectar el comportamiento económico de los consumidores. En estos supuestos se presume directamente que se dan ambos requisitos y por tanto se reputarán prácticas desleales por ser engañosas o agresivas. No obstante, para que sea posible llegar a esta conclusión es necesario que se prueben los requisitos exigidos en cada una de las cláusulas agresivas *per se*[48]. Pues en otro caso, si no se cumplen todos los requisitos exigidos por el precepto, será necesario acudir a los preceptos generales sobre prácticas engañosas o agresivas y/o a la cláusula general, al objeto de poder determinar si se trata o no de una práctica desleal.

Este listado de prácticas engañosas y agresivas de la Directiva se encuentra condicionada a que nos encontremos ante relaciones con consumidores pues, en otro caso, exigirán un examen previo de su ilicitud de conformidad con lo establecido en los artículos correspondientes reguladores de la competencia desleal en cada Estado miembro. No obstante, en la realización de este examen pondrá tener influencia el hecho de que pudieran considerarse como prácticas desleales per se en relación con los consumidores[49].

[47] Cfr. considerando 13 de la Directiva.

[48] Teniendo en cuenta la dificultad para generar una prueba de los hechos, resultará una labor extremadamente difícil, así CARBAJO CASCÓN, F., "Otras prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 821.

[49] TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 190 nota 273; ARROYO APARICIO, A., "Prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 210; FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./SALGADO ANDRÉ, E., "Actos de engaño y omisiones engañosas en la ley de competencia desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD), *ADI*, (2009-2010), pág. 227 critica que la ley española no haya unificado el presupuesto subjetivo de aplicación de la ley, extendiendo la aplicación también a los empresario y profesionales.

El legislador español ha optado por realizar una clasificación de las prácticas engañosas y agresivas, a diferencia de lo que se ha realizado a nivel de la Unión Europea. En este sentido es posible recordar que la Directiva únicamente establece el listado de las prácticas desleales engañosas y agresivas *per se*, sin realizar ningún tipo de diferenciación. Esta clasificación realizada en derecho español no siempre merece un juicio positivo, puesto que no siempre se utilizan criterios homogéneos de clasificación y, además, en ocasiones determinadas prácticas se muestran difícilmente encuadrables en uno u otro grupo de casos[50].

IV. Las Prácticas Comerciales Desleales en la Cadena Alimentaria

En el ámbito de la Unión Europea es posible poner de manifiesto la reciente evolución que puede apreciarse respecto de la normativa sobre competencia desleal, muy particularmente ligada a la cadena alimentaria. En este sentido se muestra oportuno destacar como la Unión Europea estima que es preciso llevar a cabo una protección eficaz y específica destinada a los agricultores, ganaderos, transformadores, intermediarios, mayoristas, minoristas y consumidores en su calidad de agentes en la cadena de suministro alimentario. La finalidad de llevar a cabo esta protección se deriva de la constatación de que los agentes más pequeños de esa cadena se encuentran más propensos a verse expuestos a prácticas comerciales desleales, dado que suelen tener escaso poder de negociación que pueda equipararse al de los agentes que compran sus productos en fases posteriores de la cadena. Todo ello además es una consecuencia de las pocas alternativas que tienen a la hora de hacer llegar sus productos a los consumidores.

[50] TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 206; MASSAGER, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *op. cit.* pág. 27; CARBAJO CASCÓN, F., "Otras prácticas agresivas", *op. cit*. págs. 822 y ss.

La Unión Europea reconoce que, ante la ausencia de una normativa horizontal a nivel de la Unión Europea que discipline las prácticas desleales entre los competidores, se pone de manifiesto la conveniencia de establecer una normativa que proteja los intereses de los agentes de la cadena alimentaria. La cadena de suministro alimentario se puede definir como una sucesión continua de mercados interrelacionados verticalmente, y se caracteriza por la existencia de grandes diferencias entre el poder de negociación de las pequeñas y medianas empresas y el de las empresas de mayor tamaño[51]. Se trata por tanto de una medida que se conecta a los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC). En este sentido es posible recordar que uno de los objetivos esenciales de la Política Agrícola Común es garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola[52].

Esta finalidad es difícil de lograr en los casos en los que se producen prácticas comerciales desleales. Circunstancia tanto más frecuente, cuanto que la normativa sobre competencia desleal en los diversos estados de la Unión Europea carece de la uniformidad que sería deseable.

La Comisión pone de manifiesto que, en una situación en la que la política agrícola se encuentra más claramente orientada al mercado, la buena gobernanza de la cadena de suministro alimentario es cada vez más importante para los agentes, en particular para los productores agropecuarios. Según palabras de la Propuesta de Directiva, ésta debería garantizar que esos agentes puedan competir en condiciones equitativas y contribuir así a la eficacia global de la cadena. Dado que en otro caso, el hecho de que los agentes que ostentan poder de negociación

[51] Vid. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

[52] Cfr. art. 39 TFUE: "1. Los objetivos de la política agrícola común serán: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables".

actúen con un comportamiento comercial desleal que no esté prohibido, o respecto del cual las vías de recurso sean ineficaces, puede socavar la viabilidad económica de agentes de la cadena. Por otra parte, una gobernanza débil también podría fragilizar la confianza en la lealtad y el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario[53].

Ante esta situación es preciso resaltar que, si bien numerosos países europeos cuentan con una normativa específica que regula la competencia desleal, en otros países en cambio ésta no recibe un tratamiento expreso. Además, las normas de los diversos estados carecen de la uniformidad deseable, así como los organismos de control de cada Estado, de manera que se producen desigualdades en los diversos mercados, lo cual puede tener consecuencias perjudiciales para el funcionamiento del mercado único.

La Propuesta de Directiva destaca en este sentido que la Iniciativa de la Cadena de Suministro, ha tenido un importante papel para concienciar a los participantes en la cadena alimentaria, así como para reducir las prácticas de competencia desleal, permitiendo la existencia de un foro que facilite y desjudicialice los conflictos que se puedan producir. Si bien esta iniciativa no puede considerarse que vaya a solucionar los problemas existentes por diversos motivos. En primer término porque se trata de una iniciativa voluntaria, de manera que no abarca a todos los participantes en el mercado. Por otra parte, esta iniciativa carece de capacidad sancionadora, ni puede realizar investigaciones por iniciativa propia.

La fragmentación del derecho de la competencia desleal a nivel de la Unión Europea se pretende solucionar, en palabras de la propuesta de Directiva, en la cadena de suministro alimentario introduciendo un nivel mínimo común de protección en toda la Unión Europea, mediante la introducción de una lista

[53] Vid. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

de prácticas comerciales desleales prohibidas. La protección se extiende a los pequeños y medianos proveedores de la cadena de suministro alimentario, siempre que vendan productos alimenticios a compradores que no sean pequeñas y medianas empresas. Se pone de manifiesto por tanto que se regulan las prácticas realizadas entre empresas, aspecto que en cambio no entra dentro del ámbito de aplicación de otras normas de la Unión Europea sobre competencia desleal, como la Directiva anteriormente referida. Si bien es este sentido se resalta que el planteamiento conceptual subyacente a las normas de la Unión Europea aplicables a las relaciones entre empresas y consumidores comparte algunas características importantes con las normas de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales que rigen las transacciones entre empresas, a saber, la protección de las partes que son más débiles en una transacción comercial[54].

Esta propuesta normativa tiene como base garantizar los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC), en particular uno de sus objetivos esenciales como es la necesidad de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola[55]. Se pone así de manifiesto que esta falta de uniformidad, o incluso la ausencia de las normas sobre prácticas comerciales desleales puede menoscabar la finalidad de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, arriesgando la rentabilidad de los productores agropecuarios[56].

La Directiva enumera por tanto una lista mínima de prácticas comerciales desleales prohibidas entre compradores y proveedores en la cadena de suministro alimentario, prevé normas mínimas en relación con el control del cumplimiento de esa prohibición, diversas disposiciones relacionadas con

[54] GONZÁLEZ VAQUE, L., "La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE", *REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO* 125 SEGUNDA ÉPOCA. Nº 72 AÑO XXXIV, pág. 19 considera que la propuesta de Directiva no satisface las expectativas de los empresarios y consumidores de la UE.

[55] Artículo 39 del TFUE.

[56] Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario, págs. 4 y 5.

el control, así como con la coordinación entre los organismos encargados de ese control. Organismos de control que se muestran esenciales, en la medida en que se trata de una Directiva con una finalidad armonizadora limitada[57]. Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, la Directiva se aplica a prácticas comerciales desleales que se producen en las ventas de productos alimenticios de un proveedor que es una pequeña y mediana empresa a un comprador que no es una pequeña y mediana empresa.

En lo que se refiere a la tipificación de las prácticas comerciales desleales, la propuesta de Directiva prohíbe de forma concreta determinadas prácticas, como son, por una parte, la práctica según la cual un comprador pague a un proveedor unos productos alimenticios perecederos más de treinta días naturales después de la recepción de la factura del proveedor o más de treinta días naturales después de la fecha de entrega de los productos alimenticios perecederos, en el caso de que esta última fecha fuese posterior. También se considera desleal la conducta por la cual un comprador cancela un pedido de productos alimenticios perecederos en un plazo tan breve que el proveedor no puede razonablemente esperar encontrar una alternativa para comercializar o utilizar esos productos. Del mismo modo lo será el hecho de que un comprador modifique de forma unilateral y con carácter retroactivo los términos y condiciones del acuerdo de suministro en relación con la frecuencia, el calendario o el volumen del suministro o de la entrega, las normas de calidad o los precios de los productos alimenticios, así como el hecho de que un proveedor pague por las pérdidas de alimentos producidas en los locales del comprador, sin que esas pérdidas se deban a negligencia o culpa del proveedor[58].

[57] GONZÁLEZ VAQUE, L., "La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE", *op. cit*., pág. 18.

[58] Cfr. Art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

La Propuesta prevé asimismo que los Estados miembros deberán velar porque se prohíban determinadas prácticas, salvo en caso de que se hayan cordado en términos claros e inequívocos en el momento de la celebración del acuerdo de suministro. Estas prácticas se refieren al hecho de que un comprador devuelva productos alimenticios no vendidos al proveedor, o bien un comprador imponga al proveedor un pago por el almacenamiento, la exposición o la inclusión en una lista de precios de productos alimenticios del proveedor. También lo será el hecho de que un proveedor pague por la promoción de productos alimenticios vendidos por el comprador; antes de una promoción, y si la promoción la ha iniciado el comprador, este especificará el período de la promoción y la cantidad prevista de los alimentos que vayan a encargarse. O bien que un proveedor pague por el marketing de productos alimenticios vendidos por el comprador.

V. Conclusiones

Después de analizar ciertos aspectos relacionados con la normativa de la Unión Europea sobre prácticas comerciales desleales, se muestra conveniente realizar algunas reflexiones. Por una parte resulta acertada la preocupación de la Unión Europea respecto de la necesaria regulación de las prácticas desleales, en la medida en que se trata de un inconveniente que impide y dificulta el correcto funcionamiento del mercado.

