COORDENAÇÃO:
Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:
Maria Miguel Oliveira da Silva
Carlos Filipe Costa

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB

ANO 3 - 2021

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

NOVA CONSUMER LAB

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

CEDIS CENTRO DE I&D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ANUÁRIO DO

NOVA CONSUMER LAB

ANO 3 - 2021

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

COORDENAÇÃO:
Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:
Maria Miguel Oliveira da Silva
Carlos Filipe Costa

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB

ANO 3 - 2021

YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

NOVA CONSUMER LAB

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

CEDIS CENTRO DE I&D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB
YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

Ano 3 – 2021

COORDENAÇÃO
Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO
Maria Miguel Oliveira da Silva
Carlos Filipe Costa

SUPORTE: ELETRÓNICO

Dezembro, 2021

ISSN 2184-6200

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

Nota de abertura

Em matéria de direito do consumo, 2021 foi um ano marcado por uma profusão legislativa sem paralelo. A Lei de Defesa do Consumidor e o regime das cláusulas contratuais gerais foram tantas vezes alterados em 2021 como o tinham sido nos trinta anos anteriores. Temos um novo regime da compra e venda e do fornecimento de conteúdos e serviços digitais e alterações bastante relevantes nos principais diplomas que regulam as relações de consumo.

Depois de o ano de 2020 se ter revelado absolutamente determinante no destino do NOVA Consumer Lab, com a eclosão de múltiplas atividades que viriam a marcar profunda e positivamente o centro, 2021 foi um ano de confirmações, um ano de reforço e de afirmação da unidade de investigação.

À nossa já vasta equipa juntaram-se mais investigadores, diversos e dinâmicos, e contamos agora 39, um número sólido que assegura o cada vez mais crescente interesse pela investigação em direito do consumo.

Abrimos também as portas à comunidade, organizando o nosso primeiro grande evento internacional, a Consumer Conference '21, subordinada aos temas da sustentabilidade e do consumo, revelando a nossa permanente atenção aos temas da atualidade em Portugal, na Europa e no Mundo.

Estreámos um novo site (https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt) e iniciámos uma newsletter mensal, tendo em vista a melhoria contínua da nossa comunicação com a comunidade jurídica e não jurídica.

Prosseguimos com uma ampla atividade ao nível da produção de artigos para o NOVA Consumer Blog (tendo sido publicados, em 2021, 130 textos) e mantivemos a criação de conteúdo permanente no NOVA Consumer Podcast (que conta já com três temporadas, uma delas dedicada especificamente ao tema da sustentabilidade).

Foram ainda publicados 6 artigos com indicação de filiação ao centro. Participámos também de forma muito ativa no n.º 222 da Revista Vida Judiciária (setembro/outubro 2021).

Findamos este ano com a publicação do presente Anuário, subdividindo-o em três partes: a primeira, dedicada aos artigos redigidos em língua inglesa; a segunda, dedicada aos artigos redigidos em língua portuguesa; e, por fim, a terceira, dedicada às teses de mestrado redigidas neste domínio.

2021, tendo sido um ano muito importante para o NOVA Consumer Lab, foi também um ano de imensas perdas para a nossa comunidade. Deixou-nos o Professor Carlos Ferreira de Almeida, um dos fundadores da NOVA School of Law e uma figura basilar na criação da UMAC, hoje NOVA Consumer Lab. Deixou-nos também a Dra. Maria Cristina Portugal, que teve a ideia que levou à criação da UMAC e que, desde então, nos vinha acompanhando muito de perto. 2021 foi, por isso, também um ano difícil, mas que nos motivará, em memória de ambos, a prosseguir em 2022.

Lisboa, 31 de dezembro de 2021

Jorge Morais Carvalho
Maria Miguel Oliveira da Silva
Carlos Filipe Costa

Índice

I – ARTICLES IN ENGLISH

ONLINE MARKETPLACES AND INFORMATION DUTIES:
THE LIABILITY GAP OF THE NEW ARTICLE 6A (D) OF THE
CONSUMERS RIGHTS DIRECTIVE
Adriana Alves Henriques 11

THE DUTCH VERSUS THE EU: THE CONSUMER-INDUCED
LEGAL SHIFTS OF SUSTAINABLE AND RESOURCE-ORIENTED
INITIATIVES IN THE NETHERLANDS
Tom Hartmann 39

II – ARTIGOS EM PORTUGUÊS

CONTRATO-PROMESSA, CONFORMIDADE E FALTA
DE CONFORMIDADE
Nuno Manuel Pinto Oliveira 59

A RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE MERCADOS
EM LINHA NA VENDA DE BENS, CONTEÚDOS E SERVIÇOS DIGITAIS
– O CONCEITO DE "INFLUÊNCIA DECISIVA"
Sara Fernandes Garcia 85

A EROSÃO DA PROPRIEDADE E O DIREITO AO CONSERTO
NO BRASIL
Laís Bergstein 109

O DECRETO-LEI N.º 446/85, DE 25 DE OUTUBRO:
ANÁLISE CRÍTICA E EMPÍRICA
Ana Francisca Pinto Dias e Carlos Filipe Costa 123

AS CONTAS DE SERVIÇOS MÍNIMOS BANCÁRIOS
Cláudia M. Alves 195

III – TESES DE MESTRADO

PERSONALISED PRICES: STRIVING FOR TRANSPARENCY FROM
A DATA PROTECTION AND EUROPEAN CONSUMER
LAW PERSPECTIVE
Elisa Schenfel de Arruda 237

E-CONTRACTS B2C: O CONFRONTO ENTRE AS REGRAS
DE TRANSFERÊNCIA DO RISCO E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.
UMA ANÁLISE À LUZ DA COMPRA E VENDA CELEBRADA
ATRAVÉS DA INTERNET
João Pinto Monjardino 337

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DIGITAIS:
ANÁLISE DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM DADOS PESSOAIS
COMO CONTRAPRESTAÇÃO
Matilde Lopes de Mendonça Ortins de Bettencourt 387

I

Articles in English

Online Marketplaces and Information Duties: The Liability Gap of the New Article 6a (d) of the Consumers Rights Directive

Adriana Alves Henriques*

1. Introduction

Over the last few years, online marketplaces have become the main consumer marketplaces[1]. This tendency was further accentuated by the COVID-19 pandemic where consumers, who were unable to shop in physical places, started to do so in these online spaces, increasing consumer transactions exponentially. From the consumers' perspective, this became very beneficial, since they could access goods and services worldwide, at anytime and anywhere, making their lives much easier and creating opportunities for them to join and enjoy the digital revolution[2].

However, this is not entirely a "bed of roses" for consumers. Online marketplaces also raise some concerns and new challenges regarding their protection. When shopping on those platforms, consumers increasingly

---

* Law Degree from the University of Lisbon, Faculty of Law. She has finished the first curricular stage of the Master Degree in Law with a specialisation in Law and Technology, at the NOVA School of Law in 2021, and is currently preparing the final thesis. Trainee lawyer at pbbr Sociedade de Advogados, SP, RL.

[1] Mateja Durović, 'Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law' (2020) 68 2 Annals of the Faculty of Law in Belgrade 66.

[2] Christian Twigg-Flesner, 'Disruptive Technology – Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law' in A. De Franceschi (eds.) *European Contract Law and the Digital Single Market* (Intersentia, 2016) 7, available in: https://ssrn.com/abstract=3039952; Gabriela Hiwatashi dos Santos, 'A "New Deal for Consumers"? The European Regulatory Framework for Online Search Queries and Rankings under the Omnibus Directive (Directive (EU) 2019/2161)' (2020) 2 Yearbook Nova Consumer Lab 65 <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2021/01/Anuario-NOVA-Consumer-Lab-2020.pdf> accessed 1 April 2021;

rely on the online marketplace for the decision-making process, which can be problematic given the clear and inherent asymmetry of information that exists between the platform provider[3] and the consumers. Many online marketplaces do not properly inform the consumer about the overall functioning and role of the platform, about whom the consumer is contracting with, and hence about the nature of the transaction. As a result, users often believe that the contract is being concluded with the online marketplace itself.

To correct this information asymmetry and since it is the online marketplace that has the main information and usually stipulates the terms of contracts, specific information duties have been imposed on online marketplaces. This was a measure introduced by Article 4(5) of the Directive (EU) 2019/2161[4] (Omnibus Directive), which is part of the "New Deal for Consumers". Yet, while the questions on whether and to what extent online marketplaces must perform information duties have been addressed, the question of whether a breach of such duties may lead to liability, and if so, on what terms, remains.

Having this in mind, in this article we will address the liability of online marketplaces for failing to inform about how the obligations are shared between the supplier and the platform provider, as this is one of the information duties that was imposed. To do so we will start by understanding online marketplaces and by presenting a general overview of their liability regime. Thereafter, we will move on to a brief contextualization of the Omnibus Directive, where we will analyze all the new information duties that have been imposed, with the focus on the one that truly matters to us. Finally, and above all, we will address the liability for the lack of that specific information, where we will make our considerations about whether it should be an issue to be legislated at the European level and if so, what solutions may exist.

---

[3] Please notice that for the purposes of the present analysis online marketplace and platform provider have the same meaning.

[4] Council Directive (EU) 2019/2161 of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [2019] OJ L 328.

2. Consumer Marketplaces in the Digital Age: Online Marketplaces

Online marketplaces – also known as 'transaction platforms' or 'match-makers' – can be defined as online platforms[5] that enable users, whether a business or not, to offer, advertise and communicate on the sale of their products and services under their name, risk, and liability, directly to other users (consumers or not)[6]. In this sense, any website, section of the website, or application may be considered an online marketplace as long as it allows the conclusion of contracts through the platform or at least facilitates the discovery of business partners (even if the contract is concluded outside the platform)[7]. Clear examples of online marketplaces are eBay, Alibaba, Etsy, and Amazon Marketplace.

In general, online marketplaces can be described as intermediaries between the supplier of goods or services and the buyer, even though their intervention may vary depending on the platform model. Thus, in addition to bringing together business partners, online marketplaces can play a more active role by stipulating a standard set of contractual terms and by providing support services such as forums for interaction, shipping services, and secure payment methods[8].

Since it has one more intervening party – the platform provider – a transaction carried out on online marketplaces does not have the traditional bipolar structure between supplier and customer. Instead, it has a triangular structure that is based on three contractual relationships: (i) between the

---

[5] In turn, an online platform can be defined as a virtual space that provides a meeting between users of different groups that is value-generating for both, since without the platform, the interactions and transactions between users would not be possible or at least would not take place so efficiently. D. S. Evans, 'Background Note' (2009) Two-sided Markets – Policy Roundtables OECD Competition Committee 23.

[6] Ecommerce Europe, 'Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector' (2016) Brussels-Belgium 4-5, available in: https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf

[7] Joana Campos Carvalho, 'Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europ' (2020) 1 Cuadernos de Derecho Transnacional 865, available in: www.uc3m.es/cdt.

[8] Twigg-Flesner, 'Disruptive Technology – Disrupted Law' (n 2) 4; Damjan Možina, "Retail business, platform services and information duties" (2016) 5(1) EuCML 25.

platform provider and the supplier; (ii) between the platform provider and the customer – often based on registration or the simple acceptance of the terms and conditions; (iii) and between the supplier and the customer. Depending on the parties of the relationship, it is possible to distinguish different types of transactions, whether it is business-to-business (B2B), business-to-consumer (B2C) or consumer-to-consumer (C2C). This typology is particularly relevant because it leads us to apply different legislation, as we will see further on.

Although these relationships are regulated contractually, some difficulties arise in cases where the platform takes a more active role in the transactions. An example of such difficulty can be noted regarding the allocation of liabilities between the supplier of goods and services and the platform provider. Despite the fact that this issue is covered by their contract, it does not always guarantee the right balance between all parties involved, and in this sense, it may be necessary to consider a legal allocation appropriate to the performance of each party in the transaction[9]. In the following chapter, we will address, in a general manner, the liability regime applied to online marketplaces.

3. Online Marketplaces Liability in the EU Framework: General Overview

Overall, the liability regime for online platforms is extremely complex and fragmented. It is composed of a core regime set out in the Ecommerce Directive (which harmonizes the negative conditions for liability of online platforms)[10], a few sectoral forms of primary liability (deriving from EU and national laws), guidelines and indications (soft law) on the duties and liabilities of platforms[11], and also self-regulatory

---

[9] Ibid 7.

[10] Section 4 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [2000] *OJ L 178*.

[11] For instance, Commission, 'Tackling Illegal Content Online Towards an enhanced responsibility of online platforms' (Communication) COM (2017) 555 final; European Law Institute, 'Model Rules on Online Platforms' ELI (2019).

measures for specific types of activities or against specific types of infringements[12].

Depending on the type of infringement, we can distinguish several sources of liability, some more related to the activities performed or the content uploaded by its users, specifically when the content or product is illegal/harmful – e.g., online piracy, intellectual property infringements, or terrorist content; others related to obligations contractually assumed towards its users; and those that are related to privacy and data protection issues. For the purposes of this study, we will address the liability of online marketplaces in light of contracts concluded when using these platforms, particularly the contract regarding the intermediation of services and the contract regarding the supply of goods or services.

3.1. Liability regarding the Provision of Intermediation Services

As previously stated, online marketplaces usually establish two contractual relationships with their users: one with the supplier of goods or services and the other with the users-buyers of those same goods or services. Both are regulated in the platforms' terms of services, which in turn are shaped, on the one hand, by the contractual agreement and, on the other, by the regulatory framework applicable to the contract and their operations[13].

In this sense, in order to determine the applicable regulatory framework, we must divide the situations where the user is a consumer from those where the user is a business. Regarding the former, when online marketplaces offer their intermediation services, they are acting as professionals[14],therefore, since there is a consumer on the other side, these platform providers are normally subject to the requirements of consumer law[15]. In this context, the Commission has already stated that even though "the EU directives

---

[12] Panel for the Future of Science and Technology, *Liability of Online Platforms* (STUDY, EPRS, February 2021) Scientific Foresight Unit (STOA) PE 656.318 27.

[13] Ibid 63.

[14] Ibid 64.

[15] About all the elements that must be present in a consumer relationship (objective, subjective, teleological and relational) – Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo* (Almedina, Coimbra, 2005) 29.

that deal with consumer contracts and market regulation have not been created with a specific platform structure in mind (...) [they] apply to certain aspects of relations between platforms and their users"[16].

Online marketplaces will be then subject to requirements of Directive 2005/29/EC, concerning unfair B2C commercial practices in the internal market (UCPD)[17],Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (UCTD)[18], Directive 2011/83/EU on consumer rights (CRD)[19] and Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services[20].

Under the UCPD, some transparency and due diligence requirements are foreseen in Article 5(2) to Article 7 UCPD, as well as some unfair commercial practices are prohibited (Chapter 5 UCPD), situations which, if not respected, may lead to the application of sanctions to online marketplaces[21]. The UCTD prohibits the use of terms considered to be unfair and provides for the possibility of liability on the basis of such use[22]. Moreover, the CRD establishes rules on pre-contractual information and regulates the right of withdrawal. The liability for non-compliance with these rules is left to Member States (Article 23), except for the duty of information on the right of withdrawal, whose consequence is the extension of the period of withdrawal (Article 9 and Article 10 CRD). Finally, under Directive (EU) 2019/770, online marketplaces may be liable for lack of conformity,

---

[16] Aneta Wiewiórowska-Domagalska, 'Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?' (2017) Policy Department A: Economy and Scientific Policy 3.

[17] Council Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market [2005] OJ L 149. In the case of this directive, the Commission clarified in the UCPD implementation/application guidelines that the platform provider can be considered a "seller". Commission, 'Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices' (Staff Working Document) COM (2016) 163 final 110.

[18] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts [93] OJ L 95 29 34.

[19] Council Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights [2011] *OJ L 304 260-284.*

[20] Council Directive 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services [2019] *OJ L 136.*

[21] These sanctions in turn are determined and applied by Member States, according to Article 13 UCPC.

[22] However, once again, questions of liability are left to national law – Article 7 UTCD.

according to Article 11. In accordance to this Directive, the service provided by the platform, whether through an application or a website, must meet certain requirements. These are divided into subjective and objective and are set out in Articles 7 and 8, respectively. The subjective requirements refer to directly negotiated conditions written in the contract/terms of services, and include, among others, the correspondence between the digital service and the description provided, having all the features listed in the contract (in terms of functionality, compatibility, etc.) and being suitable for the purpose of which the contract was concluded. The objective requirements are related to the conditions implicit in the conclusion of the contract, explicitly whether it serves or not the purposes for which service of the same type would normally be used and if it possesses the qualities and operating features that a consumer can reasonably expect. If these requirements are not fulfilled, the platform provider shall bring the service into conformity, reduce the price (where applicable), or in the limit, accept the termination of the contract (if that is the will of the consumer and the conditions are verified)[23]. Even if the online marketplace tries to waive the application of these consumer law rules in its terms of services, it cannot do so as they are mandatory under the EU legislation[24].