No obstante, dados los problemas que plantean estas conductas en diversos sectores, se considera que sería altamente conveniente que se llevara a cabo una unificación del derecho contra la competencia desleal a nivel de la Unión Europea, de manera que se lograra un cuerpo normativo uniforme y único, que permitiera la persecución y la sanción de estas conductas de manera uniforme en todo el territorio de la Unión Europea, con independencia de los destinatarios o del sector. Esto no significa que no se puedan tener en consideración las peculiaridades

existentes en diversos sectores dignos de protección especial, o con problemas específicos. Pero ayudaría que las diversas normas se incluyeran en un cuerpo normativo único y armónico, que a su vez facilitara la armonización de la normativa reguladora de la competencia desleal en todo el mercado y que agilizaran su buen funcionamiento.

VI. Bibliografía

- ARROYO APARICIO, A., "Prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, págs. 197 y ss.

- ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 2 "Ambito objetivo", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011.

- CARBAJO CASCÓN, F., "Otras prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, págs. 817 y ss.

- EMPARANZA SOBEJANO, A., "El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios", RCD, nº 7, 2010, págs. 423 y ss.

- FERNÁNDEZ NÓVOA, C., "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2006, págs. 1 y ss.

- FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./SALGADO ANDRÉ, E., "Actos de engaño y omisiones engañosas en la ley de competencia desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD)", *ADI,* (2009-2010), págs. 225 y ss.

- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera,* Valencia, 2017.

- GARCÍA-PÉREZ, R., "Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 242, 2006, pags. 60 y ss.

- "La reforma del derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el derecho de la lealtad?", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 323 y ss.

- "Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales", *Diario La ley,* 2008, págs.

- GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva cláusula general en la LCD", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 331 y ss.

- GONZÁLEZ VAQUE, L., "La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE", *REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO* 125 SEGUNDA ÉPOCA. Nº 72 AÑO XXXIV, pág. 19.

- LEMA DEVESA, C., "Los actos de engaño en la ley de competencia desleal", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 355 y ss.

- MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)”, Rcd, Nº. 6, 2010 , pags. 75-116.

- MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, 2006.

- “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, Actualidad Jurídica Uria Menéndez/ 27-2010, págs. 17 y ss.

- MASSAGUER, J./MARCOS, F./SUÑOL, A., “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia*, Boletín nº 213, págs. 5 y ss.

- MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *RCD*, nº 7, 2010, 17 y ss.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal,* Madrid, 1988.

- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. “La deslealtad en las prácticas comerciales agresivas entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012, págs. 173 y ss.

- “La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2016.

- PALAU RAMIREZ, F., “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en el Derecho español y europeo”, *ADI,* 19, 1998, pág. 372.

- RABASA MARTÍNEZ, I., “El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados”, *La Ley mercantil*, Nº. 47 (mayo), 2018, págs. 1 y ss.

- RUIZ PERIS, J.I., “El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, ADI 30 (2009-2010), págs.435 y ss.

- TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, *Autocontrol,* Nº. 149, 2010, págs. 7-14.

- TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./ HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, págs. 34 y ss.

INSTRUMENTOS DE TUTELA DO CONSUMIDOR A CRÉDITO

Fernando de Gravato Morais

Professor Catedrático

SUMÁRIO:

I. Enquadramento legal.

II. Sistematização.

III. Instrumentos de tutela do consumidor e celebração do contrato de crédito.

1. Forma e procedimento; obrigatoriedade de entrega do exemplar aos garantes.

2. Efeitos da falta de forma ou da omissão do procedimento.

3. O abuso do direito de invocar a nulidade.

4. Menções.

4.1 Considerações gerais.

4.2. Efeitos da inobservância das menções.

IV. Instrumentos de tutela do consumidor e o direito de livre revogação.

1. Caracterização.

2. Exercício do direito: início e termo do prazo.

3. Efeitos do exercício regular do direito.

4. Irrenunciabilidade ao direito de livre revogação.

V. Instrumentos de tutela do consumidor e o cumprimento antecipado do contrato.

1. Ideias base.

2. Requisitos.

VI. Instrumentos de tutela do consumidor no caso de não pagamento das prestações.

VII. Instrumento de tutela do consumidor no caso de coligação contratual.

1. Noção de contrato de crédito coligado.

2. Repercussão das vicissitudes do contrato de crédito no contrato de compra e venda.

3. Repercussão das vicissitudes do contrato de compra e venda no contrato de crédito.

4. Relações de liquidação.

5. Propagaçã o das vicissitudes aos contratos acessório conexos.

I. Enquadramento legal

O DL 133/09, de 2 de junho[1], relativo ao crédito aos consumidores, revogou o DL 359/91, de 21 de setembro, referente ao crédito ao consumo, tendo entrado em vigor a 1 de julho de 2009 (art. 37º), quase um ano antes da data prevista e imposta na diretiva para o efeito - 10 de maio de 2010.

[1] Doravante, a menção a um preceito sem indicação do diploma legal deve entender-se como referente ao DL 133/09.

Logo após foi publicada a Declaração de Retificação nº 55/2009, de 31 de julho, que procede a 18 alterações circunstanciais.

Ocorreram, entretanto, modificações ao regime de 2009, a saber:

- a primeira, por via do DL 72-A/2010, de 17 de junho;
- a segunda, na sequência do DL 42-A/2013, de 28 de março;
- a terceira, por via do DL 74-A/2017, de 23 de Junho.

O diploma vigente e o texto revogado, acima mencionados, surgiram na sequência de diretivas comunitárias, publicadas em momentos temporalmente distantes (22 anos).

Assim, a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008 (com 32 artigos), revogou o primeiro texto sobre a matéria, justamente a Diretiva 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986 (com 18 artigos).

A grande diferença entre tais atos comunitários - o que se reflete, consequentemente, ao nível dos diplomas internos - é que a Diretiva de 2008 impõe uma harmonização máxima (nas matérias que regula) - cfr. o art. 22º [2], ao contrário do que sucedia com a Diretiva de 1987, que apenas determinava uma harmonização mínima - art. 15º.

II. Sistematização

Em termos estruturais, na sequência do texto comunitário

[2] Ver, especialmente, os Considerandos 9 e 10 da Dir. 2008/48/CE, afirmando-se, entre outras, a necessidade de "harmonização plena" em vista de assegurar "que todos os consumidores beneficiem de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses e para instituir um verdadeiro mercado interno" (Considerando 8, no início). Especifica-se ainda que a limitação imposta pelo ato comunitário "só será aplicável nos casos em que existam disposições harmonizadas… Caso não existam …, os Estados-membros deverão continuar a dispor da faculdade de manter ou introduzir legislação nacional" (considerando 8, 3º e 4ª frases).

que lhe subjaz, o diploma vigente encontra-se dividido - em 6 capítulos - do seguinte modo:

- objeto, âmbito de aplicação e definições - arts. 1º a 4º (Cap. I);

- informação e práticas anteriores à celebração do contrato de crédito - arts. 5º a 11º (Cap. II);

- informação e direitos relativos aos contratos de crédito - arts. 12º a 23º (Cap. III);

- taxa anual de encargos efetiva global - art. 24º (Cap. IV);

- mediadores de crédito - art. 25º (Cap. V);

- disposições finais - arts. 26º a 37º (Cap. VI).

Encontramos ainda 3 anexos ao diploma.

- o primeiro, referente ao modo de cálculo da TAEG;

- o segundo, atinente à informação normalizada europeia em matéria de crédito aos consumidores;

- o terceiro, relativo à informação normalizada em sede de descobertos, créditos concedidos por certas organizações e conversão de dívidas.

O presente texto destaca, especialmente, o terceiro capítulo, o qual, para além da maior dimensão normativa em relação ao texto antigo (arts. 12º a 23º, portanto 12 disposições[3]), dá realce a novas matérias (cfr. art. 20º), a novas particularidades quanto a assuntos já tratados (art. 17º e art. 19º) ou a clarificações na esteira da doutrina e da jurisprudência portuguesas (art. 18º), sem prejuízo de, nalguns casos, a temática se manter imodificada (*v.g.,* art. 22º).

[3] Em vez das anteriores 7 regras (arts. 6º a 12º do DL 359/91).

III. Instrumentos de tutela do consumidor e a celebração do contrato de crédito

1. Forma e procedimento; obrigatoriedade de entrega do exemplar aos garantes

Se, no quadro do DL 359/91, se impunha a redução a escrito do contrato de crédito aos consumidores, o atual diploma alarga, na esteira de outros, o leque de possibilidades: papel ou outro suporte duradouro. Acresce que tal deve ser feito em condições de inteira legibilidade pelo consumidor (art. 12º, nº 1).

Consagrava-se ainda a obrigatoriedade, sem exceções, de entrega de um exemplar ao consumidor, ao tempo em que este subscrevia o contrato. No presente texto, mantém-se essa mesma regra (art. 12º, nº 2), todavia modificada pela alteração de 2013, determinando-se aí restritivamente que "no caso de contratos de crédito celebrados presencialmente[4], o exemplar deve ser entregue no momento da assinatura do contrato"[5].

A grande novidade - não prevista no diploma comunitário, nem no texto interno de 1991 - consiste na extensão do procedimento aos garantes[6].

---

[4] *A contrario sensu*, no caso de contratos celebrados não presencialmente a entrega do exemplar não é obrigatória ao tempo da celebração do contrato.

[5] Ver o Ac. Rel. Porto, de 14.3.2016 (CARLOS GIL), Proc. nº 3274/10.5TBSTS.P1, em www.dgsi.pt.

[6] Conquanto a doutrina já o sustentasse – GRAVATO MORAIS, *Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 102 e ss. e 112 - e a jurisprudência já o defendesse [cfr. ainda à luz do DL 359/91, mas já perspetivando o DL 133/2009, o Ac. Rel. Porto, de 1.7.2013 (OLIVEIRA ABREU), Proc. nº 9494/07.2YYPRT-A.P1, www.dgsi.pt, onde se destaca que "apesar de todas as enunciadas considerações que vêm de ser feitas serem relativas ao consumidor, reconhecemos que as mesmas também são válidas quanto ao avalista, porquanto também quanto a este se deve afirmar a necessidade de entrega do exemplar do escrito em que estão vazadas as cláusulas do contrato, desde logo porque só assim ficará o avalista a conhecer o alcance e os termos da sua própria responsabilidade"; ver ainda o Ac. Rel. Porto, de 26.6.2012 (RAMOS LOPES), Proc. nº 416/08.4TBBAO.P1, www.dgsi.pt, destacando "que o fiador tem legitimidade para invocar a nulidade do ato se em relação a si se verificar a inobservância do apontado formalismo – sendo certo que tal invalidade apenas interfere com a sua posição no contrato em questão"].

Tal justifica-se em razão de estes deverem ter conhecimento exato do âmbito da sua vinculação.

2. Efeitos da falta de forma ou da omissão do procedimento

A falta da forma adequada (aqui se incluindo as condições de inteira legibilidade), gera a nulidade do contrato (art. 13º, nº 1), tal como se dispunha no diploma de 1991 (art. 7º, nº 1).

A mesma consequência emerge da omissão do procedimento consagrado: a nulidade do contrato de crédito.

Em relação aos garantes, o efeito limita-se à nulidade da garantia prestada[7].

3. O abuso do direito de invocar a nulidade

Cumpre salientar que a nulidade, sendo à partida invocável pelo consumidor dado que se encontra a coberto da regra respetiva, nem sempre pode ser arguida com sucesso.

Na verdade, no caso concreto, há circunstâncias que nos levam a concluir que existe "uma contradição com a ideia de justiça"[8].

Estamos a aludir ao instituto do abuso do direito (individual) de invocar a nulidade. Em regra, tratar-se-á da sua modalidade mais comum: o comportamento contraditório. O consumidor comporta-se, durante um certo período de tempo, como se o negócio fosse válido (cumprindo rigorosamente o contrato de crédito), originando-se uma ideia, na contraparte (o dador de crédito), de que a invalidade não seria invocada. Mais tarde, porém, o consumidor vem arguir a nulidade do contrato de crédito.

[7] Ver Ac. Rel. Porto, de 6.2.2018 (VIEIRA E CUNHA), Proc. nº 127651/16.2YIPRT.P1, em www.dgsi.pt.

[8] HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 284.

4. Menções

4.1 Considerações gerais

Tal como no regime anterior, estabelece-se um conjunto de elementos que devem constar dos contratos de crédito em geral[9]. Agora, porém, o número de menções é bastante mais elevado (passamos de 8 para 22 - divididas por duas normas: 8, por efeito da remissão do art. 12º, nº 3, proémio, para o art. 6º, nº 3; 14, resultantes do art. 12º, nº 3, nas suas várias alíneas).

4.2. Efeitos da inobservância das menções

As consequências da inobservância dos elementos a apor no contrato de crédito não são uniformes.

Privilegia-se a invalidade do contrato. Todavia, cabe distinguir os casos em que se sanciona mais gravemente a conduta do credor, com o efeito "nulidade" (art. 6º, nº 3, als. a) a h) *ex vi* art. 12º, nº 3, proémio e art. 13º, nº 1), daqueles outros,

onde a sanção é menos pesada, optando-se pela anulabilidade (cfr. as als. a) a o), com exceção da al. g), do art. 12º, nº 3 e art. 13º, nº 3).

Mantém-se o regime do pretérito para uma hipótese residual - a das eventuais garantias e seguros - a sanção "inexigibilidade" (art. 12º, al. g) e art. 13º, nº 4).

De todo o modo, esta inobservância da aposição das menções é imputável ao credor, por via da presunção *juris tantum* resultante do art. 13º, nº 5, sendo que só o consumidor pode invocar a invalidade (afastando-se que, *v.g.,* o credor o possa fazer, sendo que o próprio o tribunal também não pode conhecer - no caso, a nulidade - oficiosamente).

[9] Havendo ainda uma disciplina própria para alguns contratos de crédito em especial: art. 12º, nº 5 e art. 15º.

Mas o consumidor pode provar a existência do contrato, por qualquer meio, apesar de o contrato ser inválido (desde que não a invoque). O que pode gerar a seguinte consequência: a transformação do crédito oneroso em crédito gratuito (portanto, sem juros e outros encargos), mantendo-se o seu carácter fracionado (mantendo o consumidor o direito a realizar as prestações de capital no prazo acordado) - art. 13º, nº 7.

Esta regra que se mantém do regime anterior, que tinha, aliás, a sua origem no regime da venda a prestações (DL 457/79, de 21 de novembro), não tem sido, ao longo dos tempos, usada com a frequência devida pelos consumidores (não havendo nota de decisões sobre esta temática).

IV. Instrumentos de tutela do consumidor e o direito de livre revogação[10]

1. Caracterização

O direito de revogação é aplicável a qualquer contrato de crédito, independentemente do seu tipo (*v.g.,* mútuo, abertura de crédito, locação financeira, aluguer de longa duração). Assim resulta do próprio teor de vários números do art. 17º: aí sempre se alude a "contrato de crédito", a "credor", sem restringir o campo de aplicação. Aliás, do ponto de vista material, inexiste qualquer razão justificativa para se impor uma limitação.

O consumidor é quem tem legitimidade ativa para emitir a declaração (art. 17º, nº 1).

O destinatário da declaração de revogação é o credor (art. 17º, nº 4). Não se esqueça, porém, que atuando o vendedor como representante do credor, a declaração de revogação dirigida àquele tem igualmente eficácia perante o financiador.

[10] Ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, Coimbra, Almedina, pp. 105 ss. e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 419 ss.

O prazo para o exercício do direito - que era, à luz da lei antiga, de 7 dias úteis - é agora de 14 dias corridos (ou de calendário, como expressa o nº 1 do art. 14º).

Tem dois propósitos: o do alargamento efetivo do prazo; o de configurar um passo na harmonização do prazo em relação a todos os contratos de consumo em que se consagra tal pretensão legal.

Acresce que tal direito é imotivado, impondo-se, todavia, a identificação do contrato de crédito a revogar.

2. Exercício do direito: início e termo do prazo

O prazo para o exercício do direito começa a correr num de dois momentos: da data da celebração do contrato, no pressuposto de que é entregue o exemplar do mesmo ao consumidor nesse exato momento e desde que lhe sejam dadas as informações devidas (al. b), *a contrario sensu*); ou a partir da data da receção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações, sempre que o credor não proceda regularmente.

O exercício do direito de livre revogação deve ocorrer até ao final do 14º dia. Para o efeito, o que releva é o momento da expedição da declaração. Acolhe-se, tal como no art. 8º do DL 359/91, a teoria da expedição, o que configura um desvio ao princípio geral expresso no art. 224º, nº 1, 1ª parte, do CC, quanto à eficácia das declarações recetícias, onde se acolhe a teoria da receção ou do conhecimento.

Quanto à forma, pode ser em “papel ou noutro suporte duradouro”. No entanto, o modo mais seguro acaba por ser, pelo menos em termos probatórios, a carta registada com aviso de receção.

3. Efeitos do exercício regular do direito

A consequência imediata do exercício regular do direito de revogação, pelo consumidor, é a extinção do contrato de crédito.

Mas há ainda um efeito mediato subsequente: a obrigação de o consumidor pagar ao credor o capital e os juros vencidos, desde que utilize o capital e até à data da restituição. Analise-se este dever.

Admite-se, portanto, que, previamente ao termo do prazo para o exercício do direito, ocorra o levantamento do capital. Tal utilização importa unicamente (do ponto de vista do credor) o vencimento de juros, à taxa nominal estipulada (art. 17º, nº 4). De todo o modo, prevê-se um prazo máximo restitutório: 30 dias após a data da expedição da declaração de revogação[11], que marca, para o consumidor, o momento exato em que o contrato cessa[12].

Mas é o consumidor quem suporta os custos não reembolsáveis tidos pelo credor a entidades da Administração Pública (art. 17º, nº 5).

Podem retirar-se daqui algumas conclusões:

- o risco de utilização do capital é suportado pelo credor;
- a utilização do capital não preclude o exercício do direito de revogação;
- a regra restitutória não pode aplicar-se quando o capital é entregue pelo credor diretamente ao vendedor, devendo funcionar a lógica do art. 18º, nº 4;
- o risco de atraso ou de perda da declaração de revogação é suportado pelo credor.

[11] "Sem atrasos indevidos" (art. 17º, nº 4), ou seja, sem atrasos não imputáveis ao consumidor.

[12] Para mais especificidades, GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores – Anotação ao DL 133/2009*, Coimbra, 2009, pp. 82 a 84.

4. Irrenunciabilidade ao direito de livre revogação

Importante realce vai para a irrenunciabilidade do direito do consumidor de livremente revogar o contrato, por força da aplicação do art. 26º.

É que inexiste agora, ao contrário do que sucedia no passado, regra específica que permitia essa renúncia (art. 8º, nº 5), e que de resto era fortemente criticada[13].

V. Instrumentos de tutela do consumidor e cumprimento antecipado do contrato[14]

A faculdade de o consumidor proceder ao reembolso antecipado adquire, à luz do DL 133/09, uma nova dimensão e uma forte eficácia, quando a comparamos com igual possibilidade permitida no pretérito.

O regime é bem mais benéfico para o consumidor, em relação ao diploma revogado, sendo oposto ao consagrado no art. 1147º CC, onde aí o mutuário tem que satisfazer os juros por inteiro.

Assim, para além da aplicabilidade da nova disciplina a qualquer contrato de crédito, em qualquer momento e sem restrições quanto a eventuais reembolsos parciais (o que representa uma novidade em relação ao regime de outrora). Efetua-se mediante aviso prévio não inferior a 30 dias de calendário (art. 19º, nº 2), sendo que o reembolso faz operar uma correspondente redução do custo total do crédito (art. 19º, nº 1, parte final).

[13] GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, cit., p. 163 ss.

[14] JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo*…, cit., pp. 617 a 627 ss.

Há, porém, que distinguir especialmente dois casos:

- sempre que a taxa nominal seja fixa, há a possibilidade de o credor obter uma compensação, justa e objetivamente justificada (art. 19º, nº 3 e nº 4);

- caso a taxa nominal não seja fixa (ou não o seja no período específico do reembolso), não é admissível que o credor exija qualquer comissão de reembolso (art. 19º, nº 5, al. c).

VI. Instrumentos de tutela do consumidor no caso de não pagamento das prestações pelo consumidor

1. Caracterização

O incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor (*maxime* o não pagamento das prestações) é agora objeto de norma específica (o art. 20º).

A sua razão de ser encontra-se na ideia de maior proteção do consumidor apesar do seu incumprimento, até à data da entrada em vigor inexistente, pois prevalecia aqui o regime geral civilista.

A disciplina consagrada não releva na Diretiva de 2008, conquanto na proposta de Diretiva de 2002 houvesse norma expressa que tutelava o consumidor. Foi até por isso que, cremos, no anteprojeto do Código do Consumidor (art. 297º) se dispôs regra própria sobre o tema, que agora se seguiu. Aliás, a ideia parece ser a de consagrar norma afim à existente no caso de venda a prestações (art. 934º CC). De notar ainda que nalguns países, como é o caso da Alemanha, o respetivo legislador, desde há muito, consagrou preceito próprio (cfr. o anterior §§ 12 e 13 *Verbraucherkreditgesetz* e os atuais §§ 498 e 503 BGB).

A disposição não distingue, ao nível dos requisitos de aplicabilidade, a perda do benefício do prazo da resolução. Na verdade, coloca lado a lado tais figuras (art. 20º).

Nestes termos, o credor só pode socorrer-se - indistintamente - dos mecanismos enunciados se:

- o consumidor faltar ao pagamento de duas prestações sucessivas (se forem duas prestações alternadas, a regra não parece aplicar-se; da mesma sorte, se estiver em causa uma só prestação a regra não é empregue);

- as duas prestações em causa ultrapassam 10% do montante total do crédito (este valor vem expresso no art. 20º, nº 1, al. a), *in fine*);

- se concedeu ao consumidor um prazo suplementar mínimo de 15 dias para pagamento das prestações em mora e da indemnização devida;

- decorreu, sem sucesso, o prazo suplementar concedido;

- se verificou a expressa advertência da consequência aplicável no caso (ou a perda do benefício do prazo ou a resolução)[15].