If we are dealing with a business user, the online marketplace will be subject to the requirements of EU Regulation 2019/1150[25] (B2B Regulation), which essentially aims to ensure that these users are treated fairly and transparently by online platforms – online intermediation services and online search engines – and therefore have effective redress tools when problems arise[26]. Under this Regulation, the online marketplace must ensure that its terms of services are in accordance with some specific requirements (Article 3), including the ones regarding transparency in search results and rankings (Article 5), differentiated treatment (Article 7), and an internal system for handling the complaints of business users

[23] Article 14 Directive (EU) 2019/770.

[24] In this case by virtue of the Rome I Regulation: Council Regulation (EC) 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations [2008] *OJ L 177.*

[25] Council Regulation (EU) 2019/1150 of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services [2019] *OJ L 186.*

[26] Panel for the Future of Science and Technology, *Liability of Online Platforms* (n12) 66.

(Article 11). The enforcement of such requirements and inherent liability issues are left to the Member States (Article 15 and Recital 46).

As we can see so far, even though online marketplaces are subject to several requirements, their liability regime and consequences are almost always left to the Member States.

3.2. Liability regarding the Provision of the Service or Good

With regard to the contract for the supply of goods and services, the online marketplace is not considered to be a contractual party, so in principle, there is no ground for liability. This contract will be governed by EU consumer law when the supplier is a trader and the buyer a consumer, otherwise, it is governed by the online marketplace's terms of services and by general EU contract law.

The fact that the supplier is not always a trader can be problematic, as most contracts concluded on online marketplaces appear to be with real traders due to the professional environment of the platform. In turn, this may lead consumers to believe that the transaction is within the scope of consumer law when it is not[27].However, if in such an environment the online marketplace becomes directly involved in the transaction by acting as a contractual party (for instance, as a reseller), such transactions might be addressed by consumer law[28],and in turn, the online marketplace will be subject to the same requirements that we mentioned regarding the intermediation contract.

In particular, Directive (EU) 2019/771[29] and Directive (EU) 2019/770 explicitly state, in their recitals, that the platform provider may be considered as "sellers" or "traders" "if they act on purposes relating to their own business and as the direct contractual partner of the consumer aimed at the sale of goods" or "for the supply of digital content or a digital service"

---

[27] Christoph Busch, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska and Fryderyk Zoll, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?" [2016] EuCML 3, available in: https://ssrn.com/abstract=2754100.

[28] Case C-149/15 *Sabrina Wathelet v Garage Bietheres & Fils SPRL* [2016] 840.

[29] Council Directive 2019/771 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and *Directive* 2009/22/*EC*, and repealing *Directive* 1999/44/*EC [2019] OJ L 136.*

– Recitals 23 and 18 respectively. Therefore, in such circumstances, the online marketplace may be liable for any lack of conformity that exists at the time when the goods were delivered (in cases of contracts for the sale of goods) – Article 10 Directive (EU) 2019/771 – or for any failure to supply or lack of conformity of the digital content or digital service (in case of contracts for the supply of digital content and digital services) – Article 11 Directive (EU) 2019/770. Both conformity assessments require the verification of subjective[30] and objective requirements[31], which have already been developed supra.

This type of liability can be either a joint liability – with the trader/supplier – or a singular liability, depending on whether the trader/supplier is a professional or not, and whether these legal regimes also apply to him or not[32]. If the platform provider does not act as a contractual party, it may still be liable if the Member State has extended the directives to online marketplaces that do not meet the requirements, and thus holding them liable for lack of conformity – Recitals 18 and 23 *in fine*.

In addition to these legislative instruments, there are soft law initiatives that seek to identify and fill some gaps and uncertainties in the law as regards online marketplaces. The ELI Model Rules on Online Platforms (hereinafter Model Rules)[33] is worth mentioning because it addresses the information duties that online marketplaces should have to ensure adequate protection of users (Article 13 to Article 16), and the remedies that users should be entitled to in the case of breach of those duties (Chapter V). According to the Model Rules, the platform provider must inform their users that it is acting only as an intermediary and therefor it is not part of the contract; give relevant information on the contract that the user concludes with the supplier (e.g., whether is a trader or not and its identity); and be transparent about the terms of the contract and the

---

[30] Article 6 Directive (EU) 2019/770 and Article 7 Directive (EU) 2019/771

[31] Article 7 Directive (EU) 2019/770 and Article 8 Directive (EU) 2019/771

[32] Jorge Morais Carvalho, 'Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771' (2019) 8(5) EuCML 196.

[33] European Law Institute, 'Model Rules on Online Platforms' ELI (2019). These rules are based on the Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms by the Research Group on the Law of Digital Services, that may be found in Christoph Busch, Aneta Wiewiórowska, Fryderyk Zoll, "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms" (2016) 4 EuCML 164-169.

features of the service that it is providing. If the platform provider fails to comply with the requirements, it is liable, and the customer might exercise the same rights and remedies that he or she has against the supplier under the supplier-customer contract – Article 19. Moreover, in case of non-performance of the supplier, the platform provider can be jointly liable if it has a predominant influence over the supplier- Article 20. Lastly, the online platform may be also liable for damages caused to customers or suppliers under the terms of Article 24.

Even though this set of Model Rules has no legislative nature it has contributed a lot to the ongoing debate. Transparency requirements for online platforms have always been issues raised[34],but only in 2019 were they tackled by the EU legislator.

4. The Omnibus Directive and its Key Amendments to Improve Transparency of Online Platforms

Aware of the problems raised by online platforms, the EU presented in 2018 the "New Deal for Consumers" a bundle of directives that aims to strengthen the enforcement of EU consumer law and modernize the rules of this branch of law, taking into consideration market developments[35]. This initiative encompassed a general communication and two legislative proposals[36], which are now in force: the already mentioned Omnibus Directive [Directive (EU) 2019/2161] and the Directive (EU) 2020/1828 on Representative Actions[37].

The Omnibus Directive introduced a set of important rules to deal with the increasing use of intermediary platforms, handling general improvements to the substance of EU consumer law and rules on sanctions for infringements of it as well. It amends four important European directives

---

[34] Možina (n 8) 27.

[35] Commission, 'A New Deal for Consumers' (Communication) COM (2018) final 3-4.

[36] All the proposals emerged from the well-known REFIT (Fitness Check) exercise, a report by the Commission that can be consulted in: Commission, 'Fitness Check' (Report) COM (2017) 209 final 85.

[37] Council Directive 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC [2020] *OJ L 409.*

in the field of consumer law: UTCD, UCPD, Directive (EU) 98/6/EC on product prices[38], and CRD. Even though there are important changes in all, the focus will be on amendments regarding the transparency of online platforms, specifically those made in the UCPD and CRD.

In relation to the UCPD, paragraph 11-A is added to the Annex that contains the blacklist of commercial practices (Annex I). Under this paragraph, the act of "Providing search results in response to a consumer's online search query without clearly disclosing any paid advertisement or payment specifically for achieving a higher ranking of products within the search results" is now considered as an unfair commercial practice[39]. Which is a very welcoming development to ensure transparency in consumers' search queries[40].

Regarding the CRD, information duties were imposed on online marketplaces[41]. The implementation of these duties is a classic measure that arises on behalf of consumer protection, and it is based on the assumption that a trader will always be better informed than a consumer[42] and therefore he or she must be protected as a weaker party[43].

---

[38] Council Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers [98] OJ L 80.

[39] Article 3 7 (a) of the Omnibus Directive, new 11-A of Anex I UCPD.

[40] However, the fact that this paragraph 11-A is limited to the direct payment factor has raised some criticism. In this sense, the author Thalia Merdi suggests to include the possible commercial link between the platform operator and the trader of the good or service. Thalia Prastitou Merdi, 'The 2018 New Deal on Better Enforcement and Modernisation of EU Consumer Law: An Actually Good Digital Deal?' in Synodinou TE., Jougleux P., Markou C., Prastitou T. (eds) *EU Internet Law in the Digital Era* (Springer, Cham., 2020) 358.

[41] Regarding the concept of online marketplaces, the directive also adds a paragraph to Article 2 of the CRD defining them as "a service using software, including a website, part of a website or an application, operated by or on behalf of a trader which allows consumers to conclude distance contracts with other traders or consumers". However, this definition has been object of some criticism, see e.g. ibid 359.

[42] Thomas Wilhelmsson, Christian Twigg-Flesner, "Pre-contractual information duties in the *acquis Communautaire*" (2006) 4 ERCL 452. Yet the authors warn that this premise does not always prove to be true and that therefore there must be limits to the regulation of information duties.

[43] Under the CJEU's settled case law, the consumer is always considered as the weaker party regarding 'both his bargaining power and his level of knowledge' – Case-280/13 *Barclays Bank* [2014] 279 32 and Case-415/11 *Aziz* [2013] 164 44.

From the perspective of online platforms, in particular online marketplaces, due diligence standards and information requirements have never been clear[44]. From the consumers' perspective, it is often uncertain whether the online marketplace is part of the contract or not, whether they are contracting with a trader or a consumer, or even whether the criteria used in the ranking presented to them is impartial or not[45]. In light of this, the European legislator decided to take a step towards protecting consumers acting in this context and inserted a new provision – Article 6a.

As mentioned, it introduces specific information requirements for contracts concluded in those platforms and further allows the Member States to establish additional ones – Article 6a (2). According to the same, online marketplaces have now the duty to inform the consumer about: "(a) (...) the main parameters determining the ranking of offers presented to the consumer as a result of his search query (...); (b) whether the third party offering the goods, services or digital content is a trader or not, on the basis of the declaration of that third party to the online marketplace; (c) (...) whether consumer rights stemming from Union consumer legislation apply or not to the contract concluded; (d) where applicable, how the obligations related to the contract are shared between that trader and the platform provider..."[46]. In addition, Recital 27 states that this information "should be provided in a clear and comprehensible manner and not merely in the standard terms and conditions or similar contractual documents"[47]. In the next chapter, we will analyze in detail all these information requirements.

5. The New Article 6a: A (Small) Step in Consumer Rights

In general, this legislative initiative was quite positive in the sense that it solved some relevant issues raised by online marketplaces. However, this

---

[44] Christoph Schmon, Patrycja Gautier, 'Proposal for a better enforcement and modernisation of EU consumer Protection rules – «Omnibus Directive»' (2018) BEUC 4; and Commission, 'Staff Working Document Impact Assessment' COM (2018) 96 final PART 1/3 25-26.

[45] Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson "Pre-contractual information duties and the right of withdrawal" in Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson (eds), *Rethinking EU consumer law* (Routledge, 1st edition, 2019) 96.

[46] Article 4(5) of Omnibus Directive; new Article 6a CRD (emphasis added).

[47] Recital 27 of Omnibus Directive.

amendment fell short when it came to reaching its full potential as it left some aspects unsolved.

5.1. Rankings Information as an Expected and Non-Innovative Measure

The requirement of paragraph (a) does not seem to raise any major issues. It implements a transparency rule similar to what has already been done in other legislative instruments[48]. According to it, it is necessary to inform the user about the reason why certain offers appear first than others, but it is not required that the information be personalized (for each search query) or that the online marketplace discloses its algorithms[49]. In this regard, two aspects must be explained. Firstly, we do not consider it necessary for the online marketplace to disclose its algorithms, or other detailed information regarding this, for the sake of transparency. Unlike some opinions[50], we can argue that a description explaining the default main parameters used by the trader and their relative importance is enough to keep the consumer informed in the decision-making process. Especially since most consumers would not have the technical knowledge to understand the language, complexity, and operation of the algorithm. Secondly, even though it is not highly problematic, we recognize that the term "main parameters" is vague and that a list of examples could have been created in order to specify this concept[51].

5.2. Paragraphs (b) and (c) – A Misused Opportunity

Given the close connection between the two requirements, we believe that it would have made sense, on a systematic basis, to integrate them in the same paragraph[52]. For that reason, we chose to analyze them simultaneously. Together, paragraphs (b) and (c), require the online marketplace to provide

---

[48] Namely, Article 5 of the B2B Regulation.

[49] Recital 22 and 23 of Omnibus Directive.

[50] Guillermo Beltrà, 'Ensuring consumer protection in the platform economy' (2018) BEUC 5.

[51] In the same sense: Merdi (n 39) 360.

[52] Thalia Merdi argues the same based on the wording of Article 6a(d) – Ibid 361.

information about the nature of the supplier – if it is a trader – and therefore if consumer law will apply to that transaction. These are two very positive requirements, given the previously mentioned difficulties of consumers, in the online marketplace environment, in identifying the counterparty of their contract and the legal regime that would apply to it. On one hand, we are pleased that these issues have been addressed, on the other we think that it would have been possible to do better.

Setting the duty to inform about the nature of the supplier seems insufficient when we ask ourselves: "well, but what are the criteria to determine whether the supplier is a trader or just a private individual?" – There is none. The platform provider informs whether the supplier is a trader or not only based on the supplier's own declaration that he or she is indeed a trader. This can be problematic for two reasons: first, it does not take into account the situations, already identified by several authors, in which a supplier starts as a private supplier, but its activities intensify and it subsequently reaches a level more suitable to be considered a trader[53]; and second, the supplier's declaration may not correspond to reality, not only because the supplier may purposely issue a false declaration, but also because he or she may not be sure whether they are still considered a private supplier or a trader.

On the concept of trader, the EU Court of Justice has already ruled that this classification requires a case-by-case approach[54]. Without prejudice, in that same decision, it sets out several possible indicators[55], inter alia, whether the sale on the online platform was made in an organized manner, whether that sale was intended to generate a profit, whether the seller had technical information and expertise concerning the products he offered for sale, or to what extent the online sale was linked to the seller's commercial or professional activity. Although the indicators were neither exhaustive nor exclusive[56], they could have been used as a basis for creating criteria to help traders classify themselves.

---

[53] On the topic of 'hobbyists' becoming traders: Twigg-Flesner, 'Disruptive Technology – Disrupted Law?' (n 2) 7. Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers' (2018) 15 (4) ERPL 12.

[54] Case C-105/17 *Evelina Kamenova vs Varrna* [2018] 808.

[55] Ibid [37]-[38]

[56] Ibid [39]

Additionally, it is important to emphasize that there is no duty for the marketplace to control the veracity of the legal status of suppliers[57], which in turn has been a weakness pointed out by some to this rule[58]. However, we believe that at the current stage, this duty should not even exist, as it would be extremely disproportionate to require the platform provider to verify the nature of each supplier when there aren't any criteria to define the borderline between trader and non-trader[59]. Yet, a notice mechanism could have been established, similar to the one introduced in the Digital Services Act regarding the removal of illegal content and services[60]. If the online marketplace is notified by a third party that the supplier acts as a trader, the platform provider should, in those circumstances, check the veracity and if applicable, relabel the supplier correctly[61]. This way the consumer would be protected, and it would not be such a heavy burden for the online marketplace. To complement this mechanism, and to be fair to both parties, a system for suppliers to contest these notices should be provided.

---

[57] Recital 28 of Omnibus Directive.

[58] Caroline Cauffman, "New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships", (2019) Maastricht Journal of European and Comparative Law 26(4) 476.

[59] In a slightly different sense, HOTREC considers that an ex-ante control would be disproportionate but imposing an ex-post control on the detection of "abnormal" trading activities would be acceptable. They propose that trader quality should also be based on the online marketplace's knowledge of the supplier's activity. HOTREC, 'HOTREC position on better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules: a good basis that must be supported and improved' (2018) 167 2-3. Along with this opinion: Verbraucherzentrale Bundesverband E.V., "A New Deal for Consumers – Effective Enforcement of Consumer Rights" (2018) Federation of German Consumer Organisations 19.

[60] Article 14 and Article 19 – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM (2020) 825. More information available at: Jorge Morais Carvalho, Martim Farinha, 'Digital Services Act and Digital Markets Act – New European rules for digital services and digital markets' (*Nova Consumer Lab,* 17 December 2020) <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/digital-services-act-e-digital-markets-act-novas-regras-europeias-para-os-servicos--digitais-e-para-os-mercados-digitais/> accessed 6 April 2021

[61] In the same sense, the author Marcos Loos argues that the online marketplace's investigation into the correctness of complaints is required by social diligence. Marco B.M. Loos, 'The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All' (2020) 2 European Review of Private Law 418.