VII. Instrumentos de tutela do consumidor no caso de coligação contratual

1. Noção de contrato de crédito coligado

A noção de "contrato de crédito coligado" encontra-se no art. 4º, nº 1, al. o). Tendo por base o contrato de crédito, pois é este que se considera "coligado a um contrato de compra

[15] Ver, sobre a temática, o Ac. Rel. Porto, de 25.10.2016 (RUI MOREIRA), Proc. nº 455/16.1T8VFR.P1, e o Ac. Rel. Lisboa, de 30.3.2017 (FRANSCISCA MENDES), Proc. nº 11577-14.3T8LSB.L1-6, e o Ac. Rel. Lisboa, de 21.5.2015 (ILÍDO SACARRÃO MARTINS), em www.dgsi.pt.

e venda" (proémio da al. o)), exige-se o preenchimento de 2 requisitos, a saber:

- que a concessão do crédito sirva exclusivamente para financiar o pagamento do preço do bem (específico) vendido ou do serviço (específico) prestado;

- que os (dois) contratos (celebrados) constituam - objetivamente - uma unidade económica.

O primeiro pressuposto - com raiz direta no texto comunitário -, encontra alguma afinidade com o revogado art. 12º, nº 1, 1ª parte do DL 359/91. Aí se determinava o seguinte: "se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido [ou do preço de um serviço concedido, como resultava do nº 3] por terceiro…". O que era entendido pela doutrina como um pressuposto muito amplo, que facilmente se verificava.

Ora, na lei vigente há dois elementos novos acrescentados:

- um, reside justamente na introdução do advérbio "exclusivamente", que não tem outra dimensão que não seja a de fazer realçar que é necessário que o crédito concedido tenha por fim único uma dada aquisição ou um dado serviço[16];

- o outro decorre da utilização do termo "específicos", e que está intimamente ligado com a nova locução assinalada: é que o crédito deve ter tido apenas em vista o financiamento de um específico bem ou serviço (e não um bens ou serviços em geral).

Quanto ao segundo requisito, cabe referir que se torna unitário o conceito de unidade económica, o que se aplaude. Esta não era a lógica da disciplina do passado, com definições

[16] Este elemento não tem o mesmo significado que tinha, no art. 12º, nº 2, al. a), o advérbio "exclusivamente". Este referia-se à relação estabelecida (no caso, ao acordo prévio) entre credor e vendedor. O atual advérbio alude à relação entre a concessão do crédito e o bem (ou o serviço) financiado.

diversas e casuísticas (por vezes exigentes) de unidade económica (cfr. o art. 12º, nº 1, parte final, o art. 12º, nº 2, al. a), ambos do DL 359/91, o art. 18º, nº 3, do DL 143/2001, de 26 de Abril).

A concretização desta unicidade é, todavia, exemplificativa. Tal decorre do emprego do advérbio "designadamente". Com efeito, a unidade económica pode resultar das 3 circunstâncias descritas na subalínea ii) - mas também de quaisquer outras não identificadas -, a saber:

- se a operação de crédito para consumo é bilateral, considerando as partes envolvidas (o credor é, ao mesmo tempo, o fornecedor do bem ou o prestador do serviço), para que se verifique a unidade económica, basta a existência de um mero financiamento pelo fornecedor ou pelo prestador do serviço;

- se a operação de crédito para consumo tem estrutura trilateral, em razão do número de partes envolvidas (ou seja, o financiador é pessoa diversa do vendedor ou do prestador de serviços), a unidade económica pode decorrer de duas possibilidades:

- caso o credor recorra ao vendedor ou ao prestador de serviços "para preparar ou para celebrar o contrato de crédito"; assim, à luz da lei atual, não é necessário sequer qualquer acordo entre credor e vendedor (e muito menos prévio e exclusivo) para que se verifique o requisito; basta o mero recurso ao vendedor ou ao prestador de serviços (*v.g.,* este dispõe de formulários de pedidos de crédito, remete-os ao financiador, encaminha o consumidor para um dado credor);

- caso o bem específico ou o serviço específico estejam expressamente previstos no contrato de crédito; trata-se aqui de uma novidade, já assinalada pela doutrina: basta que conste do contrato de crédito o objeto do

financiamento para que se verifique a unidade económica.

Saliente-se, por outro lado, que a unidade económica se revela objetivamente, o que se mostra atualmente pacífico, embora fosse em tempos discutido o sentido (subjetivo ou objetivo) dessa unidade económica[17].

Releve-se, por fim, que esta noção representa uma "placa giratória", em torno da qual se movem as consequências jurídicas desta específica conexão contratual.

2. Repercussão das vicissitudes do contrato de crédito no contrato de compra e venda

Tal como no diploma revogado (art. 12º, nº 1 do DL 359/91), a invalidade (nulidade ou anulação) do contrato de crédito - aqui havido como negócio principal, no exato sentido de que é aquele que projeta a vicissitude para o outro ato -, repercute-se, "na mesma medida" - ou seja, nulidade ou anulação, consoante o caso - no outro negócio.

Na nova regra, prevê-se ainda, tal como no pretérito, a extensão da ineficácia ao outro contrato ligado. Tem-se em vista, entre outras hipóteses, os casos de resolução por incumprimento do credor ou de livre revogação do contrato de crédito com propagação idêntica no negócio oposto.

3. Repercussão das vicissitudes do contrato de compra e venda no contrato de crédito

Da mesma sorte, mas agora em sentido inverso, se regula a projeção das vicissitudes emergentes do contrato de compra

[17] DAUNER-LIEB, "Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften (§ 9 VerbrKrG)", *WM, Sonderbeilage 6/1991*.

e venda no negócio conexo: o contrato de crédito. Configura aquele, neste quadro, o contrato principal.

Determina-se que a repercussão opera a vários níveis.

Por um lado, em sede de invalidade (nulidade ou anulação) e no quadro da livre revogação do contrato de compra e venda (art. 18º, nº 2). Esta disposição vai para além do texto revogado - onde esta projeção da vicissitude não se consagrava expressamente -, embora a doutrina e a jurisprudência dominantes, ao tempo, já defendessem a sua aplicabilidade[18]. Cremos que configura um passo muito importante na tutela do consumidor.

Por outro lado, a repercussão - tal como no passado (art. 12º, nº 2 do DL 359/91) - mantém-se ao nível do incumprimento e da desconformidade do contrato de compra e venda (art. 18º, nº 3). Todavia, aqui o preceito tem especificidades.

Expressa-se agora de forma mais clara, tal como no pretérito alguns já sustentavam, a responsabilidade subsidiária de grau fraco do credor: o consumidor deve, num primeiro momento, dirigir-se ao vendedor, exigindo deste a entrega, a reparação ou a substituição da coisa - conforme a situação concreta; só depois, se não obtiver deste a satisfação do direito ao exato cumprimento, pode dirigir-se ao credor.

No entanto, as vicissitudes podem não se repercutir exatamente na mesma medida. Vejamos:

- se estamos perante a não satisfação temporária do direito do consumidor, este pode suspender o pagamento das prestações junto do financiador;

- se estamos em face da não satisfação definitiva do direito do consumidor, ou seja, a extinção parcial (redução do preço) ou a extinção total (resolução) do

[18] Sobre esta temática, ver GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, cit., pp. 267 ss.

contrato de compra e venda, a mesma vicissitude (redução do montante do crédito ou resolução do contrato de crédito) estende-se ao negócio oposto[19] [20].

4. Relações de liquidação

Ao contrário do que sucedia no pretérito, dispomos de uma regra que define o âmbito das relações de liquidação no sentido da proteção do consumidor.

Desta sorte, por efeito da extinção do contrato, a questão suscitada era a de saber se o consumidor devia pagar ao credor a importância que tinha sido entregue ao vendedor. A resposta é clara à luz do nº 4 do art. 18º: o consumidor nada deve pagar ao credor. Cabe, portanto, ao vendedor, que recebeu o montante, em regra diretamente, do financiador, entregá-lo a este.

A solução mostra-se adequada, pois se se impusesse ao consumidor um dever de entrega (do valor recebido pelo vendedor) isso significaria estabelecer uma forte restrição ou mesmo uma impossibilidade, do ponto de vista do consumidor, quanto ao exercício dos respetivos direitos. Este, à partida, não dispõe desse montante (note-se que por isso recorreu ao financiamento).

Cabe, por fim, salientar que a solução - prevista expressamente para as hipóteses de redução e de resolução (o art. 18º, nº 4 remete para "os casos previstos nas alíneas b) ou c) [do nº 3]") - se deve considerar extensível aos casos de nulidade ou de anulação dos contratos (por força do nº 1 ou do nº 2 do art. 18º), em razão do art. 433º do CC e do próprio art. 289º do CC.

[19] Cfr., neste sentido, GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para consumo. Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 162 ss. e pp. 246 ss.

[20] Ver Ac. STJ, de 20.12.2017 (ANTÓNIO PIÇARRA), Proc. nº 1371/12.1TBAMT-A.P1.S1, em www.dgsi.pt.

5. Propagação das vicissitudes aos contratos acessórios conexos

Atendendo ao art. 14º, nº 4 da Dir. 2008/48/CE, mas com um raio de ação mais alargado, determina-se a propagação da extinção do contrato de crédito ao contrato acessório conexo (em regra um contrato de seguro) - art. 18º, nº 5.

Cremos que, a par do que tem defendido a doutrina e a jurisprudência portuguesas, tal deve estender-se em qualquer caso de cessação pelo consumidor do contrato de crédito[21].

Assim, a invalidade do contrato de crédito projeta-se no concreto contrato de seguro (para além da sua possível propagação em sentido oposto, ou seja no contrato de compra e venda), assim como a resolução do contrato de crédito pelo consumidor fundada em incumprimento do financiador se repercute, nos mesmos termos, no contrato de seguro associado, da mesma sorte que a resolução da venda (por incumprimento do fornecedor), caso se propague ao crédito, afeta, igualmente, embora reflexamente o seguro a este associado[22].

[21] GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo,* cit., pp. 371 ss.

[22] GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei 133/2009*, cit., pp. 92 e 93.

CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA: ENTRE AS ALTERAÇÕES NACIONAIS RECENTES E O NEW DEAL FOR CONSUMERS

SANDRA PASSINHAS

Professora da Faculdade Direito de Coimbra e da Universidade Lusíada Norte (campus do Porto)

SUMÁRIO:

I. Introdução.

II. As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro.

1. As viagens organizadas.

2. Informação pré-contratual.

3. Confirmação do contrato celebrado à distância.

4. Direito de livre resolução.

5. Vendas coligadas.

III. New Deal for Consumers.

IV. Conclusão.

I. Introdução - o regime jurídico da contratação à distância

O Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro[1], que transpôs a Directiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores[2], estabelece o regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento entre profissionais e consumidores[3]. Para o efeito, o nosso legislador seguiu as tradicional definição de consumidor como a pessoa singular que actue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional[4], e como fornecedor de bens ou prestador de serviços a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que actue em seu nome ou por sua conta[5].

Os contratos celebrados à distância são aqueles celebrados entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos,

[1] Em Portugal, o primeiro regime jurídico aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial datava de 1987, com a publicação do Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Abril, que transpôs a Directiva n.º 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. Foi no âmbito deste mesmo Decreto-Lei que se definiu o conceito das "vendas por correspondência" e se proibiram as vendas "em cadeia", "em pirâmide" ou em "bola de neve", bem como as "vendas forçadas". Na sequência da Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis n.os 57/2008, de 26 de Março, 82/2008, de 20 de Maio e 317/2009, de 30 de Outubro, que consagrou não só as regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados no domicílio, mas também considerou ilegais determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços assentes em processos de aliciamento enganosos.