Nonetheless, it is to note that if in the future a trader identification criterion is created, it might be possible (and easy) for the online marketplace to monitor using, for instance, a data-driven verification system. Thus, the platform provider would only have to input the relevant factors into the system – e.g., the volume of transactions, the variety of products or services offered, or the regularity with which the supplier offers them[62] – and the system would then proceed to do an automatic verification[63]. At this juncture, with clear criteria defined, it might make sense to subject the online marketplace to this duty of checking.

More important than the issue of monitoring, are the consequences that may (or should) arise. The directive addresses neither the liability of the supplier for declaring a false/incorrect status nor the liability of the marketplace if it states something to the consumer contrary to what the supplier has declared. Regarding the first situation, some raise the possibility that the contract will no longer be binding to the consumer and that the latter would be entitled to compensation[64]. Others consider that the online marketplace would be subject to the general sanctions under the CRD, and both the online marketplace and the supplier, failing to properly disclose that the supplier is a trader, would be liable for misleading action relating to consumer rights[65] – Article 6(1)(g) UCPD. Concerning the second situation, the discussion is raised towards whether the platform provider is the only responsible, and therefore should be obliged to pay compensation, or whether it should also be admitted that the consumer may invoke the information provided by the platform against the supplier[66].

---

[62] Christoph Busch, "Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy" in Marta Cantero Gamito & Hans-Wolfgang Micklitz (eds.) The Role of the EU in Transnational Legal Ordering*: Standards, Contracts and Codes,* (Edward Elgar, 2019) 7

[63] As an example, there is a short-term rental online platform – Wimdu – that uses a categorization system for tax purposes. According to it, if the user-host meets one of the 4 defined criteria it is considered commercial. Buschn (n 57) 9-10.

[64] Merdi (n 39) 361.

[65] Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers' (n 52) 12.

[66] Bundesverband (n 55) 18.

5.3. The Enigmatic Paragraph (d)

As described by some, paragraph (d) may be "puzzling"[67]. It took indeed several readings for us to finally understand what information is and what is its purpose. Where it says "where applicable" should be read "when the contract is concluded with a trader" and in this sense, the purpose of this requirement is for the platform provider to clarify to the consumer which obligations (arising from the Consumer Rights) are assumed by whom – trader or platform provider. This may raise questions such as: does this mean that the online marketplace can be responsible for ensuring the enforcement of consumer rights relating to the contract concluded for the supply of goods and services? Can it be held liable for not providing such information? We leave our considerations to the subsequent chapter.

6. The Good and Darker Side of the New Article 6 (1) (d)

6.1. The Good Side: A Win-Win Situation

An online marketplace, even if its role is limited to facilitating the conclusion of a contract between the supplier and the consumer, may still have to comply with several duties and obligations[68]. In this sense, paragraph (d) states that the consumer must be informed whether the supplier is solely responsible for ensuring the consumer's rights or whether the online marketplace also assumes some of that responsibility. In the latter case, the consumer must also be informed of the obligations that are in the hands of the online marketplace and those that are in the hands of the supplier. For example, for delivery, who is liable? Or in regard to returns under the right of withdrawal, who handles them?[69]. Naturally, such information will constantly depend on the contractual arrangements between the platform provider and the supplier[70].

---

[67] Merdi (n 39) 361.

[68] Busch, Schulte-Nölke, Wiewiórowska-Domagalska and Zoll (n 26) 6.

[69] Věra Jourová, 'The New Deal for Consumers – What benefits will I get as a consumer?' (2019) European Commission Factsheet 1.

[70] Recital 27 of Omnibus Directive.

Providing this information will make two important aspects clearer for the consumer, right from the outset: first, the true role of the online marketplace as an intermediary (from the consumer's perspective, the online marketplace will no longer appear to be the only party to the contract); and second, it will also become clearer to whom and where should they turn in case of problems. Moreover, this consumer knowledge may have the effect of compelling platform providers and suppliers to improve their performance[71].

For the online marketplace, it will reduce the likelihood of being held liable for the supplier's non-performance, because the consumer is not only informed – by virtue of paragraph (b) – that a third party is the actual supplier but is also informed of the obligations of the online marketplace, thus removing any possibility of confusion. Therefore, in cases like *Wathelet*[72], the online marketplace will not be liable.

6.2. The Darker Side: A Liability Gap

Article 6a(d) contains a darker side that encloses many unsolved issues, from which the following question arises: what if the online marketplace fails to inform the consumer in accordance with the new Article 6a(d), can it be held liable for this? This is an issue that has not been addressed by the Omnibus Directive, which in turn has given rise to lots of criticism[73].

As demonstrated, in general, EU consumer law instruments containing transparency and information requirements do not provide liability rules for those who fail to comply, leaving it up to the Member States to define the consequences[74]. As a result, this option contributes to the fragmentation in consumer law enforcement, which we believe to be undesirable.

---

[71] Ana Teresa Moreira Ferreira da Mota, "A proteção do consumidor em face do fenómeno do consumo de colaboração" (Masters thesis, University of Porto 2017) 31.

[72] Case C-149/15 *Sabrina Wathelet v Garage Bietheres & Fils SPRL* [2016] 840.

[73] Merdi (n 39) 360-361; Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers' (n 52) 12; Schmon, Gautier (n 43) 5; Beltrà (n 49) 10; Bundesverban, (n 55) 19.

[74] In this regard CDR is not an exception, as stated in Article 23 and Article 24: "Member States shall ensure that adequate and effective means exist to ensure compliance with this Directive" and also "shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented".

It is understandable that in some aspects of the EU consumer law, harmonization is neither effective nor acceptable due to its insufficient flexibility[75]. In fact, duties of information may raise some questions about how these relate to national doctrines – e.g., issues of pre-contractual liability[76]. However, we believe that harmonizing the issue of liability due to failure of provide information under Article 6a (d) – and the other paragraphs as well – will bring more benefits than inconveniences.

The lack of a core regime in the Directive leads states to apply very different rules making the liability of the online marketplace diverge significantly, which in turn creates an environment of legal uncertainty. In this regard, there is a comparative study that addresses (traders') sanctions for breaches of information duties in different Member States and which shows precisely that vague and ambiguous rules in the directives lead to a wide variety of sanctions[77]. Consequently, establishing rules in this regard would provide guidance to the Member States. Moreover, we rely on the argument put forward by the Commission itself when implementing the CRD that "(...) harmonization of some key regulatory aspects will considerably increase legal certainty for both consumers and businesses"[78] and we state that liability would, in turn, be one of those aspects.

Following the legal certainty, a clear liability regime for failing to provide information would facilitate the online marketplace to assess the risk of any breach of the duty to inform and, from the consumers' perspective, it would improve their confidence[79]. Risk assessment is always something that is part of any business and concerning consumers, they would certainly feel more comfortable knowing that a duty owed to them gives rise to liability in case of non-compliance.

Furthermore, the mentioned comparative analysis gives us a third argument: it concluded that a broad divergence in national laws on this matter

---

[75] Emilia Miscenic, "Legal Risks in Development of EU Consumer Protection Law" in Mišćenić, E., Raccah a., (eds), *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe* (Springer, 2016) 147.

[76] Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson (n 44) 112.

[77] Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers, "EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis" (2008) 284,541,777.

[78] Commission, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights" COM (2008) 614 final 12.

[79] Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers (n 72) 778-779.

creates, at least, the *potential* to raise barriers to trade[80]. It is referred to as potential because it cannot be stated with certainty that a direct reluctance of consumers and traders to engage in such transactions will result from it. However, just the existence of a "potential" would be avoidable: it is not supposed that this area, where the European legislator has intervened, will afterward still create a negative impact on trade.

Therefore, having adopted a consistent approach to the information to which the consumer is entitled, it would make sense to take this further and also include liability by adding a provision that states that *the online marketplace shall be liable to the consumer for any lack of information required under Article 6(a)*. Moreover, since this is pre-contractual information, it should also be liable even if no contract has been concluded[81].

6.2.1. Potential Consequences and Remedies

Issues about the consequences and remedies that are available to consumers in these circumstances are also quite interesting and of great relevance in the field of consumer protection. Since they were not included in the legislator's approach, we will discuss some potential solutions that could be adopted, including some based on Member States' responses for traders' information breaches.

The first one would be the extension of the period during which a consumer can exercise the right of withdrawal. This solution would not be a novelty in the CRD since it is already foreseen for the failure to inform about the (existence of the) right of withdrawal – Article 6 (1) (h) and Article 10. Therefore, it was only necessary to extend its scope to include this information as well. In practice, what would happen is that until the required information is provided, the formal withdrawal period would not begin[82].

---

[80] "It was not apparent from the reports by the national correspondents whether the lack of sanctions is an obvious barrier to trade. A divergence in the various national laws in this matter does, however, create at least the potential of creating a barrier to trade." – Ibid 778.

[81] Wilhelmsson, Twigg-Flesner (n 41) 466: "A party is liable for damage caused by its breach of information duties, even if no contract has been concluded".

[82] Ibid 466.

Nevertheless, it would be worth considering a way to "compensate" the trader who bears the consequences of the platform provider's failure to provide information, as the withdrawal can only be made in relation to the contract with the trader and thus only the latter is affected. In this sense, some suggest the introduction of a right of redress for the trader against the online marketplace[83]. In our opinion, since there is no other way to reflect this consequence on the platform provider, we consider that this proposal might be a good solution to ensure the balance between the parties.

The second one is to consider the contract not binding for the consumer if the pre-contractual information was not provided[84]. Which again would prejudice the trader and thus would require some mechanism similar to the previous one to "compensate" him.

The third, which is quite radical, would be to consider that the consumer has concluded the contract directly with the online marketplace. This solution was inspired by the Article 7(1) and 7(2) of the Proposal for a Consumer Rights Directive[85]. This provision dealt specifically with intermediaries and required them to disclose to the consumer that they are acting on behalf of another person, otherwise they will be deemed to have concluded the contract in their own name. Its ratio is to avoid the consumer being confused and misleading about whom he or she is making the contact with. Although this article is more related to the information in paragraph (b), the truth is that even if this information is given, there might exist some confusion: where the online marketplace assumes a large part of the responsibilities or at least those closest to the consumer, it may still not be clear for the latter that the online marketplace is not a party to the contract. In this sense, on the basis that the absence of information of paragraph (d) might lead the consumer to believe that the online marketplace is the party that promises performance, it could be argued that the online marketplace might be considered as a party to the contract and be liable on those terms. As a consequence, it would also be liable for

---

[83] Možina (n 8) 27. Although this is a matter that might be regulated by the contract between the trader and online marketplace, this author considers that a legislative solution would be preferable.

[84] Wilhelmsson, Twigg-Flesner (n 41) 468. Schmon, Gautier (n 43) 6.

[85] Please notice that this provision was dropped during the legislative process. Commission (n 73) 23-24.

the supplier's non-performance or his defective performance. This would be a solution that is in line with the CJEU's decision on the *Wathelet* case but one that we do not believe is appropriate. Perhaps it would be a better alternative to liability for the failure to inform the supplier of the goods or services[86], and even then, we would have doubts because it might be a bit excessive.

Following this solution, a similar but less "far-fetched" would be, instead of considering the online platform as being a part of the contract, to consider it only a secondary liable party[87]. As it did not inform about the obligations that were within its domain, it is presumed that it is also liable for all of them, so the consumer would also have the right to turn to the online marketplace to claim compliance with some supplier's obligation.

Finally, one of the last alternatives would be the same as Article 19 of ELI Model Rules. According to that provision, in case of lack of transparency, "the customer can exercise the rights and remedies available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator". Therefore, the online marketplace would not be considered a party to the contract but would be subject to the legal weapons that the consumer has against the supplier, namely those that are usually available for breach of contract. It should be noted that this solution was created for the violation of Article 13, which concerns the duty to inform about whom the consumer is contracting with. If this information is communicated, it would be disproportionate to allow the consumer to exercise the same faculties as if the platform provider was a primary responsible party [when all parties know that it is not by virtue of paragraph (b)]. Once again it would be a more adequate measure of liability for the failure to inform about the supplier of the goods or services – paragraph (b) of Article 6a.

After this overview, we suggest that, in the first place, the consumer shall have the right to be provided with the information (although delayed). In the second place, if the consumer has information that he or she is not contracting with the online marketplace but has no information about who is ensuring his or her rights, the consumer may turn out to the online marketplace in any case. Therefore, in light of the contract between supplier and platform provider, if the obligation belongs to the online marketplace

---

[86] In the same sense: Busch, Schulte-Nölke, Wiewiórowska-Domagalska and Zoll (n 26) 8.

[87] Ibid 8.

no question arises; if it belongs to the supplier, the online marketplace must, in those circumstances, ensure that the supplier's obligation is performed, either by itself or by the supplier. Thereby, the online marketplace is being encouraged to comply with this duty of information.

In addition to the liability for the failure to inform, we also consider that, in this context, the online marketplace should be liable for any misleading information[88]. Unlike what happens under Article 6a (b), where the information is based on a declaration of the supplier which the platform provider has difficulty in checking, here we are dealing with information that the online marketplace is – or at least should be – effectively aware. Therefore, if the consumer legitimately expects the platform provider to assume certain responsibilities or guarantee certain conditions, and this information subsequently does not correspond to reality, the online marketplace should be liable for any damages that arise to the consumer as a result of the divergence from the information that was provided. This is an issue that is addressed by the ELI Model Rules under Article 22[89], which solution, or other similar, would be welcome in the CRD. In the absence of such a provision, we could base the liability for this behavior on Article 6(1)(g) UCPD (Misleading action relating to consumer rights).

7. Conclusions

Through this analysis, we realize that online marketplaces' liability regime is quite complex and fragmented, which might create some confusion. Due to the lack of a consistent approach on several aspects, the solution is often left to the Member States, contributing to the fragmentation of consumer enforcement.

Transparency and information duties were one of those aspects and that overtime became a concern in consumer protection. Consumers, who increasingly purchase in these online marketplaces, do not have the same

---

[88] In the same sense: Beltrà (n 49) 12; Busch, Wiewiórowska, Zoll (n 32) 168; Schmon, Gautier (n 43) 7.

[89] According to Article 22 "If a platform operator makes misleading statements about (...) any other terms of the supplier-customer contract, the platform operator is liable for the damage which this misleading information causes to customers or suppliers".

information as the platform provider and often the latter do not inform properly because it does not have the incentive to do so. Fortunately, the European legislator intervened to balance this information asymmetry and did so correctly by introducing Article 6a in the CRD.

Regarding this provision, we think that it was a very positive step, but it leaves many issues open that could have been, in our opinion, addressed. We would like to highlight that is necessary to identify the set of criteria that allow making the distinction between a trader and a non-trader, not only to avoid mistakes from the supplier but also to allow the online marketplace to perform some checking functions in the future. In addition, the liability in cases where misleading information is provided must be clarified.

With respect to the information on how the obligations related to the contract are shared between the trader and the platform provider, this is a requirement that is highly appreciated, yet it brings another liability gap. We consider that the online marketplace shall be liable to the consumer for the lack of this information and for misleading information. Therefore, this issue should be addressed in the CRD, on the basis that it would: (i) remove legal uncertainty; (ii) facilitate the online marketplace to assess the risk of any breach of the duty to inform; (iii) improve consumer confidence, and finally (iii) we would be avoiding creating the *potential* for raising trade barriers.

Besides liability, we believe that consequences and remedies should also have been included in the legislator's approach. In this sense, we took the opportunity to discuss some possible solutions. In case of failing to provide the information of Article 6a (d), it must be ensured that the consumer is provided with the required information (although delayed), and at the same time, we propose that it should be possible for the consumer to turn to the online marketplace in any case, even if the obligation in question does not belong to the latter. In case of misleading information, we would welcome a solution similar to Article 22 of the Model Rules, in order to hold the platform provider liable for the damage that the misleading information has caused.

Although we agree with most of the authors that this was a "missed opportunity"[90], we remain positive that in the future some of these aspects will be addressed and improved.

---

[90] Beltrà (n 49) 12.

Bibliography

Aneta Wiewiórowska-Domagalska, 'Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?' (2017) Policy Department A: Economy and Scientific Policy PE 607.323 1-10.

Caroline Cauffman, 'New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships' (2019) 26(4) Maastricht Journal of European and Comparative Law 469-479.

Caroline Cauffman, 'The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?' (2016) 6 EuCML 235-243.

Christian Twigg-Flesner, 'Disruptive Technology – Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law' in A. De Franceschi (eds.) *European Contract Law and the Digital Single Market* (Intersentia, 2016), available in: https://ssrn.com/abstract=3039952.

Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers' (2018) 15 (4) ERPL 166-175.

Christoph Busch, Aneta Wiewiórowska, Fryderyk Zoll, 'Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms' (2016) 4 EuCML 164-169.

Christoph Busch, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska and Fryderyk Zoll, 'The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?' (2016) 3 EuCML, available in: https://ssrn.com/abstract=2754100.

Christoph Schmon, Patrycja Gautier, 'Proposal for a better enforcement and modernization of EU consumer protection rules – "Omnibus Directive" ' (2018) 4 BEUC, available in: https://www.beuc.eu/publications/beucx-2018-081_omnibus_directive.pdf.

Christoph Busch, 'Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy' in Marta Cantero Gamito & Hans-Wolfgang Micklitz (eds.) *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts, and Codes* (Edward Elgar 2019).

Damjan Možina, 'Retail business, platform services, and information duties' (2016) 5(1) EuCML 25-30.

D. S. Evans, 'Background Note' (2009) Two-sided Markets – Policy Roundtables OECD Competition Committee 23.

Ecommerce Europe, 'Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector (2016) Brussels-Belgium 4-5, available in: https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf

Emilia Miscenic, 'Legal Risks in Development of EU Consumer Protection Law' in Mišćenić, E., Raccah a., (eds), *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe* (Springer, 2016) 135-163.

European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assessment* SWD (2018) 96 final PART 1/3 6-91.

Felix Maultzsch, 'Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles' (2018) 14(3) ERCL 209-240.

Gabriela Hiwatashi dos Santos, 'A "New Deal for Consumers"? The European Regulatory Framework for Online Search Queries and Rankings under the Omnibus Directive (Directive (EU) 2019/2161)' (2020) 2 Yearbook of Nova Consumer Lab 65-91, available in: http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2021/01/Anuario-NOVA-Consumer-Lab-2020.pdf.

Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson 'Pre-contractual information duties and the right of withdrawal' in Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson (eds), *Rethinking EU consumer law* (Routledge, 1st edition 2019) 94-128.

Guillermo Beltrà, 'Ensuring consumer protection in the platform economy' (2018) 5 BEUC.

Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers, 'EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis' (2008) 778-779.

HOTREC, 'HOTREC position on better enforcement and modernization of EU consumer protection rules: a good basis that must be supported and improved' (2018) 167 1-4.

Joana Campos Carvalho, 'Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe' (2020) 1 Cuadernos de Derecho Transnational 863, available in: www.uc3m.es/cdt;

Jorge Morais Carvalho, 'Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo' (2018) Coleção Formação Contínua CEJ 111-123.

Jorge Morais Carvalho, 'Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771' (2019) 8(5) EuCML 196.

Jorge Morais Carvalho, Martim Farinha, 'Digital Services Act and Digital Markets Act – New European rules for digital services and digital markets' (*Nova Consumer Lab*, 17 December 2020) <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/digital-services-act--e-digital-markets-act-novas-regras-europeias-para-os-servicos-digitais-e-para--os-mercados-digitais/> accessed 6 April 2021.

Marco B.M. Loos, 'The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All' (2020) 2 European Review of Private Law 407–424.

Marco Inglese, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market* (1st edn, Springer 2019).

Mateja Durović, 'Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernization and better enforcement of consumer law' (2020) 68 (2) Annals of the Faculty of Law in Belgrade.

Panel for the Future of Science and Technology, *Liability of Online Platforms* (STUDY, EPRS, February 2021) Scientific Foresight Unit (STOA) PE 656.318.

Piotr Tereszkiewicz, 'Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law' in Michel Cannarsa, Larry A. DiMatteo, Cristina Poncib (eds.) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (Cambridge University Press, 2019) 143-159.

Thalia Prastitou Merdi, 'The 2018 New Deal on Better Enforcement and Modernisation of EU Consumer Law: An Actually Good Digital Deal?' in Synodinou TE., Jougleux P., Markou C., Prastitou T. (eds) *EU Internet Law in the Digital Era* (Springer, Cham., 2020) 347-366.

Thomas Wilhelmsson, Christian Twigg-Flesner, 'Pre-contractual information duties in the *acquis Communautaire*' (2006) 4 ERCL 442-469.

Verbraucherzentrale Bundesverband E.V., 'A New Deal for Consumers – Effective Enforcement Of Consumer Rights' (2018) Federation of German Consumer Organisations.

Case law

- Case C-105/17 *Evelina Kamenova v Varrna* [2018] 808;
- Case C-149/15 *Sabrina Wathelet v Garage Bietheres & Fils SPRL* [2016] 840;
- Case C-280/13 *Barclays Bank* [2014] 279;
- Case C-415/11 *Aziz* [2013] 164 44.

The Dutch versus the EU: The Consumer-Induced Legal Shifts of Sustainable and Resource-Oriented Initiatives in the Netherlands

Tom Hartmann[1*]

1. Introduction

On the 4th of July 2019, the Netherlands introduced its first proposal for a law to the Parliament targeting a shift in collaboration possibilities for producers and consumers around the sustainable development of goods and services.

This law includes opportunities for producers to cooperate to reduce waste products and increase the efficiency of the manufacturing process's resources. It also includes local initiatives for consumers to source their products in the region and reduce the energy waste in, for example, the transport chain.

This proposal was not brought about by accident. It resulted from the "Chicken for Tomorrow" (CoT) initiative,[2] which saw the first collaboration of both consumers and producers relating to poultry breeding and processing. It showcased consumers' strong desire to pay increased prices in the interest of more sustainable products and producers to collaborate in different production chain levels to facilitate this.

---

[1] * Bachelor of Laws (LLB) from the Radboud University, European Law School. Currently is a Master of Laws (LLM) student in International and European Law: Business Law at the Radboud University. President of the European Law Student's Association (ELSA) Netherlands.

[2] This initiative was created by farmers in 2013, with official recognition by consumer authorities in 2014, aiming to establish a sustainable collaboration of poultry and poultry-related products in order to reduce environmental impacts and waste of resources. The Dutch Consumer Authority (ACM) released its opinion in English here: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.

However, the proposal above faces a tough resistance by the EU. It often does not view sustainable development collaborations by producers as reasoning for easing its very firmly safeguarded competition principles.[3] The Netherlands is set to violate such rules directly and is headed to a collision of interests with the EU.

The central question to be answered in this paper is if sustainability laws need to be expanded for broader collaboration between consumers, and more importantly, producers of all levels of the production chain whilst colliding with the EU and its competition laws. It also addresses the consumers' role in the attitude shift of the Netherlands towards a more justified collaboration of both parties regarding the practical implications of sustainable consumer laws and the adaptability of current laws to this development. Lastly, it will discuss the ideas that have led to this shift and the future implications for the consumers of the Netherlands and Europe as a whole.

2. Where it all began: the chicken for tomorrow initiative

The idea of large-scale sustainability initiatives in the Netherlands is not an uncommon phenomenon. Especially in the energy and water sectors, the government has strived for cooperations in sector-wide agreements, often supported in subsidies or tax reductions for both producers and consumers.[4] The food market, however, has been a touchy subject. The Netherlands is the second biggest exporter in farming products (with a share of 6% of the global market), superseded only by the United States.[5] It views its variety in meat and vegetables, which fulfil almost all quality and production standards within the EU and abroad, as a reputable and trustworthy product, proudly carrying the "made in the Netherlands" label.

---

[3] See cases *Arduino,* 19 Feburary 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, *Cipolla*, 5 December 2006, C-94/04, ECLI:EU:C:2006:758, and *Mauri,* 17 February 2005, C-250/03, ECLI:EU:C:2005:96.

[4] Subsidieregeling energiebesparende maatregelen en duurzame energie, 13 november 2018, (EDZ).

[5] Research published by the Wageningen University Research, https://www.wur.nl/nl/Onderzoek-Resultaten/Onderzoeksinstituten/Economic-Research/show-wecr/Export-landbouwgoederen-stijgt-naar-recordwaarde.htm, accessed 03 march 2021.

Therefore, it is no surprise that when in 2013, producers in various sections of the production chain got together to form the CoT initiative, the basic idea was to revolutionize the way these farming products are produced and sold nationally and internationally.[6] The poultry sector was perceived to be most susceptible to such changes, and the initiative aimed to release its first of such 'sustainable poultry products' in 2020. However, this cooperation was neither supported nor initially initiated by the government and came as a collaboration of producers and consumers in poultry products alike. This development was previously unseen in consumerism and was a novum to the subject of sustainability in the industry.

More specifically, the organizations involved in the CoT initiative agreed on the following:

'1. The introduction of a new, slower growing chicken breed for the basic chicken meat varieties.
2. Fewer chickens per square meter in broiler chicken barns.
3. Good litter materials and additional distraction materials (such as roosting poles and straw bales) for the chickens.
4. Strict enforcement of compliance with legal animal welfare standards.
5. Reduction of the use of antibiotics by setting stricter requirements. Antibiotics are only used if animal welfare is at issue (with serious symptoms of an illness).
6. 100% use of RTRS-soy (sustainably grown soy in accordance with the standards of the 'Roundtable for Responsible Soy') in animal feed.
7. Various environmental measures such as reduction of ammonia emissions and particulate emissions, complete manure processing, reducing the CO2' footprint', increasing the share of European protein commodities (in those cases where it is more sustainable) and making energy more sustainable (green natural gas).' [7]

What is important to note here is that these standards were to serve as a minimum requirement. Both consumers and producers had the opportunity to impose more expansive rules or adopt rules of sufficient similarity if

---

[6] *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*, ACM/DM/2014/206028, May 2014, (ACM Analysis), p.3.

[7] ACM Analysis (n.6), p.2.

they so choose.[8] In a nutshell, these aims see public health, environmental sustainability, and animal welfare as grounds for introducing these measures. The organizations believe these to be the main points to achieve a broader range in the sustainability of our resources' consumption and production.

The initiative also predicted increasing support of the general public until 2020, with willingness-to-pay research published by the initiative stating that producers would pass on the costs of producing poultry to the consumer if the aims mentioned above are marketed to the end consumer of such products.[9]

2.1. Response and criticism of the Consumer Authorities of the Netherlands

The Authority for Consumers and Markets (ACM) of the Netherlands was quick to respond to this initiative, publishing a rather unfortunate view of its feasibility and general application.[10] Their comments relied on a twofold criticism in connection to the market access if higher poultry standards are introduced and influences the competition on the markets of both the Netherlands and the EU as a whole.

2.1.1. Competition based criticism

The ACMs report ascertained that, due to the sheer amount of organizations partaking in the initiative and their importance in influencing the poultry market as a whole, the CoT constitutes a breach of competition laws. Moreover, the ACM believes the initiative affects the entire national market, thereby excluding external producers and retailers from fairly participating and competing in poultry products' production and sales. It states that if an external body does not sufficiently regulate the market, a 'normal poultry product' not adhering to the CoT standards would by 2020 not stand a chance in Dutch markets.[11]

---

[8] ACM Analysis (n.6), p.3.

[9] ACM Analysis (n.6.), p.2.

[10] ACM Analysis (n.6).

[11] *'Economische effecten van de Kip van Morgen'*, ACM Office of the Chief Economist, October 2014.

Moreover, the Netherlands exports 70% of its poultry-related products, thereby creating a potentially unwanted qualitative difference compared to poultry produced locally in external markets, which do not adhere to these same standards.[12] It has the potential to upset competition within EU markets as well as global markets as a whole. The former of those markets is especially strictly regulated and will be addressed further in paragraph 3.3 of this paper.

However, the ACM also analyzed the exception criteria found in Section 6, paragraph 3 of the Dutch Competition Act, which comes down to the following: 1. The anti-competitive arrangement must contribute to the improvement of production or distribution or the promotion of technical or economic progress; 2. Consumers are to be allowed a "fair share" of these benefits; 3. The anti-competitive arrangement must be necessary and proportional to the attainment of the efficiencies that are realized by the arrangement; 4. Sufficient residual competition must continue to exist in the market.[13]

It has to be noted that these requirements are cumulative, meaning the exception to it can only be considered if the initial points are fulfilled.[14] ACM considered in its analysis that the first of these requirements has not been fulfilled, as the aims stated by CoT (public health, environment and animal welfare) do not constitute an improvement of production in an economic sense, nor does it further any technical or economic progress as a whole.[15] It also touched briefly on the fact that consumers do not receive a fair share of the benefits, as the consumer research published by the CoT states that most costs would be paid for by the end consumer, and prices would see an increase instead of a decrease. It is essential to address that, whilst public health or the environment are critical social reasons, in an economic sense, they do not attribute to an improvement to the consumer welfare according to the ACM. The ACM, therefore, concluded that the exceptionality grounds for allowing a violation of competition laws are not met, and the initiative is consequently infringing EU and Dutch competition regulations in its current state.[16]

---

[12] Ibid.

[13] Art. 6 para. 3 Mededingingswet 1997, as amended 18 February 2021 (Mw).

[14] A. Gerbrandy, *'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht'*, NtER 2013-9, p. 326-332.

[15] ACM Analysis (n.6), p.4.

[16] Art. 6 para. 3 Mw is mirrored after art. 101 para. 3 TFEU.

2.1.2. Market access criticism

As briefly touched upon in the previous paragraph, the ACM had a second argument against the CoT, the restriction of access to markets in the Netherlands and broader Europe. Whilst this reasoning is practically not one for the ACM to consider (since it has more of an EU dimension), the authority has not stopped short of making points in this regard, focusing on national market regulations. The fact that these regulations derive from the TFEU and its secondary legislation is, according to the ACM, an unavoidable consequence of the harmonization of EU legislation.

The issue of market access arises from one main factor: large retailers and supermarkets. Whilst these form the backbone of organizations responsible for actually bringing the CoT improvements into fruition, the ACM sees its influence on the freedom of choice of the consumer as a negative result. It argues that, in order to fulfil the aims of raising prices in order to ensure the long-term sustainable cultural shift of CoT poultry purchases, supermarkets have to actively promote the benefits of the CoT poultry over that of other "normal" producers.[17] This, in turn, impacts the way consumers value CoT poultry over other products and unfairly creates a natural precedent for other producers to join the CoT initiative or risk losing the market entirely.

This risk accounts for both national producers and international ones, of which the latter may experience even more qualitative restrictions than any other wishing to access Dutch markets. This would, in turn, directly violate the EU freedoms on goods, which are guaranteed in articles 34-36 TFEU.[18] However, further assessment of such violations would be up to the courts to decide, and the ACM admits it does not have the authority to rule over such situations definitively.

2.2. Consumer reaction and change of sustainable culture

After the damning statement of the ACM, the CoT saw itself in no other position than to halt its activities and disband the initiative. This,

---

[17] ACM Analysis (n.6), p.4.

[18] See case *Cassis de Dijon*, 20 february 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

however, did not result in the ending of a change of mindset that had already been set in motion by producers and consumers alike. The wish to see a more sustainable production of food and usage of resources was a motion that still predominated on both a political scale and a general social one.

As a result of these sentiments, a separate initiative was created, called the *Beter Leven Keurmerk* (Better Life Label (BLL))[19]. Surprisingly, this initiative's aims and definitions were quite the same as the CoT, but a distinguishing factor was made in its organization. With the afterthought of possible competition law-related problems for the BLL, it emphasized that its cooperation was not one of both producers and retailer organizations working together, but rather a loose agreement to use a third party foundation to produce the regulations and establish quality control measures in order to receive the BLL.[20] This fundamental difference led to the understanding that the BLL was an independent authority that individuals could apply to attain the label. No agreements of more extensive cooperations were made, no single organization of producers or retailers were in charge of quality standards, and the application to the standards of the BLL was not compulsory in any way.

Another evaluation of the ACM soon followed[21], praising the initiative as a successful alternative to the collective agreements of the CoT and pleading for the case that based on individualism, sustainability in the production of food-related products can still be achieved.

Since then, numerous other sustainable initiatives in the livestock production industry have followed, all modelling themselves after the structure of the BLL, with their own goals and guarantees for the end consumer.[22] The BLL, however, has retained the largest and most well-known status and currently has its label on 70% of all animal-meat products in national supermarkets.[23] The BLL itself claims in its reports to have contributed to

---

[19] Dutch Society for the Protection of Animals (DSPA), https://beterleven.dierenbescherming.nl/english/, accessed 08 February 2021.

[20] ACM, *Notitie Welzijn kip van nu en 'Kip van Morgen'*, 13 August 2020, p.6.

[21] Ibid.

[22] See initiatives such as the *Wakker Dier Kip, Nieuwe Standaard Kip* and *Pluimgarantie Kip*.