[2] Que alterou a Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revogou a Directiva 85/577/CEE, do Conselho e a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Sobre a Directiva em geral, vide Passinhas, S. (2015), "A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações", *Estudos de Direito do Consumidor* 9, pp. 9-37.

[3] Para uma análise do regime português, vide Morais Carvalho, J. (2017), Manual de Direito do Consumo, Almedina, Coimbra, 173 e ss, e Mota Pinto, P. (2015), "O novo regime jurídico dos contratos a distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial", *Estudos de Direito do Consumidor* 9, pp.

[4] 51-92. Cfr. artigo 3.º, alínea c).

[5] Cfr. artigo 3.º, alínea i).

integrados num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância[6] até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração. Já o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial[7] é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, independentemente de ter sido o profissional ou o consumidor a fazer a proposta contratual. São igualmente considerados como tendo sido celebrados fora do estabelecimento comercial os contratos celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços, os contratos celebrados no domicílio ou no local de trabalho do consumidor, aqueles celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário, ou durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial, bem como os celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário[8].

[6] Nos termos do artigo 3.º, alínea m), a técnica de comunicação à distância consiste em qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes.

[7] Considera-se estabelecimento comercial quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma permanente, ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma habitual (artigo 3.º, alínea h).

[8] Cfr. artigo 3.º, alínea m).

Para estes contratos, o Decreto-Lei n.º 24/2014 estabeleceu um regime que demonstra forte preocupação com a informação pré-contratual a fornecer ao consumidor, com os requisitos para a celebração do contrato, bem como com a sua livre resolução e execução. O regime aprovado em 2014, contudo, foi alterado, muito recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro[9], que pretendeu, assumidamente, clarificar alguns artigos daquele diploma, em melhor conformidade com o disposto na Diretiva 2011/83/UE. Noutra frente, a nível europeu, no âmbito do *New Deal for Consumers*[10], foi Proposta

[9] Que entrará em vigor em 1 de Janeiro de 2019.

[10] O Novo Acordo para os Consumidores foi lançado a 11 de Abril de 2018 pela Comissão Europeia e apresenta-se como visando *"garantir que todos os consumidores europeus beneficiam plenamente dos seus direitos ao abrigo do direito da União".* O Novo Acordo implicará reforçar os direitos dos consumidores em linha, dar aos consumidores os instrumentos necessários para fazer valer os seus direitos e obter uma indemnização, introduzir sanções eficazes contra as violações da legislação em matéria de defesa do consumidor, lutar contra a dualidade de critérios no que diz respeito à qualidade dos produtos de consumo e melhorar as condições para as empresas. Para o reforço dos consumidores em linha pretende-se alcançar uma maior transparência dos mercados em linha (ao fazerem as compras num sítio de comércio eletrónico, os consumidores terão de ser claramente informados para saberem se estão a adquirir produtos ou serviços a um vendedor profissional ou a um particular e se são protegidos pelos direitos dos consumidores caso algo corra mal), uma igualmente maior transparência sobre os resultados das pesquisas nas plataformas em linha (quando procurarem em linha, os consumidores serão claramente informados se o resultado de uma pesquisa está a ser pago por um comerciante; por outro lado, os mercados em linha terão de informar os consumidores sobre os principais parâmetros que determinam a classificação dos resultados) bem como garantir novos direitos do consumidor em relação aos serviços digitais "gratuitos" (aquando do pagamento de um serviço digital, os consumidores beneficiam de determinados direitos à informação e dispõem de um prazo de 14 dias para rescindir o contrato [direito de retratação]). O novo acordo para os consumidores irá agora alargar este direito aos serviços digitais "gratuitos", pelos quais o consumidor fornece os respetivos dados pessoais, mas não paga dinheiro. Tal aplicar-se-á geralmente aos serviços de armazenagem em nuvem, às redes sociais ou às contas de correio eletrónico. No que diz respeito a dar aos consumidores os instrumentos necessários para fazer valer os seus direitos e obter uma indemnização, pretende-se criar uma ac**ção** representativa, num estilo europeu, em que uma entidade qualificada, como uma organização de consumidores, poderá procurar obter ressarcimento, como uma indemnização, substituição ou reparação, em nome de um grupo de consumidores que tenha sido lesado por uma prática comercial ilegal, bem como uma melhor proteção contra as práticas comerciais desleais (visa-se garantir que os consumidores de todos os Estados-Membros tenham o direito de exigir soluções individuais, por exemplo, uma indemnização financeira ou a rescisão do contrato, se forem afetados por práticas comerciais desleais, tais como a comercialização agressiva ou enganosa, à semelhança daquela já consagrada pelos artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março). Para introduzir sanções eficazes contra as violações da legislação em matéria de defesa do consumidor, as autoridades nacionais responsáveis pela defesa do consumidor terão poderes para impor sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas de forma coordenada. No que diz respeito às infrações generalizadas que afetam os consumidores de vários Estados-Membros da UE, a coima máxima disponível será de 4 % do volume de negócios anual do comerciante no respetivo Estado-Membro, com a possibilidade de os Estados-Membros introduzirem coimas máximas mais elevadas. De modo a lutar contra a dualidade de critérios no que diz respeito à qualidade dos produtos de consumo, o Novo Acordo para os Consumidores atualizará a Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais, a fim de tornar explícito que as autoridades nacionais podem avaliar e fazer face a práticas comerciais

uma Diretiva pelo 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[11], que passa pela alteração, entre outras, da Diretiva 2011/83/UE[12].

O objecto do presente texto é analisar as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 78/2018 ao Decreto-Lei n.º 24/2014, que entrarão em vigor a 1 de Janeiro de 2019, bem como enunciar e tentar compreender as alterações propostas a nível europeu resultantes da eventual aplicação do *New Deal for Consumers*.

II. As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro

Começamos, nesta secção, por analisar as recentes alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 78/2018.

enganosas que impliquem a comercialização de produtos como sendo idênticos em vários países da UE se a sua composição ou características forem muito diferentes. De modo a melhorar as condições para as empresas, o Novo Acordo eliminará encargos desnecessários para as empresas, nomeadamente através da supressão de obrigações para as sociedades no que se refere ao direito de retratação do consumidor. Por exemplo, como veremos adiante, os consumidores deixarão de poder devolver produtos que já tenham utilizado, em vez de simplesmente experimentado, e os comerciantes só terão de reembolsar os consumidores depois de terem recebido efetivamente as mercadorias de volta. As novas regras introduzem igualmente uma maior flexibilidade na forma como os comerciantes podem comunicar com os consumidores, permitindo-lhes também recorrer aos formulários ou ao diálogo na Web em vez do correio eletrónico, desde que os consumidores mantenham um registo da sua comunicação com o comerciante.

[11] COM (2018) 185 final.

[12] O Novo Acordo para os Consumidores é composto por duas propostas de directivas: uma proposta de alteração da Directiva do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, da Directiva em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, da Directiva relativa às práticas comerciais desleais entre empresas e consumidores e da Directiva relativa aos direitos dos consumidores, com o objetivo de assegurar um melhor cumprimento e modernizar as regras em matéria de defesa do consumidor na UE, em especial à luz da evolução ocorrida no domínio digital; uma proposta sobre ações representativas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores (que revogará a Directiva 2009/22/CE relativa às ações inibitórias, visando melhorar os instrumentos para impedir práticas ilegais e facilitar o ressarcimento dos consumidores nos casos em que muitos deles são vítimas da mesma violação de direitos, numa situação de danos em larga escala 9.

1. As viagens organizadas

O regime jurídico das viagens organizadas consta do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março[13], que estabelece o regime de acesso e de exercício da actividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e serviços de viagem conexos[14]. A viagem organizada é definida no artigo 2.º, n.º 1, alínea p), do Decreto-Lei n.º 17/2008[15], como aquela que combina, pelo menos, dois tipos diferentes de serviços de viagem para efeitos da mesma viagem ou férias, caso esses serviços sejam combinados por um único operador, incluindo a pedido ou segundo a escolha do viajante (o legislador acabou com a distinção de regime entre viagem organizada e viagem por medida[16]), antes de ser celebrado um contrato único relativo à globalidade dos serviços, ou independentemente de serem celebrados contratos distintos com diferentes prestadores de serviços de viagem, esses serviços sejam: adquiridos num ponto de venda único e tiverem sido escolhidos antes de o viajante aceitar o pagamento; propostos para venda, vendidos ou faturados por um preço global; publicitados ou vendidos sob a denominação "viagem organizada" ou qualquer outra expressão análoga; combinados após a celebração de um contrato através do qual o operador dá ao viajante a possibilidade de escolher entre uma seleção de diferentes tipos de serviços de viagem; ou adquiridos a diferentes operadores mediante processos interligados de reserva em linha, pelos quais o nome do viajante, os dados relativos ao pagamento e o endereço eletrónico são transmitidos pelo operador com quem o primeiro contrato é celebrado a outro operador ou operadores, sendo celebrado um contrato com o último operador

[13] Que revogou o Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de Maio.

[14] Que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Directiva 90/314/CEE do Conselho.

[15] Com as exclusões constantes do nº 2 e 3 do mesmo artigo.

[16] Na sequência, aliás, daquela que já era a melhor jurisprudência do Tribunal de Justiça. Vide o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 2002, no Processo C-400/00, Club-Tour, *Viagens e Turismo SA contra Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*.

o mais tardar 24 horas após a confirmação da reserva do primeiro serviço de viagem. Sublinhe-se que, na sequência da Directiva, o âmbito subjectivo de protecção não se cinge ao consumidor tradicionalmente considerado, mas antes abrange todos os viajantes, isto é, qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num contrato de viagem, nomeadamente os consumidores, as pessoas singulares que viajem em negócios, bem como os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, desde que não estejam abrangidos por um acordo geral para a organização de viagens de negócios.

O artigo 27.º, n.º 2, da Directiva 2015/2302, alterou o artigo 3.º, ponto 3, alínea g), da Diretiva 2011/83/UE, que excluía do seu âmbito de aplicação os contratos de viagem organizada, tornando aplicáveis às viagens organizadas contratadas à distância o artigo 6.º, n.º 7, o artigo 8.º, n.os 2 e 6, e os artigos 19.º, 21.º e 22.º da Directiva 2011/83/UE. O Decreto-Lei n.º 78/2018 veio, pois, transpor para o nosso regime esta alteração, aplicando, com as devidas adaptações, às viagens organizadas, no que diz respeito aos viajantes, requisitos linguísticos em matéria de informação contratual nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial e determinados requisitos formais aplicáveis aos contratos à distância, à comunicação por telefone e aos pagamentos adicionais.

Assim, o artigo 2.º, n.º 2, alínea h) do Decreto-Lei n.º 24/2014, que excluía dos regime dos contratos à distância *"os contratos relativos a serviços prestados no* âmbito *do Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2012, de 24 de agosto, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo*", foi actualizado na sua redacção, fazendo referência ao Decreto-Lei n.º 17/2018, e foi-lhe acrescentado um n.º 3, com o seguinte conteúdo: "*Sem prejuízo do disposto na alínea h) do número anterior, os n.os 2, 3, 4, 7 e 8 do artigo 5.º do presente decreto-lei, o n.º 3 do artigo 7.º e os artigos 9.º-A e 9.º-D da Lei n.º 24/96,*

de 31 de julho, na sua redação atual, são aplicáveis, com as devidas adaptações às *viagens organizadas, no que respeita aos viajantes*[17]*, tal como definidos nas alíneas p) e q) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de Março sem prejuízo do n.º 3 do mesmo artigo*"[18].

Assim por força do artigo 5.º, n.os 2 e 3, relativo aos requisitos de forma nos contratos celebrados à distância, quando, num contrato celebrado à distância por via eletrónica, a encomenda pelo consumidor implicar uma obrigação de pagamento, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve dar ao consumidor, de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor concluir a encomenda, as informações pré-contratuais previstas nas alíneas c), d), e), f), g), h), p) e t) do n.º 1 do artigo 4.º, garantindo para o efeito

[17] O viajante surge definido como qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num contrato de viagem, nomeadamente os consumidores, as pessoas singulares que viajem em negócios, bem como os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, desde que não estejam abrangidos por um acordo geral para a organização de viagens de negócios.

[18] A expressa menção da aplicação da Lei da defesa do Consumidor a estas relações contratuais prende-se precisamente com a âmbito de aplicação mais abrangente da noção de viajante em comparação com a de consumidor, que surge definido na Lei de Defesa do Consumidor como: "*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios"*. As normas em causa são, pois, o artigo 7.º, n.º 3, sobre o direito à informação em geral, que determina que a informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa, o artigo 9.º-A, referente a pagamentos adicionais, estabelecendo que: "*1. Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o fornecedor de bens ou prestador de serviços tem de obter o acordo expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços. 2. A obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais. 3. Quando, em lugar do acordo explícito do consumidor, a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento. 4. Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços provar o cumprimento do dever de comunicação estabelecido no n.º 2. 5. O disposto no presente artigo aplica-se à compra e venda, à prestação de serviços, aos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais de água, gás, eletricidade, comunicações eletrónicas e aquecimento urbano e aos contratos sobre conteúdos digitais."*, e, por último o artigo 9.º-D, relativo aos serviços de promoção, informação ou contacto com os consumidores, onde se impõe que: "*1. A disponibilização de linha telefónica para contacto no âmbito de uma relação jurídica de consumo não implica o pagamento pelo consumidor de quaisquer custos adicionais pela utilização desse meio, além da tarifa base, sem prejuízo do direito de os operadores de telecomunicações faturarem aquelas chamadas. 2. O disposto no número anterior não prejudica a aplicação do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, em tudo o que não contrarie a presente lei*".

que o consumidor, ao concluir a encomenda confirma, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento. Quando a conclusão da encomenda implicar a activação de um botão ou função semelhante, o botão ou a referida função é identificada de forma facilmente legível, apenas com a expressão "*encomenda com obrigação de pagar*" ou uma formulação correspondente e inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional. Por força do n.º 8 do mesmo preceito, se o fornecedor não observar aquelas regras, o consumidor não fica vinculado ao contrato.

Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

2. Informação pré-contratual

Em segundo lugar, destacamos as alterações relativas à informação contratual e que, como já referimos, foram assumidas pelo legislador como visando clarificar a formulação do Decreto-Lei n.º 24/2014.

O artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 24/2014, regula a informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial. À já extensa lista de informações a prestar, o legislador acrescentou, com o Decreto-Lei n.º 78/2018, uma nova, a que atribuiu a alínea c)[19]. Assim, antes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens

[19] Todas as restantes alíneas foram alteradas em conformidade. O mesmo se diga em relação ao artigo 4.º, n.os 2, 4 e 6, ao artigo 5.º, n.os 2 e 5, ao artigo 10.º, n.os 2 e 3.

ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, também a seguinte informação: "*O endereço físico do estabelecimento comercial do profissional, no caso de ser diferente do endereço comunicado nos termos das alíneas anteriores e, se aplicável, o endereço físico do profissional por conta de quem atua, onde o consumidor possa apresentar uma reclamação*".

3. Confirmação do contrato celebrado à distância

Os contratos celebrados à distância em que, por força do artigo 5.º, como descrevemos acima, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve dar ao consumidor, de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor concluir a encomenda, as informações pré-contratuais previstas nas alíneas c), d), e), f), g), h), p) e t) do n.º 1 do artigo 4.º, garantindo para o efeito que o consumidor, ao concluir a encomenda confirma, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento, carecem de confirmação. Assim, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. A confirmação do contrato a que se refere o número anterior realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º em suporte duradouro, salvo se o profissional já tiver prestado essa informação, em suporte duradouro, antes da celebração do contrato.

4. Direito de livre resolução

O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 estabelece que o consumidor tem o direito de resolver o contrato sem incorrer em quaisquer custos, para além dos estabelecidos no

n.º 3 do artigo 12.º e no artigo 13.º quando for caso disso, e sem necessidade de indicar o motivo[20], no prazo de 14 dias (podendo as partes estipular um prazo superior)[21]. A existência de um direito de livre resolução é informação pré-contratual obrigatória, por força do artigo 4.º, quer quanto à sua existência e prazo, quer, quando seja o caso, a indicação de que o consumidor suporta os custos da devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio normal. Se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não cumprir este dever de informação da existência e do prazo daquele direito, o prazo para o exercício do direito de livre resolução é de 12 meses a contar da data do termo do prazo inicial; se, no decurso deste prazo, o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumprir o dever de informação pré-contratual, o consumidor dispõe de 14 dias para resolver o contrato a partir da data de receção dessa informação.

Se estivermos perante um contrato de prestação de serviços, determina o artigo 15.º que, caso o consumidor pretenda que a prestação do serviço se inicie durante o prazo de livre resolução, o prestador do serviço deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso através de suporte duradouro. Se o consumidor exercer o direito de livre resolução, após ter apresentado o pedido previsto no número anterior, deve ser pago ao prestador do serviço um montante proporcional ao

[20] Para uma compreensão da figura, por todos, Ferreira de Almeida, C. (2005), Direito do Consumo, Almedina, Coimbra, pp. 105 e ss.

[21] O prazo conta-se: a) do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços; b) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou: i) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente, ii) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos, iii) do dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período; c) do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato (é informação pré-contratual obrigatória a obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução). O montante proporcional a que se refere o número anterior é calculado com base no preço contratual total; se o preço total for excessivo, o montante proporcional é calculado com base no valor de mercado do que foi prestado. O consumidor não suporta quaisquer custos relativos à execução dos serviços durante o prazo de livre resolução se o prestador do serviço não tiver cumprido o dever de informação pré-contratual quanto à existência e prazo do direito ou quanto à obrigação de pagar, ou se o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de livre resolução. For força do artigo 6.º, este regime aplicava-se aos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano. Com o Decreto-Lei n.º 78/2018, o n.º 6 ganha nova redacção, clarificando-se que: *"6. Quando se trate de contrato celebrado* à *distância de prestação de serviços ou o fornecimento de* água, *gás ou eletricidade, caso não sejam postos* à *venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, sempre que o consumidor pretenda que a prestação ou o fornecimento desses serviços se inicie durante o prazo de retratação*[22] *previsto no artigo 10.º, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso"*.

[22] Curiosamente, teremos no mesmo diploma utilizadas as expressões *"direito de resolução"* e *"direito de retratação"*. Apesar de o nosso legislador não ter adotado uma terminologia única, estamos perante uma revogação unilateral e imotivada que o consumidor pode exercer num certo período após a celebração do contrato. Entende-se que a negociação e/ou a celebração do contrato não terá resultado de uma decisão informada e racional do consumidor, pelo que se lhe concede um certo período para refletir ou até mesmo, em alguns casos, tomar consciência da decisão negocial que tomou, do seu alcance e dos seus efeitos. Noutras situações, o *iter* negocial não permite ao consumidor conhecer, apreciar ou inspecionar o produto ou serviço que vai adquirir, pelo que lhe é conferido o direito de revogar unilateralmente o contrato se, após esse conhecimento, análise ou inspeção, o produto não lhe agradar. Note-se que esta é uma faculdade a contento, isto é, o seu exercício basta-se com o facto de a coisa não agradar ao consumidor, não se exigindo qualquer justificação objetiva, atinente à formação da vontade das partes, ao objeto do negócio ou ao cumprimento do contrato (para os quais existem meios específicos de reação).

5. Vendas coligadas

Sublinhe-se, por último que o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 78/2018 revogou o artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 24/2014[23]. Este preceito proibia a subordinação da venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou serviço junto do fornecedor ou de quem este designar. O n.º 2 do preceito ressalvava que a proibição não se aplicava sempre que estivessem em causa bens ou serviços que, pelas suas características, se encontrassem entre si numa relação de complementaridade e esta relação fosse de molde a justificar o seu fornecimento em conjunto. Valerá para futuro, pois, apenas a regra geral constante do artigo 9.º, n.º 8, da Lei da Defesa do Consumidor, segundo o qual *"é vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros".*

III. New Deal for Consumers

Muito recentemente, como dissemos, foi apresentada a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que 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, de 11 de Abril de 2018[24].

Ao nível das alterações à Diretiva 2011/83/UE destacamos o lugar que é dado ao fornecimento de conteúdos

[23] E em consequência foram alterados os artigos 31.º, 1, c), e 31.º, 2, c, que estabeleciam as sanções pela infracção ao disposto no preceito.

[24] COM (2018) 185 final. O New Deal surge na sequência do REFIT, o balanço de qualidade das directivas relativas aos direitos dos consumidores que, no que à Directiva 2011/83/UE diz respeito, concluiu pela necessidade de modernização de algumas das suas normas, em virtude de encargos desproporcionados para os profissionais.

digitais[25]. No artigo 2.º da Directiva, que trata das *definições*, são acrescentadas as definições de conteúdos[26] e serviços digitais[27], dos respectivos contratos de fornecimento desses produtos[28], bem como de mercado em linha[29]. Estas definições incluem no âmbito de aplicação da Directiva 2011/83/UE também os contratos de prestação de serviços digitais em que o consumidor não paga com dinheiro, mas fornece dados

[25] Vide Dias Pereira, A. (2015), "Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?", *Estudos de Direito do Consumidor* 9, pp. 177-208.

[26] O n.º 11 do artigo 2.º da Directiva 2011/83/UE passará a ter a seguinte redacção: "11) 'Conteúdo digital': dados produzidos e fornecidos em formato digital, incluindo ficheiros de vídeo e áudio, aplicações, jogos digitais e qualquer outro tipo de programas informáticos".

27 Será aditado um n.º 17 ao artigo 2.º, definindo serviço digital como qualquer serviço que permita ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou qualquer serviço que permita a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor e por outros utilizadores desse serviço, incluindo a partilha de ficheiros vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros, o processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem e redes sociais.