[23] DSPA (n.19).

a complete establishment of sustainable poultry, having eradicated almost all other forms of factory-produced poultry products.[24]

On the other hand, with the increase of such grassroot-initiatives, the ACM and government authorities have faced the increasing difficulty of deciding how some initiative crosses the line of anti-competitive behaviour and when the argument of sustainability prevails for such an initiative. The government, specifically the Ministry of Economic Affairs, has seen the necessity of introducing a law on this matter to create clarity in the regulation of this development.

3. Proposal *Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven*

The *Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven* (Law on the opportunity for sustainability initiatives (LOSI))[25] was the Ministry of Economic Affairs' answer to the uncertainty issue presented in the previous paragraph. Whilst the proposal was first addressed to the second chamber of Parliament of the Netherlands in 2019, it has struggled to find support, and in some aspects, falls into the same trap as the initial CoT initiative. The importance of this law and its future implications will answer just as to why the EU holds such a primacy on the topic of sustainability and why the space for regulating this autonomously in the EU Member States is limitative.

3.1. Initial proposal and reasoning of the Ministry of Economic affairs

The proposal sets forth a solution for possible competition law charges of sustainable initiatives by giving the organizations the possibility to apply for an exemption based on sustainability-related cooperation. To put this into a comparable situation, the CoT would have had to apply to the Minister for Economic Affairs and request its practices to be exempted in the interest of sustainability. The relevant Minister would then establish a series of selection criteria customized to each application individually.[26]

---

[24] ACM, *Notitie Welzijn kip van nu en 'Kip van Morgen'* (n.20), p.6.

[25] Proposal *„Wet ruimte voor duurzamheidsinitiativen"* (n.1).

[26] Art. 3 para. 1 LOSI.

Based on that, an exemption would be granted. For this exemption to have any significant legal value, though, the Minister would then have to declare it *"Algemeen verbindend'*, essentially making it a Law.[27] Such an AVV-law would be published in the form of a Ministerial Decree by the relevant Minister. According to the Ministry, this would cover its legality, thereby making it more resistible to potential legal cases on the question of competition breaches. In essence, the government sanctions the initiative to be legal.[28]

This proposal reasons that the Ministry still holds great value in large scale cooperations of organizations in the interest of sustainability (such as the CoT). It views the current individualistic practices promoted by the ACM as discouraging to both consumers and producers, arguing that it hampers innovation in sustainability and poses a danger to effectively implementing such initiatives.[29] The precedent that the CoT-case has created is undesirable and in need of significant change, and the Ministry believes that only a concerted effort of all parties in the production and consumption chain will bring about a more sustainable future for both the food sector, as well as energy consumption, water management and waste production. It views these sectors to be a crucial aspect of making the Netherlands more sustainable, and these initiatives should be supported on a larger scale. What is also important to note is that when the government sanctions such sustainability practices, they are automatically eligible for subsidies or other benefits by the government and therefore receive a further development boost.[30]

3.2. Review of the Council of State

The *Raad van State*, also known as the Council of State for the Netherlands, bears the responsibility of reviewing proposals of laws to be put to the chambers of Parliament for review. Whilst usually the Council advises specific changes to a legal proposal or gives advice on the wording of

---

[27] Art. 8 LOSI.

[28] *Explanatory memorandum to the LOSI,* Kamerstukken II 2018/19, 35247, nr.3.

[29] Explanatory memorandum (n.28), p.5.

[30] E.H. Pijnacker, *'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod'*, M&M 2013-6, p. 187-195.

specific articles, it advised the Ministry and the Parliament of rejecting this proposal outright.[31] This unfortunate advice was based a great deal on the primacy that the EU has in regulating competition laws and the few exceptions that both the Commission and the CJEU have allowed in the past on this topic.[32]

Nevertheless, even on a national level, the proposal bears several issues. One of which relates to the authority that the Minister has in deciding whether or not to grant an exception to competition rules in the interest of sustainability. It is important to note that the proposal does not state who is allowed to submit a request for exemption, meaning that, whilst companies such as in the case of the CoT are allowed to apply for an exception, private persons or particular interest groups are also able to submit a request.[33] This theoretically means that both producers and consumers can submit requests for an exemption in the interest of sustainability. The Council of State argues that this may significantly shift the interests of the concerned parties and the Ministry when such a request is granted. Since the exception is codified into law, it collides with the "general interest" principle of Dutch law, which is supposed to ensure that laws are created considering all parties affected by such a law.[34]

The Council furthermore counters with the aspect that, whilst exceptions can be made of existing law by so-called *lex specialis* regulations, they are a primate of the Parliament and are to be submitted as individual legal requests, following a regular legislative procedure. If this were to be followed, it would create an unnecessary work burden on the Parliament, which is currently already overburdened with legislative initiatives. If the procedure were not to be followed, the exception could be challenged in court by any party with sufficient negative consequences to adopting such a law. This, the Council argues, would effectively negate the security, which the Minister is trying to give to parties in allowing them to be exempted from competition rules.[35]

---

[31] Raad v. State, *advies Afdeling Advisering RvS en nader rapport*, (Opinion RvS) Kamerstukken II 2018/19, 35247, nr.4.

[32] See cases *Arduino,* 19 Feburary 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, *Cipolla*, 5 December 2006, C-94/04, ECLI:EU:C:2006:758.

[33] Opinion RvS (n.31), p.4.

[34] Opinion RvS (n.31), p.3-4.

[35] Opinion RvS (n.31), p.5.

The Council concludes by suggesting that the proposal be retracted and that options are considered which heed the principles of subsidiarity and proportionality. If the proposal were to be submitted in its current form, it would likely be stricken down by the courts on an equal basis to what was addressed by the ACM when considering the CoT-approach to this problem.[36]

3.3. Collision with the EU

3.3.1. Issues relating to the adoption of national legislation contrary to EU provisions

The EU has at its disposal a great range of influence in the area of sustainability, especially given that article 11 TFEU takes into account that all policies and activities are to be conducted in the interest of environmental protection and sustainability in mind. This, in conjunction with the shared competencies of article 4(1) TFEU, give the EU the primacy in developing and determining the legislative trend of sustainable initiatives for the entire Union.[37] Both the ACM and the Council of State mentioned this supremacy issue in their respective reports on this proposal, and it bears great importance when a Member State wishes to adopt legislation independently of the developments that may occur on a Union level.

The nature of in article 4(1) TFEU stated competence precludes the adoption of national legislation when the EU has already adopted legislation on a Union level (i.e. in the form of a regulation, directive or decision).[38] Whilst the EU has not adopted legislation *strictu sensu* on the issue which the proposal aims to address, it has adopted several regulations and directives on the topics which stem from this proposal. These include public health,

---

[36] The RvS takes its examples from the cases *Wouters/ Nederlands Orde van Advocaten*, 19 february 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Meca Medina,* 18 july 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, *OTOC,* 18 february 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, and *CNG*, 18 july 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489.

[37] A. Gerbrandy (n.14).

[38] P. Craig & G. de Burca, *EU law: text, cases, and materials* (Oxford University Press 2016), p.35-86.

animal welfare, environmental considerations and consumer interests in sustainable developments.[39] Thus, it is a question to be asked whether the proposal bears a fundamental necessity of being adopted and cannot be substituted by one of the existing laws on these issues. Both the Council of State and the ACM argue that it is unnecessary, whilst the Ministry believes its proposal to be inapplicable to any given situation.[40]

It must also be noted that if the proposal is adopted, the supremacy of EU law will almost certainly dictate the effects of the law to be set aside if the courts decide that it coincides with existing EU legislation. Therefore, the law would be circumvented, and the EU provisions would prevail, rendering the Dutch law to be discarded.[41]

In addition to the supremacy of legislation, the EU also has a firm grip on the internal market of the Union and the competition rules of national legislation, which ensure that an equality-of-arms principle is enforced in all of its Member States. Since the Netherlands is a Member State of the EU, its rules apply unilaterally over its national legislation.[42] This supremacy principle regarding the laws of competition in the Union is best displayed in the Dutch Competition Act, which is an identical copy of articles 101 and further of the TFEU. It is precisely for this reason, when the ACM released its CoT analysis about the Competition Act, that the participating organizations feared a more significant case might be opened by the Commission or other Member States of the EU.[43]

3.3.2. Stance of the CJEU

The CJEU has been clear on the matter of competition-related cases, stating that in situations such as attorneys' salaries, tariffs for public

---

[39] For example, in the case of the welfare and sustainability of farm animals, Directive 91/629/EEC, Directive 91/630/EEC, Directive 98/58/EC, Directive 99/74/EC and Directive 2007/43/EC give minimum standards with regard to the keeping, housing and caring for calves, pigs and 'produce animals' in general.

[40] Explanatory memorandum (n.28), p.5.

[41] See case *Simmenthal*, 9 march 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

[42] P. Craig & G. de Burca (n.38), p.66-78.

[43] As stipulated in the infringement proceedings of art. 258 and 259 TFEU.

transport, technological advancement, or cooperations of multiple companies, which infringe competition rules, are allowed.[44] The underlying idea of cooperation in the interest of sustainability may, therefore, in principle, see support by the court. However, the greater exception to these rulings is that the CJEU has never formulated a general rule regarding such exemptions and has dealt with the issues presented to it on a case-by-case interpretation.[45] The only consistent consideration that the court makes in all of these cases is the assessment of subsidiarity and proportionality regarding these initiatives.

Furthermore, the cases stated above all have a party to the case with a particular commercial interest at hand. This means that if an exemption were to be made based on a consumer initiative, it might be that the court rules it as insufficient reasoning for consideration. Unfortunately, there is no precedent to work on this, and further comments would be subject to heavy speculation at this point. Only a proper case brought based on this law would create legal certainty.[46]

An altogether different case can be addressed if the principle of loyalty of the Member States is concerned, as is formulated in article 4 TEU. As of right now, both the Ministry and the Parliament are aware of potential conflicting legislation, and as such, would infringe the principle of loyalty if the proposal were to be adopted. This could see a different basis under which the court may not even consider the necessary addressing of competition law and its exceptions but would much rather see that the legislation had been purposely adopted in defiance of existing EU legislation. This would, once again, result in the nullification of the law and would see the CJEU declare it inadmissible.[47]

There are, however, also possible arguments in favour of the provision that the CJEU may use. Viewing it from a perspective of a cross-border issue rather than a competition issue (such as has been addressed by the ACM in paragraph 2.1.2) allows the court to perhaps even rule in favour of the law. Whilst articles 33 TFEU and further set out to limit the qualitative (and

---

[44] See cases *Arduino, Cipolla* and *Mauri* (n.3).

[45] E.H. Pijnacker, (n.30).

[46] Similar to *Wouters/ Nederlands Orde van Advocaten*, 19 february 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98.

[47] P. Craig & G. de Burca (n.38), p.66-78

quantitative) restrictions, it provides an exemption based on animal welfare, public health or the environment in article 36 TFEU. Especially given the argument of environmental protection, the court has also briefly touched upon exceptions in the case *Commission v. Austria. It views the conjunction of sustainability to be an argument in favour of allowing such restrictions to occur.* This, however, is, again, a very case-by-case approach of the court and may be subject to different interpretations if a case is brought before the CJEU on the basis of the free movement provisions.

3.3.3. Opinion of the Commission

As the watchdog of competition rules in the EU, the Commission closely monitors the Member States' developments concerning changes to the relevant institutions' competition policies or attitudes. In 2019 the institution also published its sustainability goals until 2030[48], with an emphasis on encouraging sustainability initiatives within the Member States.

In the case of the proposal, however, the Commission voices a vital concern for the importance of maintaining fair competition within the Netherlands. Despite the Ministry announcing a change in attitude towards sustainable initiatives and competition in 2015, the Commission was quick to respond with several concerns on the matter.[49]

Primarily, the Commission views the derogation of Article 101 TFEU as its primary concern. It argues that a change in applying these rules would elaborately negate regulation 1/2003, which deals with the enforcement and implementation of competition based rulings and exceptions. It sides with the opinions of the ACM in the CoT analysis, stating that, whilst sustainability is an important aspect to consider and achieve, it must be done so on an individual basis instead of making it a generalized law. It argues that factors such as public health, the environment or consumer protection must all be assessed separately and cannot be considered in a "package deal". The risk that any of these reasonings would prevail in

---

[48] https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/sustainable-development--goals/eu-holistic-approach-sustainable-development_en, accessed 26 february 2021.

[49] Letter of the Commission Competition DG to the Dutch Ministry of Economic Affairs, 26 february 2016, COMP/A4/D*O1 1157.

a situation that the Commission would rule otherwise would create a tremendous legal uncertainty with itself and confuse both consumers and producers. In other words, it views the Ministry as giving itself too wide of competence to decide over the factors as mentioned earlier.[50]

The Commission also views the ACM attitude as a correct one and fears that with the introduction of measures deviating from the Unions' competition rules, the ACM would be forced to negate its own rules concerning competition and thereby act in a contradictory manner. The question of effectiveness and impact of the ACMs opinions would thereby be brought into doubt. It also brings forward an entirely different issue: the Ministry would take over the essence of competition and consumer protection by deciding in the stead of the ACM on whether or not practices in the name of sustainability are allowed. The ACMs task is to act as an independent watchdog, and the current proposal would diminish the ACMs ability to act on this effectively.[51]

Above all, the Commission views that the arguments of proportionality and subsidiarity are not met when considering the proposal and (in line with the Council of State) advises a withdrawal or severe adjustment of the Ministry's policies.[52]

4. The future of legal developments in sustainable cooperations

As of February 2021, the proposal *Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven* has been declared 'controversial' by the Second Chamber of the Dutch Parliament.[53] This declaration entails that numerous debates are to follow on the proposal, its effects, and, more importantly, its feasibility. It is uncertain

---

[50] Ibid.

[51] Letter of the Commission Competition DG to the Dutch Ministry of Economic Affairs, 23 november 2013, COMP/A4/JC/vb/1 15269.

[52] Letter of the Commission Competition DG to the Dutch Ministry of Economic Affairs (n.50).

[53] As per decision list '*extra-procedural meeting EZK Committee*' of the second chamber of Parliament (list of controversial decisions), 26 January 2021 https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=5fe559ab-9298-4436-ab04-20e3a9d29b92&title=Besluitenlijst%20extra-procedurevergadering%20commissie%20EZK%20%28groslijst%20controversieel%20verklaren%29%20d.d.%2026%20januari%202021.pdf.

whether the proposal will pass in its current form, but given the opinions of the Council of State, the Commission and the restrictions of EU law as a whole, it may be necessary to adjust crucial elements of it.

Notwithstanding the success or failure of the law, it is vital to address that, even with wide-ranging competition-based restrictions, it is undeniable that a societal shift in the attitude of sustainability is taking place. Both the ACM and the Council of State mentioned in their respective concluding reports that the Ministry and the Dutch government should strive to cooperate with the EU to establish more comprehensive sustainability initiatives and create feasible solutions to the concurring issue is competition versus sustainability. The Dutch Government's situation to progress within this field autonomously may result in court cases and annulments further down the line. Therefore, it is vital that all institutions' continuous communication remains active and that the EU establishes more explicit guidelines to facilitate the promises of sustainability that it has made. In its current form, the individualistic attempts and loosely cooperated initiatives will not suffice to generate the much-needed change of attitude, which hinders the establishment of greater sustainability initiatives.

Separately, the EU should strive to facilitate sustainable initiatives by adapting to its current competition laws. The framework provided to the Member States in interpreting the Union's legislation is far too restrictive to allow for practical sustainability cooperation between interest groups and companies. In addition, the broader internal market's implications almost impose an obligation for the Union to act upon this issue, as the cross-border effects of such initiatives may result in unforeseeable consequences in the future.

The current individualistic approach of initiatives such as the BLL prompt a severe question of indirect cooperation of producers and consumers, and it is in the interest of the Member States and the EU itself to effectively regulate these initiatives. Prohibition or restrictive measures are by no means encouraging the development in sustainability, and BLL-initiatives create a massive burden to the enforcement authorities of competition rules in the Member States since they need to assess each cooperation of enterprises on the competition rules of the EU and conclude possible infringements of such competition rules. If official concerted efforts were allowed, it would create ease in the burdening of enforcement and implementation policies of the EU. The courts may assist such an endeavour by creating case law

on the matter that goes beyond the individualistic case-by-case approach to which it currently adheres to.

If greater cooperation is to be achieved in creating sustainability legislation, it is the EU, especially the Commission, who must initiate the required changes.