[28] O n.º 6) do artigo 2.º da Directiva passa a ter a definir o contrato de prestação de serviços como qualquer contrato, com exceção de um contrato de compra e venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e este paga ou se compromete a pagar o respetivo preço. A referência a "serviços»" inclui os "serviços digitais" e a referência a "contrato de prestação de serviços" inclui o "contrato de prestação de serviços digitais". Acrescenta-se ainda um n.º 18, com a seguinte definição do contrato de prestação de serviços digitais: *"qualquer contrato ao abrigo do qual um profissional presta ou se compromete a prestar um serviço digital ao consumidor e este paga ou se compromete a pagar o respetivo preço. São também abrangidos os contratos em que o consumidor fornece ou se compromete a fornecer dados pessoais ao profissional, exceto se esses dados pessoais forem exclusivamente tratados pelo profissional para prestar o serviço digital ou para poder cumprir as exigências legais a que está sujeito, não tratando esses dados para quaisquer outros fins*", e um n.º 16, definindo o contrato de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material como qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais ao consumidor e este paga ou se compromete a pagar o respetivo preço. São também abrangidos os contratos em que o consumidor fornece ou se compromete a fornecer dados pessoais ao profissional, exceto se esses dados pessoais forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos digitais ou para poder cumprir as exigências legais a que está sujeito, não tratando esses dados para quaisquer outros fins.

[29] Ao n.º 2 será adicionado um n.º 20, recebendo a noção de interface em linha do artigo 2.º, n.º 16), do Regulamento (UE) 2018/302, de 28 de fevereiro de 2018, que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno. Assim considera-se interface em linha qualquer forma de software, incluindo um sítio Web ou uma parte dele e as aplicações, nomeadamente aplicações móveis, explorada por um comerciante ou em seu nome, que proporciona aos clientes acesso aos bens ou serviços do comerciante para efeitos da realização de uma transação que tem por objeto esses bens ou serviços. A definição constante os mercados em linha para efeitos da Directiva 2011/83/UE de uma forma semelhante ao previsto no Regulamento (UE) n.º 524/2013 e na Directiva (UE) 2016/1148, foi, pois, actualizada e tornada mais neutra do ponto de vista tecnológico, a fim de abranger novas tecnologias. Assim, passou a fazer-se referência ao conceito de interface em linha em vez de ao sítio web. O n.º 19, também aditado, propõe a definição de prestador de mercado em linha como qualquer prestador de serviços que permita aos consumidores e aos profissionais celebrar em linha contratos na interface em linha desse mercado.

pessoais[30]. Na ausência de pagamento monetário, os direitos e obrigações da Directiva 2011/83/UE não se aplicam quando os dados pessoais fornecidos pelo consumidor são exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou no intuito de o profissional cumprir os requisitos legais[31] e este não processar esses dados para outros fins. De acordo com o Considerando 26, a Directiva 2011/83/UE também não se deverá aplicar a situações em que o profissional recolhe apenas metadados, como o endereço IP, o histórico de navegação ou outras informações recolhidas e transmitidas, nomeadamente, por cookies, salvo se essa situação for considerada um contrato nos termos do direito nacional. Também não se deverá aplicar às situações em que o consumidor, sem ter celebrado qualquer contrato com o profissional, seja exposto a anúncios com o intuito exclusivo de aceder a conteúdos ou serviços digitais. No entanto, os Estados-Membros deverão continuar a ser livres de alargar a aplicação das disposições da Directiva 2011/83/UE a tais situações ou de regular de outro modo essas situações que são excluídas do âmbito de aplicação da directiva.

O artigo 6.º da Directiva 2011/83/UE relativo a *requisitos de informação dos contratos celebrados* à *distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*[32] é alterado nas suas alíneas r) e s), por razões de coerência, a fim de abranger os serviços digitais, na sua nova definição, juntamente com a noção de conteúdos digitais já existente no que diz respeito aos requisitos de informação pré-contratual

[30] Os dados pessoais são definidos no artigo 4.º-A, por referência ao artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679.

[31] O Considerando 25 refere-se expressamente aos casos em que o registo do consumidor é exigido pela legislação em vigor para fins de segurança e de identificação, ou em que o criador de software de fonte aberta apenas recolhe dados dos utilizadores para garantir a compatibilidade e a interoperabilidade desse software.

[32] O artigo 5.º da Directiva 2011/83/UE relativo a requisitos de informação aplicáveis a contratos diferentes dos contratos à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial é alterado nas suas alíneas g) e h) por razões de coerência, a fim de abranger os serviços digitais, na sua nova definição, juntamente com a noção de conteúdos digitais já existente no que diz respeito aos requisitos de informação pré-contratual sobre a interoperabilidade e a funcionalidade. Este artigo foi transposto pela Lei n.º 24/96,no seu artigo 8.º.

sobre a interoperabilidade e a funcionalidade[33]. Além disso, o artigo 6.º é alterado mediante supressão da indicação do fax da lista dos meios de comunicação possíveis, permitindo aos profissionais recorrer a outros meios de comunicação em linha como alternativa ao tradicional correio eletrónico[34]. É proposta a inserção de um novo artigo 6.º-A na Directiva 2011/83/UE que define determinados requisitos adicionais em matéria de informação pré-contratual para os contratos celebrados em mercados em linha, nomeadamente: 1) a descrição dos principais parâmetros que determinam a classificação das diferentes propostas, 2) se o terceiro que propõe o produto em causa é ou não um profissional[35], 3) se os direitos do consumidor decorrentes do direito da UE em matéria de consumo se aplicam ao contrato e 4) se o contrato for celebrado com um profissional, quem é o profissional responsável por garantir o respeito dos direitos do consumidor reconhecidos na legislação de defesa do consumidor da UE no respeitante ao contrato. Note-se a este respeito que o Considerando 19 da Proposta de Directiva enuncia, quanto aos requisitos de informação impostos aos prestadores de mercados em linha, que estes devem ser proporcionados, sendo necessário encontrar um equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade dos prestadores de mercados em linha.

O artigo 7.º da Directiva 2011/83/UE, que estabelece determinados *requisitos formais aplicáveis aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercia*l, é alterado a fim de precisar que a obrigação prevista no n.º 3 de os profissionais

[33] Cfr. artigos 6.º, n.º 1, alíneas r) e s), da Directiva, e 4.º, n.º 1, alíneas v) e x), do Decreto-Lei n.º 24/2014.

[34] Cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Directiva, e 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 24/2014.

[35] Em conformidade com o artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2000/31/CE, que determina que: "*1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º [transporte], 13.º [armanezagem temporária] e 14.º [armazenagem em servidor], uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes - os prestadores de mercados em linha não devem ser obrigados a verificar o estatuto legal de terceiros que forneçam produtos. Em vez disso, devem exigir aos terceiros que fornecem produtos no mercado em linha que indiquem a sua qualidade de profissionais ou não para efeitos do direito dos consumidores e que disponibilizem essa informação ao mercado em linha*".

obterem o consentimento expresso do consumidor para a execução imediata de serviços só se aplica a serviços prestados contra remuneração[36]. Esta alteração é considerada necessária atendendo ao alargamento do âmbito de aplicação da directiva para abranger também os serviços digitais não fornecidos contra pagamento em dinheiro, dado que a obrigação de manifestar um consentimento expresso só é pertinente para o cálculo da contrapartida monetária que o consumidor deve fornecer ao profissional pela utilização dos serviços prestados durante o período de direito de retratação caso o consumidor decida exercer esse direito.

O artigo 8.º da Diretiva 2011/83/UE, que estabelece determinados *requisitos formais aplicáveis aos contratos* à *distância*, é alterado em diversos aspetos. Em primeiro lugar, prevê-se a exclusão do formulário de retratação das obrigações de informações fornecidas por meio de comunicação à distância utilizado para a celebração do contrato que impõe limitações de espaço ou tempo para a prestação das informações, incluindo chamadas telefónicas. Tal é considerado necessário, uma vez que o modelo de formulário de retratação escrito não pode ser fornecido ao consumidor por simples chamada telefónica e pode não ser possível fornecê-lo de forma convivial através dos outros meios de comunicação contemplados no artigo 8.º, n.º 4[37]. Nesses casos, considera-se bastante colocar o modelo de formulário de retratação à disposição do consumidor por outros meios,

[36] Lê-se no n.º 3: *"Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano se inicie durante o prazo de retractação previsto no artigo 9.º, n.º* 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso num suporte duradouro". Veja-se o artigo 15.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 24/2014, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 79/2018. A formulação proposta é a seguinte: *"3. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano se inicie durante o prazo de retratação previsto no artigo 9.º, n.º 2, e o contrato imponha ao consumidor a obrigação de pagar, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso num suporte duradouro"*.

[37] Com a formulação actual: *"Se o contrato for celebrado através de um meio de comunicação à distância em que o espaço ou o período para divulgar a informação são limitados, o profissional faculta, nesse meio específico antes da celebração do referido contrato, pelo menos, as informações pré-contratuais relativas às características principais dos bens ou serviços, à identidade do profissional, ao preço total, ao direito de retractação, ao período de vigência do contrato e, se este for de duração indeterminada, às condições para a sua rescisão, referidas no artigo 6.º, n.º* 1, alíneas a), b), e) h) e o). As restantes informações previstas no artigo 6.º*, n.º* 1, são fornecidas pelo profissional ao consumidor de forma adequada nos termos do n.º 1 do presente artigo".

por exemplo, através do sítio Web do profissional e de o incluir na confirmação do contrato num suporte duradouro. O n.º 8 é alterado da mesma forma que artigo 7.º, n.º 3, acima referido[38].

O artigo 13.º da Diretiva 2011/83/UE[39], que trata das *obrigações do profissional em caso de retratação*, é alterado a fim de suprimir a obrigação de o profissional reembolsar o consumidor antes mesmo de o profissional ter recebido os bens devolvidos. Como podemos ler no Considerando 36, a possibilidade actualmente conferida pelo artigo 13.º da Diretiva 2011/83/UE, segundo o qual o profissional pode reter o reembolso até ter recebido os bens de volta, ou até o consumidor ter apresentado prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro, pode, em certas circunstâncias, exigir efetivamente ao profissional que reembolse o consumidor antes de ter recebido os bens de volta e de ter tido a possibilidade de os inspecionar. Distorce o equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas, prosseguido pela Diretiva 2011/83/UE. Por conseguinte, deve ser suprimida a obrigação de o profissional reembolsar o consumidor com base apenas na prova do envio dos bens[40]. Assim, o profissional terá sempre o direito de adiar o reembolso até que os bens devolvidos tenham chegado e que ele tenha

[38] Com a formulação actual: *"Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano se inicie durante o prazo de retractação previsto no artigo 9.º, n.º* 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso." A nova formulação será: *"8. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano se inicie durante o prazo de retratação previsto no artigo 9.º, n.º 2, e o contrato imponha ao consumidor a obrigação de pagar, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso".*

[39] Prevê-se que o artigo 13.º seja alterado do seguinte modo: o n.º 3 passa a ter a seguinte redação, "*3. Salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens, no que toca aos contratos de compra e venda, o profissional pode reter o reembolso até ter recebido os bens de volta*"; são aditados os dois números seguintes: "*4. No que se refere aos dados pessoais do consumidor, o profissional deve cumprir as obrigações impostas pelo Regulamento (UE) 2016/679*" e "*5. No que se refere aos conteúdos digitais, na medida em que não constituam dados pessoais que tenham sido carregados ou criados pelo consumidor quando utilizou os conteúdos ou serviços digitais prestados pelo profissional, este último deve cumprir as obrigações e pode exercer os direitos previstos na [Diretiva Conteúdos Digitais]*."

[40] O anexo I da Directiva 2011/83/UE "Informações referentes ao exercício do direito de retratação" será também adaptado em função desta alteração.

tido a possibilidade de os inspecionar. São acrescentadas referências ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e à [Diretiva relativa aos conteúdos digitais] no que concerne às obrigações do profissional em relação à utilização dos dados do consumidor após a rescisão do contrato.

O artigo 14.º da Diretiva 2011/83/UE, que trata das *obrigações do consumidor em caso de retratação*, é alterado, suprimindo o direito de os consumidores devolverem os bens quando estes tenham sido utilizados mais do que o necessário para os testar, com a obrigação de pagar a depreciação do seu valor. De acordo com o expresso no Considerando 35, a obrigação de aceitar a devolução desses bens cria dificuldades aos profissionais, que são obrigados a avaliar o "valor depreciado" do bem devolvido e a vendê-las como bens em segunda mão ou a desfazer-se deles. Distorce o equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas, prosseguido pela Diretiva 2011/83/UE. Por conseguinte, deve ser suprimido o direito dos consumidores a devolver os bens em situações deste tipo.

É acrescentada uma disposição semelhante à da Diretiva relativa aos conteúdos digitais no que respeita às obrigações de o consumidor se abster de utilizar os conteúdos ou os serviços digitais após a rescisão do contrato[41]. Por último, o n.º 4, alínea b), que prevê uma sanção contratual em caso de incumprimento, pelo profissional, das obrigações de informação relativas ao conteúdo digital, é alterado por razões de coerência, suprimindo da lista dos outros motivos que originam essa sanção a falta de confirmação de que o consumidor aceitou expressamente e reconheceu a perda do direito de retratação em conformidade

[41] O n.º 2 do artigo 14.º passará a ter a seguinte redação: *"Após a cessação do contrato, o consumidor deve abster-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais e de os colocar à disposição de terceiros"*.

com a exceção prevista no artigo 16.º, alínea m)[42]. Uma vez que o artigo 14.º trata das consequências do direito de retratação, esta condição não é relevante, uma vez que o consentimento e o reconhecimento expressos originam uma perda efetiva do direito de retratação por força do artigo 16.º, alínea m).

O artigo 16.º, que prevê *exceções ao direito de retratação*[43], é alterado em diversos aspetos. Em primeiro lugar, a

[42] O artigo 14.º lê assim: *"1. Salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens, o consumidor devolve os bens ou entrega-os ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que tiver informado o profissional da sua decisão de retractação do contrato, nos termos do artigo 11.o. Considera-se que o prazo é respeitado se o consumidor devolver os bens antes do termo do prazo de 14 dias. O consumidor suporta apenas o custo directo da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar o custo. No caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em que os bens foram entregues ao domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato, o profissional recolhe, a expensas suas, os bens se, pela sua natureza, estes não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio. 2. O consumidor só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens. O consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º1, alínea h). 3. Sempre que exercer o seu direito de retractação após ter apresentado um pedido nos termos do artigo 7.º, n.º 3, ou do artigo 8.º, n.º 8, o consumidor paga ao profissional um montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retractação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato. O montante proporcional a pagar pelo consumidor ao profissional é calculado com base no preço total acordado no contrato. Se o preço total for excessivo, o montante proporcional é calculado com base no valor de mercado do que foi fornecido. 4. O consumidor não suporta quaisquer custos: a) Relativos à execução dos serviços ou ao fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, total ou parcialmente durante o prazo de retractação, se (i) o profissional não tiver prestado informações, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alíneas h) ou j), ou (ii) o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de retractação, nos termos do artigo 7.o, n.º 3 e do artigo 8.º, n.º 8; ou b) Relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se: (i) o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias referido no artigo 9.º*; (*ii) o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retractação ao dar o seu consentimento, ou (iii) o profissional não tiver fornecido a confirmação, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, ou do artigo 8.º, n.º 7. 5. À excepção do previsto no artigo 13.º, n.º 2, e no presente artigo, o consumidor não incorre em qualquer responsabilidade decorrente do exercício do direito de retractação".*
O n.º 4, alínea b), do artigo 14.º é alterado do seguinte modo: (a) A subalínea ii) passa a ter seguinte redação: ii) o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retratação ao dar o seu consentimento; (b) É suprimida a subalínea iii).

[43] Os Estados-Membros não conferem o direito de retractação previsto nos artigos 9.º a 15.º relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial no tocante: a) aos contratos de prestação de serviços, depois de os serviços terem sido integralmente prestados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com o reconhecimento de que os consumidores perdem o direito de retractação quando o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional; b) ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retractação; c) ao fornecimento de bens realizados

alínea a) é alterada para assegurar a coerência com o artigo 7.º, n.º 3, e com o artigo 8.º, n.º 7, no que respeita às obrigações do profissional quando o consumidor pretende uma prestação imediata dos serviços. Em segundo lugar, a alínea m), que prevê uma isenção do direito de retratação no que diz respeito aos conteúdos digitais fornecidos num suporte material se o consumidor tiver dado o seu consentimento prévio para iniciar a execução antes do termo do prazo de retratação e reconhecer que perdeu, assim, o direito de retratação, é alterada para aplicar estas duas condições apenas aos conteúdos fornecidos contra pagamento. Estas alterações asseguram a coerência com o artigo 14.º, n.º 4, alínea b), que prevê uma sanção contratual quando estas exigências não são cumpridas pelo profissional, não tendo, nomeadamente, o consumidor de pagar os conteúdos digitais consumidos. A obrigação de obter o consentimento e o reconhecimento expressos do consumidor só é, por conseguinte, pertinente para os conteúdos digitais fornecidos contra pagamento. Por último, é aditada uma nova alínea n) para exonerar do direito de retratação os bens que o consumidor utilizou mais do que o necessário para os testar. Em consonância com as alterações introduzidas ao direito de livre resolução, o Anexo I, referente ao formulário de informação

segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados; d) ao fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; e) ao fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega; f) ao fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos; g) ao fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional; h) aos contratos para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional que se desloque ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais; i) ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega; j) ao fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com excepção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações; k) aos contratos celebrados em hasta pública; l) ao fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com actividades de lazer se o contrato previr uma data ou período de execução específicos; m) ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retractação. Vide o artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

sobre o direito de livre resolução e ao modelo de formulário de livre resolução[44].

O artigo 24.º da Diretiva 2011/83/UE relativa às sanções é alterado da mesma forma que o artigo 13.º relativo às sanções da Diretiva 2005/29/CE[45].

[44] O anexo I é alterado da forma que se descreve: "(1) O ponto A é alterado do seguinte modo: (a) O terceiro parágrafo do ponto A, sob o título 'Direito de retratação' passa a ter a seguinte redação: A fim de exercer o seu direito de retratação, tem de nos comunicar [2] a sua decisão de retratação do presente contrato por meio de uma declaração inequívoca (por exemplo, carta enviada pelo correio ou por correio eletrónico). Pode utilizar o modelo de formulário de retratação, mas tal não é obrigatório. [3]; (b) O segundo parágrafo sob o título 'Instruções de preenchimento' passa a ter a seguinte redação: '[2.] Inserir aqui o seu nome, endereço geográfico e número de telefone ou endereço de correio eletrónico.'; (c) O quarto parágrafo sob o título 'Instruções de preenchimento' passa a ter a seguinte redação: '[4.] No caso de um contrato de compra e venda em que não se tenha oferecido para recolher os bens em caso de retratação, inserir o seguinte: 'Podemos reter o reembolso até termos recebido os bens de volta.'; (d) No quinto parágrafo sob o título 'Instruções de preenchimento' é suprimido o terceiro subponto. (2) No ponto B, o primeiro travessão passa a ter a seguinte redação:Para [o profissional deve inserir aqui o nome, o endereço geográfico e, eventualmente, o endereço de correio eletrónico do profissional]:".

[45] O artigo 24.º, sobre sanções, passaria a ter a seguinte redação: "*1. Os Estados-Membros devem estabelecer o regime de sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais adotadas em aplicação da presente diretiva e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções assim estabelecidas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas. 2. Os Estados-Membros devem assegurar que, ao decidir sobre a aplicação de uma sanção e ao fixar a respetiva medida, as autoridades administrativas ou os tribunais têm devidamente em conta, sempre que for caso disso, os seguintes critérios: (a) A natureza, gravidade e duração ou os efeitos no tempo da infração cometida; (b) O número de consumidores afetados, incluindo de outro(s) Estado(s)-Membro(s); (c)As medidas eventualmente adotadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores; (d) O caráter eventualmente intencional ou negligente da infração; (e) As eventuais infrações cometidas anteriormente pelo profissional em causa; (f) Os benefícios financeiros colhidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infração cometida; (g) Qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto. 3. Quando a sanção a impor consista numa coima, para apurar o valor da mesma devem ser tidos em conta o volume de negócios anual e os lucros líquidos do profissional que cometeu a infração, assim como as eventuais coimas aplicadas pela mesma infração ou por outras infrações à presente diretiva noutros Estados-Membros. 4. Os Estados-Membros devem garantir que as sanções previstas para as infrações generalizadas e as infrações generalizadas à escala da União, na aceção do Regulamento (UE) 2017/2934, contemplam a possibilidade de aplicar coimas, cujo montante máximo deverá ser de, pelo menos, 4% do volume de negócios anual do profissional no(s) Estado(s)-Membro(s) em causa. 5. Ao decidir da repartição das receitas das coimas, os Estados-Membros devem ter em conta os interesses gerais dos consumidores. 6. Até [data de transposição da presente diretiva], os Estados-Membros devem comunicar à Comissão as respetivas disposições em matéria de sanções, devendo comunicar sem demora qualquer alteração posterior das mesmas*".

IV. *Conclusão*

Feita a análise das recentes alterações legislativas em Portugal, através do Decreto-Lei n.º 78/2018, e daquelas que podemos razoavelmente esperar em virtude do New Deal for Consumers, estamos, pois, em condições de demonstrar que a protecção do consumidor está, de forma crescente, condicionada às exigências do mercado interno, em especial à necessidade de protecção das pequenas e médias empresas, e da concorrência entre as empresas. A diminuição do nível de protecção do consumidor daí resultante suscita, inevitavelmente, o debate sobre a bondade do regime da harmonização total[46], que tem sido a opção da União Europeia no que à política do consumidor diz respeito. Este debate, contudo, não prescinde de uma outra questão mais profunda: aquela de saber se algumas das alterações legislativas propostas são efectivamente necessárias, por responderem a uma necessidade real do mercado (de que é exemplo a exclusão do direito de livre resolução quando o consumidor tenha utilizado indevidamente a coisa).

[46] Vide Weatherill, S. (2013), *European Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, pp. 116 e ss. Em Portugal, sobre o assunto Moreira, T. (2015), "Novos desafios para a contratação à distância – A perspetiva da defesa do consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor* 9, pp. 19-36.

ISBN 978-989-640-218-1

CEJEA
Centro de Estudos Jurídicos
Económicos e Ambientais

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

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/04053/2016».