5. Conclusion

It is evident that in its current state, both the EU and the Netherlands are rather ill-equipped to handle the conflict of interests between sustainability progression and competition rules. Whilst makeshift initiatives such as the CoT and BLL try to reform the landscape of producers and consumers wishing to progress the way we consume our resources, the EU and the Netherlands have a wildly diverging approach to creating legislation on the matter. The Dutch government attempts to legalize the current initiatives and wishes to create a welcoming precedent to sustainable cooperation whilst side-lining the importance of fair market access and competition. The EU, with its strong fundamental belief in its current EU competition system, believes that each cooperation should be treated individually and that, whilst sustainability indeed is a noble cause to strive for, the disruptions to competition both within the Netherlands as well as the broader internal market are too significant to disregard.

Even on a national level, the Dutch government faces grave resistance from several national authorities and institutions in side-lining the EU's policy. It is impossible to say whether the government's current path will significantly change the current market culture. The only way forward seems to consist of continuous and persistent development on a Union level, thereby slowly creating a change in the EU institutions' approach.

Whether this approach is on par with the autonomous initiatives currently happening within the Netherlands remains to be seen. The cultural changes needed are long and tenuous, and the EU will need to seriously adopt the almost sanctity-like value of its competition rules to facilitate a more significant change in sustainable cooperations on a Union-wide level. Only then may we see the true promise of sustainable attitude changes which the consumers and producers of the Netherlands currently strive for.

II

Artigos em Português

Contrato-Promessa, Conformidade e Falta de Conformidade

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

Sumário: 1. Introdução. O princípio da equiparação entre o contrato promessa e o contrato prometido (art. 410.º, n.º 1 do Código Civil). Corolários do princípio da equiparação entre o contrato-promessa e o contrato prometido – em particular, a extensão do regime da venda de coisas defeituosas dos arts. 913.º ss. do Código Civil à promessa de venda. 2. (Cont.) Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2004, de 29 de Junho de 2010 e de 13 de Maio de 2021. 3. (Cont.) O conceito de contrato de compra e venda da Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019, e do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro. 4. O direito de anulação [dos arts. 905.º e 913.º do Código Civil]. 5. Os direitos orientados para o cumprimento do contrato – reparação e substituiçãoda coisa defeituosa. 6. (Cont.) Extensão dos direitos orientados para o cumprimento à promessa de venda. 7. Os direitos orientados para a resolução (total ou parcial) do contrato. 8. (Cont.) Extensão do direito de resolução (total ou parcial) do contrato à promessa de venda.

1. O art. 410.º, n.º 1, do Código Civil consagra o princípio da equiparação entre o contrato-promessa e o contrato prometido: ao contrato-promessa são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido[1] – logo, *em princípio*, ao contrato-promessa de compra e venda são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato de compra e venda. Entre os tópicos controvertidos está a extensão do regime da venda de coisas defeituosas à promessa de venda. Em favor da aplicação dos arts. 913.º ss. do Código Civil à promessa de venda, pronunciaram-se, p. ex., Antunes Varela, Calvão da Silva e Pedro Romano Martinez. Antunes Varela diz que "[s]ão aplicáveis

---

* Juiz Conselheiro no Supremo Tribunal de Justiça. Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (com contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU).

[1] O texto do art. 410.º, n.º 1, primeira parte, do Código Civil é do seguinte teor: "À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato-prometido".

à promessa de venda, com as necessárias adaptações, as regras que na compra e venda se referem à determinação e à redução do preço, à venda de bens alheios, de coisas defeituosas, de bens onerados, etc."[2]. Calvão da Silva, que "não se vê por que razão séria as normas do contrato de venda sobre coisas defeituosas (arts. 913.º ss.) não devam considerar-se extensivas ao contrato-promessa, em conformidade com o princípio da equiparação de regime consagrado pelo art. 410.º"[3]. Pedro Romano Martinez, que não se vê por que razão séria não devam considerar-se preenchidos os pressupostos das acções edilícias: "o cumprimento imperfeito já se realizou e o promitente-adquirente terá de reagir nos termos prescritos para a compra e venda"[4]. Em desfavor da aplicação dos arts. 913.º ss. do Código Civil à promessa de venda, pronunciam-se, p. ex., Menezes Cordeiro e Menezes Leitão: "... o regime das perturbações da prestação no contrato de compra e venda não se estende ao contrato-promessa"[5] – e, em consequência, não se estenderiam ao contrato-promessa as disposições dos arts. 913.º a 922.º[6].

O princípio da prioridade do cumprimento depõe no sentido da extensão do regime da venda à promessa de venda: o contrato-promessa de compra e venda só será *cumprido* ou, em todo o caso, só será cumprido *pontualmente* desde que o promitente-vendedor transmita ao promitente-comprador a

---

[2] João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 327.

[3] João Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, 14.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 156.

[4] Pedro Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso – em especial, na compra e venda e na empreitada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, pág. 462 – depois de explicar que, "[t]endo-se recorrido à celebração do contrato-promessa por qualquer [...] motivo, que não o de conceder ao promitente-vendedor a possibilidade de eliminar as desconformidades, depois [de o] promitente-comprador já estar na posse do bem defeituoso, *verbi gratia*, de um andar, parecem estar preenchidos os pressupostos das garantias edilícias no que diz respeito aos defeitos da coisa".

[5] Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 14.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 211 – com a concordância de António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII – *Direito das obrigações. – Contratos. Negócios unilaterais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2018, págs. 359: "... a temática da perturbação das prestações, típica de cada uma das figuras contratuais, não tem lugar na correspondente promessa".

[6] António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII – *Direito das obrigações. – Contratos. Negócios unilaterais*, cit., pág. 359.

propriedade de uma coisa conforme com o contrato, ou seja, de uma coisa sem os defeitos designados no art. 913.º do Código Civil[7-8].

2. Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2004[9], de 29 de Junho de 2010[10] e de 13 de Maio de 2021[11] disseram-no de forma expressa.

O caso apreciado e decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2004 era em substância o seguinte: a Autora tinha prometido vender aos Réus duas fracções de um prédio situado na cidade do Porto – e os Réus, depois de ocuparem as fracções, descobriram graves infiltrações, designadamente de águas pluviais, "devido a deficiências na execução das juntas entre elementos de revestimento e à falta de ventilação e [de] drenagem das paredes exteriores".

Embora tivesse sido informada das infiltrações, a Autora fixou uma data para a conclusão do contrato prometido – e os Réus, em resposta, recusaram-se a concluir o contrato prometido enquanto a Autora não reparasse os defeitos da coisa vendida.

A Autora alegou (explicitamente) que o cumprimento do contrato-promessa de compra e venda era diferente do cumprimento do contrato

---

[7] Cf.. João Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, cit., pág. 157: "... o princípio do cumprimento e execução específica é geral, válido para o contrato-promessa, e... a redução do preço ou a eliminação dos defeitos ou vícios são concretização desse princípio, valendo, por conseguinte, como medidas de aplicação geral".

[8] Em termos em tudo semelhantes, João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2020, págs. 207-209: "O facto [de o] contrato-promessa de compra e venda não assegurar ainda a transmissão do direito de propriedade sobre o imóvel não impede a responsabilização do construtor pelos defeitos nele existentes. O promitente-vendedor, com a celebração do contrato-promessa, fica vinculado a abster-se de quaisquer comportamentos que possam comprometer a viabilidade do contrato prometido, tal como fica adstrito à prática dos atos necessários ao cumprimento pontual da sua obrigação de contratar. Daí que a construção defeituosa do imóvel prometido vender, se traduza já num incumprimento a estes deveres acessórios do promitente-vendedor, o que justifica a aplicação do regime previsto para a venda de coisas defeituosas, atento o mencionado princípio da equiparação do regime do contrato prometido ao respetivo contrato-promessa".

[9] Proferido no processo n.º 04A398 e relatado pelo Conselheiro Azevedo Ramos.

[10] Proferido no processo n.º 258/2002.G1.S1 e relatado pelo Conselheiro Garcia Calejo.

[11] Proferido no processo n.º 1237/15.3T8PVZ.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro João Cura Mariano.

prometido – o contrato-promessa de compra e venda poderia ser cumprido, ainda que a coisa objecto do contrato prometido tivesse defeitos; os Réus alegaram, explícita ou implicitamente, que o contrato-promessa de compra e venda só poderia ser cumprido desde que a coisa objecto do contrato prometido não tivesse defeitos (no sentido do art. 913.º do Código Civil).

O Supremo Tribunal de Justiça afirmou que devia aplicar-se o contra-direito ou excepção do art. 428.º do Código Civil, para concluir que

> "... era lícito aos Réus recusar a celebração da escritura de compra e venda enquanto a Autora não reparasse os defeitos, com fundamento na *exceptio non rite adimplenti contractus*"[12].

Em consonância com a tese de que o contrato-promessa só poderia ser cumprido desde que o promitente-vendedor transmita ao promitente-comprador a propriedade de uma coisa conforme com o contrato, o acórdão de 29 de Junho de 2010[13] determinou que o regime da venda de coisas defeituosas se aplicasse a uma promessa de venda:

> "Se o promitente-comprador, após a assinatura do contrato-promessa, passou a residir no prédio urbano prometido vender, vindo a constatar que o mesmo apresentava defeitos (existência de humidades e infiltrações) deve aplicar-se à situação as regras atinentes à venda de coisas defeituosas".

Entre os casos apreciados e decididos pelos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2004 e de 13 de Maio de 2021 há sobretudo duas diferenças.

---

[12] Sobre o direito de o promitente-comprador recusar o cumprimento do contrato-promessa de compra e venda, enquanto não for reparada ou substituída a coisa objecto do contrato-prometido, *vide* por todos Pedro Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso – em especial, na compra e venda e na empreitada*, cit., pág. 461; ou João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, cit., pág. 210 –"[a] obrigação de outorga do contrato prometido tem um vencimento coincidente com [o da] obrigação de entrega do imóvel vendido sem deficiências" e, em consequência, o promitente-comprador poderia deduzir a excepção prevista no art. 428.º, n.º 1, do Código Civil, "exigindo-se apenas que os defeitos tenham uma dimensão que justifique, segundo os princípios da boa fé, a suspensão da obrigação de celebrar o contrato de compra e venda, enquanto não forem suprimidos".

[13] Proferido no processo n.º 258/2002.G1.S1 e relatado pelo Conselheiro Garcia Calejo.

Enquanto que, no caso apreciado e decidido no acórdão de 25 de Março de 2004, os promitente-compradores invocaram o regime do contrato de compra e venda – dos arts. 913.º ss. do Código Civil –, no caso apreciado e decidido no acórdão de 13 de Maio de 2021, o promitente-comprador invocou o regime do contrato de empreitada; enquanto que, no caso apreciado e decidido no acórdão de 25 de Março de 2004, os promitentes-compradores pretendiam que o tribunal desse como ineficaz a declaração de resolução emitida pela promitente-vendedora, no caso apreciado e decidido no acórdão de 13 de Maio de 2021, o promitente-comprador pretendia que o tribunal desse como eficaz a declaração de resolução e condenasse a promitente-vendedora à restituição do sinal.

As diferenças entre os dois casos eram quase irrelevantes: desde que o promitente-comprador tivesse o direito de exigir ao promitente-vendedor a reparação ou a substituição, teria o direito (teria o contra-direito) de recusar a conclusão do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 428.º do Código Civil, desde que o promitente-comprador tivesse o direito (tivesse o contra-direito) de recusar a conclusão do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 428.º, o promitente-vendedor não poderia prevalecer-se das consequências da mora (nem de uma mora simples, nem de uma mora qualificada pelo preenchimentos dos requisitos do art. 808.º do Código Civil).

Ora o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2021 confirmou que devia aplicar-se o contra-direito ou a excepção do art. 428.º:

> "Verificando-se a existência de defeitos no imóvel prometido vender pelo seu construtor, pode o promitente-comprador, antes da outorga do contrato de compra e venda, denunciá-los e solicitar a sua eliminação, ou a realização de nova obra, nos termos dos art.º 1221.º e 1225.º do Código Civil, devendo a recusa deste em outorgar a escritura até que essas deficiências sejam reparadas, ser considerada um exercício legítimo da excepção de não cumprimento do contrato, na modalidade *exceptio non rite adimpleti contractus*, admitida pelo artigo 428.º, n.º 1, do Código Civil".

Em desenvolvimento da doutrina dos acórdãos de 25 de Março de 2004 e de 29 de Junho de 2010, o Supremo distingue consoante o promitente-vendedor seja ou não o construtor do imóvel objecto do contrato prometido, para o efeito de considerar a remissão do art. 410.º do Código Civil como feita para o regime da *compra e venda* ou da *empreitada*.

Encontrando-nos nós perante um contrato-promessa de compra e venda de um imóvel de que o promitente-vendedor *não seja* simultaneamente construtor, a remissão do art. 410.º, n.º 1, do Código Civil deve entender-se feita para o regime da *compra e venda*.

"Com a celebração do contrato-promessa [de compra e venda] o promitente-vendedor fica vinculado a futuramente transmitir o direito de propriedade sobre um determinado imóvel com as características prometidas"[14] – com a consequência de que,

> "Se, no momento em que deve ocorrer essa transmissão, o imóvel revela vícios ou desconformidades face ao prometido, não salvaguarda os interesses de ambas as partes que o promitente-comprador fique numa posição de escolha entre a resolução do contrato-promessa, frustrando-se o negócio mutuamente desejado por ambas as partes, e a aquisição de um imóvel com defeitos"[15].

Encontrando-nos nós perante um contrato-promessa de venda de um imóvel de que o promitente vendedor seja simultaneamente construtor, a remissão do art. 410.º, n.º 1, deverá entender-se feita para o regime da *empreitada*: "o regime da responsabilidade contratual pelos defeitos da obra no contrato de empreitada é aqui aplicável, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1225.º, n.º 4, e 410.º, n.º 1, do Código Civil":

> "Não faz sentido ser necessário esperar que se concretize o negócio prometido para que se accionem os mecanismos de harmonização de interesses previstos para a venda de coisas defeituosas, pelo que, aplicando o princípio da equiparação do regime do contrato prometido ao respetivo contrato-promessa, pode o

---

[14] Cf. João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, cit., pág. 208, e, em termos em tudo semelhantes, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2021.

[15] Como os argumentos deduzidos na fundamentação do acórdão de 13 de Maio de 2021 correspondem, nesta parte, aos expostos em João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, cit., pág. 208, poderá porventura dar-se como implícita na fundamentação do acórdão a ideia de que "... não se justifica que quem contrate com um empreiteiro a construção de um imóvel, vendendo-o posteriormente a terceiros, seja considerado um construtor/vendedor, para os efeitos do disposto no art. 1225.º, n.º 4, do Código Civil, devendo antes responder, nos termos previstos para a venda de coisas defeituosas (arts. 913.º ss. do Código Civil), pelos defeitos existentes no imóvel" (ob. cit., pág. 203).

promitente-comprador de imóvel construído pelo próprio vendedor exercer os direitos previstos nos art.º 1221.º ss. do Código Civil, antes da outorga da escritura de compra e venda"[16].

3. Os argumentos deduzidos do art. 410.º e dos arts. 913.º ss. do Código Civil são de alguma forma confirmados por argumentos deduzidos das disposições do direito do consumo. O Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, e o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019, sobre a venda de bens de consumo[17-18]. Ora, o art. 2.º da Directiva

---

[16] Cf. João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, cit., pág. 208, e, em termos em tudo semelhantes, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2021.

[17] Sobre a Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019, *vide*, designadamente, Fernando Gómez Pomar, "El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44", in: *indret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 4–2019, págs. 1-7, in: WWW_ < https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/Editorial-FGP-1.pdf >; Dirk Staudenmayer, "Les directives européennes sur les contrats numériques", in: *Revue des contrats*, n.º 4–2019, págs. 125-139; Caroline Caufmann, ""New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20 (2019), págs. 1-11; Jorge Morais Carvalho, "New Developments in EU Consumer Contract Law", in *PoLaR. Portuguese Law Review*, vol. 3 (2019), págs. 11-17; Maria João Vasconcelos, "New Perspectives on Sale of Consumer Goods – Maximum Harmonization and High Protection of Consumers as a Condition for Further Development of Cross-Border Trade in Single Market", in: *PoLaR. Portuguese Law Review*, vol. 3 (2019), págs. 19-31; Jorge Morais Carvalho, "Venda de bens de consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu impacto no direito português", in: *RED. Revista eletrónica de direito*, n.º 3–2019, págs. 63-87; Jorge Morais Carvalho, "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5–2019, págs. 194-201; Mafalda Miranda Barbosa, "O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 79.º (2019), págs. 723-751; Kåre Lilleholt, "A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law", in: *Juridica Internacional*, vol. 28 (2019), págs. 3-8; Felisa Maria Corvo López, "Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771", in: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2020), págs. 118-169; Lidia Arnau Raventós, "Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con

2019/771/UE define contrato de compra e venda como "um contrato ao abrigo do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens e o consumidor paga, ou se compromete a pagar, o respectivo preço". Em consequência da definição do art. 2.º da directiva, o conceito de contrato de compra e venda do direito europeu abrange os contratos de compra e venda e os contratos-promessa de compra e venda do direito português: em primeiro lugar, abrange os contratos de compra e venda, ao abrigo dos quais o vendedor *transfere* a propriedade dos bens e, em segundo lugar, abrange os contratos-promessa de compra e venda, ao abrigo dos quais o vendedor *se compromete a transferir* a propriedade dos bens [de consumo]. Face à relação entre a Directiva 2019/771/UE e o Decreto-Lei n.º 84/2021, as disposições do Decreto-Lei n.º 84/2021, designadamente as disposições relativas à conformidade e à falta de conformidade dos bens com o contrato de compra e venda, devem aplicar-se ao contrato-promessa de compra e venda[19].

O facto de o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, aditar uma definição de contrato de compra e venda ao Decreto-Lei n.º 24/2014,

---

varias prestaciones", in: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2020), págs. 796-807; Jorge Morais Carvalho, "Contratos de Compraventa de Bienes (Directiva 2019771) y Suministro de Contenidos o Servicios Digitales (Directiva 2019770) – Ámbito de Aplicación y Grado de Armonización", in: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2020), págs. 930-940; Nuno Manuel Pinto Oliveira, "O direito europeu da compra e venda 20 anos depois. Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019", in: *Revista de direito comercial*, ano 4 (2020), págs. 1217-1376; e, por último, Paulo Mota Pinto, "Venda de bens de consumo. Apontamento sobre a transposição da Directiva (UE) 2019/771 e o direito português", in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 17 – 2021, págs. 511.

[18] Sobre a transposição da Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019, para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, *vide* designadamente Jorge Morais Carvalho, "Compra e venda para consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais", in: WWW: < https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/11/02/compra-e-venda-para-consumo-e-fornecimento-de-conteudos-e-servicos-digitais-primeiras--notas-ao-decreto-lei-n-o-84-2021-de-18-de-outubro/ > (2 de Novembro de 2021); ou Sandra Passinhas, "O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal", in: *Revista de direito comercial*, ano 5 (2021), págs. 1463-1528.

[19] Embora o alcance da Directiva 2019/771/UE seja mais restrito, por se aplicar aos *bens móveis*, e só aos *bens móveis*, e o alcance do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, seja mais amplo, por se aplicar a todos os bens, *móveis* e *imóveis*, só com dificuldade se poderia sustentar que *um diploma* (um *único* diploma!) pressupusesse *duas definições* de compra e venda.

de 14 de Fevereiro[20], e de a definição do contrato de compra e venda do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, excluir o contrato-promessa de compra e venda[21], é em tudo compatível com o argumento deduzido da Directiva 2019/771/UE e do Decreto-Lei n.º 84/2021.

O art. 2.º, n.º 2, alínea d), do Decreto-Lei n.º 24/2014 determina que as disposições relativas aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial não se aplicam aos "[c]ontratos relativos à construção, à reconversão substancial, à compra e venda ou a outros direitos respeitantes a imóveis, incluindo o arrendamento" – e, fora dos contratos respeitantes a bens imóveis, ou a direitos relativos a bens imóveis, os contratos-promessa são algo de raro (socialmente atípico).

Em todo o caso, ainda que excepcionalmente se concluísse um contrato-promessa, a aplicação estrita da definição de contrato de compra e venda da Directiva n.º 2019/2161, de 27 de Novembro de 2019 – "qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor, incluindo qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços" – determinaria, p. ex.., uma duplicação de esclarecimentos ou de informações. O profissional teria o dever de esclarecer ou de informar o consumidor antes da conclusão do contrato-promessa[22] e, depois da conclusão do contrato-promessa, antes da conclusão do contrato-prometido[23]. O art. 3.º, alínea j), Decreto-Lei n.º 24/2014 compreende-se (compreender-se-á porventura) dentro do contexto da disciplina dos contratos à distância, ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – não se compreende (não se compreenderia) dentro de um contexto distinto, como *limitação dos*

---

[20] Cf. art. 3.º, alínea j), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, na redacção do Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro: "Para efeitos do presente decreto-lei, entende-se por 'contrato de compra e venda', qualquer contrato ao abrigo do qual o fornecedor de bens e prestador de serviços transfere a propriedade dos bens para o consumidor, incluindo qualquer contrato que tenha simultaneamente por objecto bens e serviços".

[21] Como decorre do texto do art. 3.º, alínea j). "... contrato ao abrigo do qual o fornecedor de bens e prestador de serviços *transfere a propriedade dos bens*...".

[22] Ou seja, antes da conclusão do contrato "ao abrigo do qual o profissional... se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor".

[23] Ou seja, antes da conclusão do contrato "ao abrigo do qual o profissional transfere... a propriedade dos bens para o consumidor".

direitos do promitente-comprador-consumidor e, em especial, como limitação dos direitos do promitente-comprador-consumidor *de bens imóveis*.

O texto seguinte pronunciar-se-á sobre a aplicação das disposições relativas à venda de coisas defeituosas dos arts. 913.º ss. do Código Civil e, sobretudo, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, aos contratos-promessa de compra e venda de bens imóveis no sentido do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 84/2021 – ou seja, aos contratos-promessa de compra e venda de *prédios urbanos para fins habitacionais*[24-25].

O problema não estará ou não estará *essencialmente* nos critérios da conformidade do art. 913.º do Código Civil, do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, ou do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro[26]. Entre o direito civil e o direito do consumo encontra-se

---

[24] O Decreto-Lei n.º 84/2021 define *bens imóveis* como "prédios urbanos para fins habitacionais, entendendo-se como tal qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro, sendo parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência". A primeira parte da definição é necessária: dentro dos bens imóveis, o Decreto-Lei n.º 84/2021 só deve aplicar-se aos prédios urbanos e, dentro dos prédios urbanos, só deve aplicar-se aos prédios destinados a fins habitacionais. A segunda parte da definição é desnecessária – e, se não for desnecessária, estará errada. Ou bem que, depois da locução "entendendo-se como tal", se pretende definir *prédio urbano*, ou bem que, depois da locução "entendendo-se como tal", se pretende definir prédio urbano *para fins habitacionais*. *Caso se pretenda definir* prédio urbano, a definição é desnecessária: a afirmação de que o prédio urbano é um edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro, decorre do art. 204.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil e a afirmação de que é parte integrante de um prédio urbano toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência, decorre do art. 204.º, n.º 3, do Código Civil. *Caso se pretenda definir* prédio urbano para fins habitacionais, a definição, ainda que não fosse desnecessária, estaria errada: o art. 204.º do Código Civil define coisas imóveis e, dentro das coisas imóveis, define prédios urbanos – independentemente de terem ou não terem fins habitacionais.

[25] Face ao texto do art. 2.º do Decreto-Lei 84/2021, não se exige, [...] que [os prédios urbanos] se destinem a habitação própria e muito menos se exige que a habitação seja permanente" (Sandra Passinhas, "O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal", cit., págs. 1473-1474).

[26] Enquanto o art. 5.º e o art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 colocam a cargo do vendedor o dever de entregar ao comprador bens conformes com o contrato de compra e venda. Os arts. 6.º e 7.º especificam os requisitos subjectivos e os requisitos objectivos de conformidade aplicáveis à venda de bens móveis e o art. 22.º, n.º 2, especifica os requisitos de conformidade aplicáveis à venda de bens imóveis – através de *presunções* e, dentro das presunções, através de presunções de *não-conformidade*.

ainda algumas diferenças – e, dentro do direito do consumo, encontra-se algumas diferenças entre os critérios da conformidade dos bens móveis[27] e os critérios da conformidade dos bens imóveis[28]. Embora algumas das diferenças entre o direito civil e o direito do consumo, ou entre os critérios da conformidade de bens móveis e de bens imóveis, sejam difíceis de explicar – designadamente, as diferenças relativas aos critérios da durabilidade e da funcionalidade[29], às características da protecção ambiental[30-31-32]

---

[27] Cf. arts. 5.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

[28] Cf. art. 22.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

[29] Enquanto no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, a propósito da conformidade dos bens móveis, se determina que devem "possuir [as] características, inclusive no que respeita à durabilidade [e] funcionalidade, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo", no art. 22.º, a propósito da conformidade dos bens imóveis, especifica-se que devem possuir características, inclusive no que respeita à funcionalidade, "de modo a assegurar a aptidão dos mesmos aos usos a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável". O critério da aptidão dos bens para o uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável é semelhante aos critérios da funcionalidade e da durabilidade – a funcionalidade concretiza-se na capacidade de os bens desempenharem as suas funções e a durabilidade, na capacidade de os bens manterem o seu desempenho através de uma utilização normal [na alínea j) do art. 2.º, define-se a funcionalidade como a "capacidade de os bens desempenharem as duas funções tendo em contra a sua finalidade" e, na alínea i), define-se a durabilidade como a "capacidade de os bens manterem as suas funções e desempenho através de utilização normal"] –; seja como for, a alusão ao *período de vida útil*, à razoabilidade *económica* ou à razoabilidade *técnica* seria porventura mais apropriada aos *bens móveis* que aos *bens imóveis*.

[30] Enquanto no art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021, a propósito da conformidade dos bens imóveis, se faz uma referência à protecção do ambiente, quando se diz que "o profissional tem o dever de entregar ao consumidor [...] bens imóveis [...] que apresentem [...] características de protecção ambiental", nos arts. 5.º a 7.º, a propósito da conformidade dos bens móveis, não se faz nenhuma referência à protecção do ambiente ou à sustentabilidade.

[31] O texto do art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 causa algumas dificuldades de interpretação. Em primeiro lugar, pode perguntar-se o que são *características de protecção ambiental* e, em particular, o que são características de protecção ambiental *de bens imóveis*. Em segundo lugar, pode perguntar-se se, para determinar quais são as características de protecção ambiental que os bens imóveis devem apresentar, deve atender-se ao segmento final do art. 22.º, n.º 1: "características [...] de protecção ambiental [...] *de modo a assegurar a aptidão [dos bens] ao uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável*". Em caso de resposta afirmativa, deverá atender-se a *todo* o segmento final ou deverá atender-se, tão-só, a uma *parte* do segmento final do n.º 1, ou seja, às palavras "técnica e economicamente razoável"?

e à relevância ou irrelevância das declarações públicas[33] –, estamos convencido de que o art. 913.º do Código Civil, o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 ou o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 84/2021 devem aplicar-se, com as adaptações necessárias, ao contrato-promessa de compra e venda. Em vez de estar nos critérios da conformidade, o problema estará, sempre ou quase sempre, nos direitos do comprador ou do promitente-comprador em caso de falta de conformidade.

4. O art. 905.º, aplicável à venda de coisas defeituosas por remissão do art. 913.º do Código Civil, dá ao comprador o direito potestativo de anulação do contrato de compra e venda, por erro, espontâneo ou provocado (por dolo do vendedor).

– O art. 22.º, n.º 1, pretenderá porventura significar que *o profissional tem o dever de entregar ao consumidor que apresentem características de protecção ambiental técnica e economicamente razoáveis*? – Em terceiro lugar, pode perguntar-se quais são as características de protecção ambiental que devem ser descritas na *ficha técnica de habitação*. O art. 22.º, n.º 3, diz que "as características de qualidade, de segurança, de protecção ambiental e de funcionalidade mencionadas no n.º 1 são descritas na ficha técnica da habitação a que se refere o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 68/2004, de 25 de Março". Ora o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 68/2004 diz que "... o promotor imobiliário está obrigado a elaborar um documento descritivo das características técnicas e funcionais do prédio urbano para fins habitacionais". Entendendo-se, como deve entender-se, que depois do art. 22.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 84/2021, a ficha técnica de habitação deve dizer mais do que diz, deve fazer mais do que descrever as características técnicas e funcionais do prédio urbano para fins habitacionais, pergunta-se: que deve dizer mais? Que características técnicas relevantes para efeitos de protecção ambiental deverão constar do documento descritivo do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 68/2004?

[32] Independentemente das dificuldades de interpretação causadas pelo art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021, as características de protecção ambiental não deveriam ser exigidas, em termos semelhantes, em tudo semelhantes, para os bens imóveis e para os bens móveis (p. ex., para os automóveis)?

[33] Enquanto no art. 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021, a propósito da conformidade dos bens móveis, se determina que "[o] profissional não fica vinculado às declarações públicas a que se refere a alínea d) do número anterior se demonstrar que [...] não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; [...] no momento da conclusão do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida por forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; [ou que] [a] decisão de contratar não podia ter sido influenciada por aquela declaração", no art. 22.º, a propósito da conformidade dos bens imóveis, não se determina nada de semelhante.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 2010[34] deduziu do princípio da equiparação do art. 410.º, n.º 1, do Código Civil que o regime da venda de coisas defeituosas deve aplicar-se à promessa de venda e que, desde que o regime da venda de coisas defeituosas deve aplicar-se à promessa de venda, o promitente-comprador deve dispor do direito de anulação do contrato:

> "... face à remissão para as normas da venda de bens onerados, [o autor] poderia pedir a anulação do contrato (por erro ou dolo), a redução do preço [...] ou a indemnização (pelo interesse contratual negativo)"[35].

O problema está em que a aplicação do art. 905.º à venda de coisas defeituosas é controvertida e em que, ainda que a aplicação do art. 905.º à venda de coisas defeituosas não fosse controvertida, sempre o art. 410.º, n.º 1, do Código Civil estabeleceria limites à equiparação entre o contrato-promessa e o contrato prometido.

Entre os limites ao princípio da equiparação estão as disposições legais que, "por sua razão de ser", não devam considerar-se extensivas ao contrato-promessa e entre as disposições legais que, por sua razão de ser, não devem considerar-se extensivas ao contrato-promessa *de compra e venda* estão aquelas que pressupõem a *eficácia real*.

Ora, os arts. 913.º e ss. do Código Civil distinguem os contratos de compra e venda *com* e *sem* eficácia real imediata: – *com eficácia real imediata*, como acontece na venda de uma coisa actual, determinada ou individualizada; – *sem eficácia real imediata*, como acontece na venda de uma coisa futura, ou na venda de uma coisa indeterminada – como, p. ex., na venda de uma coisa genérica. Os contratos de compra e venda com eficácia real imediata seriam anuláveis; os contratos de compra e venda sem eficácia real imediata,

---

[34] Proferido no processo n.º 258/2002.G1.S1 e relatado pelo Conselheiro Garcia Calejo.

[35] A fundamentação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 2010 causa algumas dificuldades: – por um lado, afirma-se que o contrato-promessa é anulável por remissão do art. 410.º para o regime da venda e, dentro do regime da venda, da venda de coisas defeituosas; – ora, o art. 913.º remete para o art. 905.º e o art. 905.º remete para o art. 251.º, ou seja, para o *erro sobre o objecto* e, dentro do erro sobre o objecto, para o *erro sobre as qualidades do objecto*; – por outro lado, afirma-se que o contrato-promessa é anulável por causa da remissão do art. 252.º, n.º 2, para o art. 437.º: "[p]ara o caso dos autos, deveremos focar-nos no erro quando à base do negócio, que vem previsto e regulado no n.º 2 do art. 252.º".

não. O art. 918.º do Código Civil determina que aos contratos de compra e venda sem eficácia real imediata são aplicáveis as disposições relativas ao não cumprimento – e, entre os corolários da aplicação das disposições relativas ao não cumprimento das obrigações, está a desaplicação do art. 905.º[36]. O contrato-promessa de compra e venda é um contrato *sem* eficácia real; como seja um contrato *sem* eficácia real, a remissão do art. 410.º, n.º 1, para o regime da venda de coisas defeituosas não abrangerá (não deverá abranger) uma remissão para o art. 905.º do Código Civil.

5. O art. 914.º, primeira parte, do Código Civil é do seguinte teor:

> "O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e [a coisa] tiver natureza fungível, a [sua] substituição".

O critério da *fungibilidade* remete para a distinção do art. 207.º do Código Civil, entre as *coisas fungíveis* – "... que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas" – e as *coisas não fungíveis*.

Ora a distinção do art. 207.º do Código Civil é de quando em quando qualificada como uma distinção privativa das coisas móveis[37] – logo, o comprador de coisas móveis teria dois direitos, o direito à reparação ou à substituição, e o comprador de coisas imóveis teria, tão-só, um direito – teria, tão-só, o direito à reparação dos defeitos[38].

---

[36] Cf. designadamente João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, págs. 243-244: "Em termos práticos, *a diferença e o grande alcance do art. 918.º* relativamente ao regime da garantia por vícios, modelado para a coisa específica, reside na *preclusão da opção pela anulação do contrato*".

[37] Cf. Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1964 (reimpressão), pág. 252 (nota n.º 3) – com a concordância de Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao art. 207.º, in: *Código Civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º-761.º*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 201.

[38] Contestando a qualificação da distinção do art. 207.º como distinção privativa das coisas móveis, António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. III – *Parte geral – Coisas (incluindo domínio público, energia, teoria da empresa e tutela dos animais)*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2019, pág. 226 – com a concordância

O art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, atribuía ao comprador o direito à substituição, sem distinguir entre os bens móveis e os bens imóveis[39]; o art. 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, *distinguindo entre os bens móveis e os bens imóveis*, atribui ao comprador *de bens imóveis* o direito à substituição do bem.

O texto do art. 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 corresponde praticamente palavra por palavra ao texto do art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril[40]. Embora, formalmente, o art. 24.º, n.º 1, diga tão-só aquilo que estava disto, substancialmente diz algo de diferente – e diz algo de diferente, por dizer aquilo que estava dito *em contexto diferente:* o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 falava *genericamente* do direito de substituição, sem distinguir os bens móveis e os bens imóveis, e o art. 24.º do Decreto-Lei n.º 84/2021 fala *especificamente* do direito de substituição dos *bens imóveis.*

6. O art. 914.º do Código Civil, o antigo art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 e o novo art. 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 devem aplicar-se à promessa de venda[41].

As razões justificativas do direito à reparação e do direito à substituição procedem *a pari* para o contrato-promessa de compra e venda – com a

---

de José Alberto Vieira, anotação ao art. 207.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2020, págs. 587-588 (588).

[39] A *abertura* do art. 4.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 67/2003 à substituição dos bens imóveis foi *reforçada* pelo art. 4.º, n.º 2, na redacção do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio: "Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável".

[40] Com uma única diferença: o art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003 dizia "Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato" e o art. 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 diz "Em caso de falta de conformidade do bem imóvel"; como a falta de conformidade do art. 24.º, n.º 1, é uma falta de conformidade com o contrato, a diferença resume-se a uma palavra – *imóvel*.

[41] Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2021, proferido no processo n.º 1237/15.3T8PVZ.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro João Cura Mariano – ainda que a propósito de um caso em que o vendedor era construtor do imóvel objecto do contrato-prometido e em que, por conseguinte, era aplicável o regime da empreitada: "[v]erificando-se a existência de defeitos no imóvel prometido vender pelo seu construtor, pode o promitente-comprador, antes da outorga do contrato de compra e venda, denunciá-los e solicitar a sua eliminação, ou a realização de nova obra".

actuação ou o exercício do direito à reparação ou do direito à substituição da coisa objecto do contrato-prometido, o promitente-comprador está a exigir o cumprimento do contrato-promessa. Estando em causa o direito à substituição da coisa defeituosa, o argumento *a pari* converter-se-á – ou poderá porventura converter-se – num argumento *a fortiori*: o interesse do promitente-comprador na substituição ficará mais amplamente satisfeito se o bem imóvel for substituído pelo promitente-vendedor *antes da transmisão da propriedade* do que se o bem imóvel só for substituído pelo vendedor *depois da transmissão da propriedade*.

Calvão da Silva alega que o promitente-comprador pode cumular o pedido de execução específica com o pedido de eliminação dos defeitos da coisa objecto do contrato-prometido:

> "*... a admissibilidade de cumulação dos pedidos – execução específica mais... a eliminação dos defeitos da coisa, afinal, direito ao exacto cumprimento – é a solução mais condizente com o princípio da economia processual*: para quê negá-la e obrigar o promitente-adquirente a propor uma acção autónoma posterior á acção constitutiva (art. 830.º) se os dois pedidos se encontram tão substancialmente ligados que traduzem, funcionalmente, o *cumprimento pontual, conforme ao contrato?*"[42]

Estamos em crer que deve distinguir-se consoante a eliminação dos defeitos deva ser feita através da reparação ou através da substituição da coisa defeituosa.

Entendemos que os argumentos em favor da cumulação de pedidos procedem *sem reserva* para os casos em que a eliminação dos defeitos deva ser feita através da reparação[43] e que não procedem ou, em todo o caso, não procedem *sem reserva* para os casos em que a eliminação dos defeitos deva ser feita através da substituição.

Quando propõe uma acção de execução específica, deduzindo um pedido *de que o promitente vendedor seja condenado à substituição*, ou um pedido *de que a coisa objecto do contrato prometido seja substituída*, o promitente-comprador

---

[42] João Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, cit., pág. 157.

[43] Quando propõe uma acção de execução específica, deduzindo um pedido de que o promitente-vendedor seja condenado à reparação, o promitente-comprador está a fazer algo que se compreende com facilidade: está a dizer que quer *aquela coisa*, objecto do contrato prometido, e que quer que os defeitos *daquela coisa* sejam eliminados, através da *reparação*.

pode estar a fazer uma de duas coisas: Em primeiro lugar, pode estar a cumular um pedido próprio de uma acção constitutiva e um pedido próprio de uma acção de condenação. O tribunal substituiria a declaração de vontade negocial do promitente-vendedor, transmitindo a propriedade da coisa objecto do contrato prometido para o promitente-comprador, e, em seguida, condenaria o promitente-vendedor a substituir a coisa cuja propriedade tinha sido transmitida. Em segundo lugar, o promitente-comprador pode estar a cumular dois pedidos próprios de duas acções constitutivas. O tribunal substituiria a coisa objecto do contrato-prometido e, em seguida, substituiria a declaração de vontade negocial do promitente vendedor, transmitindo para o promitente-comprador a propriedade de uma coisa distinta daquela que o promitente-vendedor tinha prometido vender e daquela que o promitente-comprador tinha prometido comprar. O efeito da execução específica do contrato-promessa de compra e venda seria a venda de um bem de substituição.

Ora, o primeiro termo da alternativa significaria que o promitente-comprador está a fazer algo que não se compreende, ou que não se compreende com facilidade, e o segundo termo da alternativa significaria que o promitente-comprador está a fazer algo que se compreende, sem que tenha o direito de o fazer. O primeiro termo da alternativa significaria que o promitente-comprador está a fazer algo que não se compreende, ou que não se compreende com facilidade – está a dizer que *quer* e a dizer que *não quer* aquela coisa; está a dizer que a *quer*, e para isso pede a execução específica do contrato-promessa; está a dizer que não a *quer*, e para isso pede aa substituição da coisa cuja propriedade lhe seja transmitida pela execução específica do contrato-promessa. O segundo termo da alternativa significaria que o promitente-comprador está a fazer algo que se compreende, e que se compreende com facilidade – está a dizer que *não quer* a coisa objecto do contrato prometido e que *quer* uma coisa distinta, sem defeitos.

O art. 914.º do Código Civil, o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 ou o art. 24.º do Decreto-Lei n.º 24/2021 constroem o direito do comprador, ou do promitente-comprador, à substituição da coisa defeituosa como um *direito subjectivo propriamente dito* e, dentro dos direitos subjectivos propriamente ditos, um *direito de crédito*; ora, o direito subjectivo propriamente dito de exigir que o promitente-vendedor substitua a coisa defeituosa, não conforme, deve distinguir-se do direito (potestativo?) de designar ou de especificar

qual é a coisa conforme ao contrato que deve substituir a coisa defeituosa, não conforme.

Embora tenha o direito de exigir que o promitente-vendedor substitua a coisa defeituosa, não conforme, o promitente-comprador não tem o direito de designar ou de especificar qual é a coisa conforme ao contrato que deve substituir a coisa não conforme.

O corolário da distinção entre os dois direitos – reparação e substituição – é o de que, ainda que possa cumular um pedido de execução específica do contrato-promessa de compra e venda com um pedido de condenação do promitente-vendedor à reparação da coisa objecto do contrato prometido, o promitente-comprador não poderá cumular o pedido de execução específica do contrato-promessa nem com um pedido de condenação do promitente--vendedor à substituição da coisa objecto do contrato prometido, nem, tão-pouco, com um pedido de substituição da coisa objecto do contrato.

7. Os arts. 913.º ss. do Código Civil não atribuem ao comprador o direito de resolução; ainda que os arts. 913.º ss. não atribuam ao comprador um direito de resolução, a doutrina e a jurisprudência chegaram a algum consenso quanto a duas coisas.

O comprador poderá fixar um prazo adicional ou suplementar, de duração razoável, para que o vendedor cumpra a obrigação prevista no art. 914.º do Código Civil, para que o vendedor repare ou para que o vendedor substitua a coisa defeituosa – e, desde que o vendedor não cumpra a obrigação prevista no art. 914.º, não repare ou não substitua a coisa defeituosa dentro do prazo adicional ou suplementar fixado de acordo com o art. 808.º do Código Civil, o comprador poderá resolver o contrato de compra e venda[44].

Em contraste com os arts. 913.º ss. do Código Civil, o art. 4.º do Decreto--Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, e o art. 24.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de

---

[44] Cf. designadamente os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e 29 de Setembro de 2002, proferido no processo n.º 02A3026 e relatado pelo Conselheiro Ribeiro Coelho; de 27 de Maio de 2008, proferido no processo n.º 08A1045 e relatado pelo Conselheiro Garcia Calejo; de 29 de Abril de 2010, proferido no processo n.º 14/10.2YFLSB e relatado pelo Conselheiro Moreira Alves; de 17 de Fevereiro de 2011, proferido no processo n.º 3958/06.3TBGDM.P1.S1 e relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza; de 18 de Setembro de 2014, proferido no processo n.º 1857/09.9TJVNF.S1.P1 e relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego; ou de 4 de Outubro de 2016, proferido no processo n.º 2679/13.4TBVCD.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira.

18 de Outubro, conferem ao comprador o direito de resolução. O art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 fazia-o sem mais; i.e., fazia-o sem distinguir os requisitos da resolução dos contratos de compra e venda de bens móveis e de bens imóveis; os arts. 15.º, n.º 4, e 24.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021, esses, fazem-no, distinguindo os requisitos da resolução do contrato.

O art. 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 84/2021 aplica-se à venda de bens móveis e determina que o comprador-consumidor tem de dar uma segunda oportunidade ao vendedor-profissional. Em regra, o comprador-consumidor não pode resolver o contrato antes de dar ao vendedor-profissional uma oportunidade de reparar ou de substituir o bem não conforme[45]. O art. 24.º, n.º 1, aplica-se à venda de bens imóveis, e determina que o comprador-consumidor não tem de dar uma segunda oportunidade ao vendedor profissional. Em regra, o comprador-consumidor pode resolver o contrato, sem mais[46].

Em relação à venda de bens móveis, alterou-se o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003. Eliminou-se a regra de que o comprador-consumidor pode escolher entre os direitos orientados para o cumprimento (reparação e substituição) e os direitos orientados para a extinção, total ou parcial, do contrato (resolução e redução do preço). Em relação à venda de bens imóveis, não se alterou o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003 – não se eliminou a regra de que o comprador pode escolher entre os direitos orientados para

---

[45] O art. 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 84/2021 estabelece que "[o] consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso: a) O profissional: i) Não tenha efectuado a reparação ou a substituição do bem; ii) Não tenha efectuado a reparação ou a substituição do bem nos termos do disposto no artigo 18.º; iii) Tenha recusado repor a conformidade dos bens nos termos do número anterior; ou iv) Tenha declarado, ou resulte evidente das circunstâncias, que não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor; b) A falta de conformidade tenha reaparecido apesar da tentativa do profissional de repor os bens em conformidade; c) Ocorra uma nova falta de conformidade; ou d) A gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda".

[46] O art. 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2021 estabelece que, "[e]m caso de falta de conformidade do bem imóvel, o consumidor tem direito a que esta seja reposta, a título gratuito, por meio de reparação ou de substituição, à redução proporcional do preço ou à resolução do contrato" e o n.º 2, que "[o] consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos no número anterior, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais".

o cumprimento e os direitos orientados para a extinção, total ou parcial, do contrato.

O resultado da separação, da "incompreensível separação"[47], entre os regimes da venda de bens móveis e imóveis seria absurdo – sistemática e teleologicamente insustentável. Os requisitos da resolução do contrato de compra e venda de bens móveis seriam mais rigorosos que os requisitos da resolução do contrato de compra e venda de bens móveis[48]. Estando em causa um resultado absurdo, um resultado sistemática e teleologicamente insustentável, estamos convencidos de que deverá corrigir-se – e de que deverá corrigir-se através da aplicação dos requisitos do art. 15.º, n.º 4, à resolução do contrato de compra e venda de *bens imóveis*, como concretização da cláusula geral do *abuso do direito*. O comprador-consumidor que actua ou exerça o direito de resolução sem dar ao vendedor-profissional uma oportunidade para reparar ou para substituir os bens não conformes, ainda que a falta de conformidade não seja tão grave que explique ou justifique a resolução imediata do contrato[49], está a actuá-lo ou a exercê-lo *abusivamente – o* exercício do direito de resolução constituirá *abuso de direito*, "nos termos gerais"[50-51].

---

[47] Em "Compra e venda para consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais", Jorge Morais Carvalho começa por dar conta de que "[se desconhece] a razão pela qual se optou por ter um regime diferente para as coisas móveis e para as coisas imóveis", continua declarando que "[a] solução não é lógica" e conclui qualificando de incompreensível a separação entre os dois regimes.

[48] Esforçando-se por evitar o resultado absurdo da aplicação de requisitos mais rigorosos à resolução do contrato de compra e venda de bens *móveis* e de requisitos menos rigorosos à resolução do contrato de compra e venda de bens *imóveis* – prédios urbanos para fins habitacionais –, Sandra Passinhas sugere que a ausência de uma hierarquização formal, jurídica, corresponde a uma hierarquização prática: "O consumidor continua a poder exercer qualquer daqueles direitos, salvo se se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais, convocando, pois, um juízo concreto de proporcionalidade, que redundará, em última análise, numa hierarquização prática dos remédios" ("O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal", cit., págs. 1521-1522).

[49] Cf. art. 15.º, n.º 4, alínea d), do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

[50] Cf. art. 24.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

[51] Em termos algo distintos, ainda que com resultados comparáveis, Sandra Passinhas, "O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal", cit., págs. 1521-1522.

8. O direito de resolução decorrente da coordenação do art. 914.º com os arts. 801.º, n.º 2, 802.º e 808.º do Código Civil deve aplicar-se ao contrato-promessa de compra e venda.

O promitente-comprador terá o ónus de fixar um prazo adicional ou suplementar, de duração razoável, para que o promitente-vendedor repare ou substitua a coisa defeituosa – e, desde que o promitente-vendedor não repare ou não substitua a coisa defeituosa dentro do prazo adicional ou suplementar fixado de acordo com o art. 808.º, n.º 1, do Código Civil, o comprador poderá resolver o contrato de compra e venda.

Exceptua-se os casos em que o cumprimento se tenha tornado impossível[52], ou em que o cumprimento se tenha tornado inútil[53], em que o devedor declare que não cumprirá[54] ou em que, ainda que o devedor nada declare,

---

[52] Cf. arts. 801.º, n.º 2, e 802.º do Código Civil.

[53] Cf. art. 808.º, n.º 1, primeira alternativa, do Código Civil: "Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação...".

[54] Cf. designadamente acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 2010, proferido no processo n.º 3272/04.8TBAVR.C2.S1 e relatado pelo Conselheiro Hélder Roque; de 12 de Janeiro de 2010, proferido no processo n.º 218/06.2TVPRT.S1 e relatado pelo Conselheiro Moreira Camilo; de 9 de Outubro de 2010, proferido no processo n.º 12.764/03.5TOER.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Urbano Dias; de 9 de Dezembro de 2010, proferido no processo n.º 3803/06.9TBAVR.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues; de 24 de Janeiro de 2012, proferido no processo n.º 343/04.4TBMTJ.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Azevedo Ramos; de 24 de Maio de 2012, proferido no processo n.º 1288/08.4TBAGD.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Serra Baptista; de 6 de Junho de 2013, proferido no processo n.º 8473/07.4TBCSC.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca; de 26 de Setembro de 2013, proferido no processo n.º 564/11.3TVLSB.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Sérgio Poças; de 29 de Janeiro de 2014, proferido no processo n.º 954/05.0TCSNT.L1 e relatado pelo Conselheiro Mário Mendes; de 11 de Fevereiro de 2014, proferido no processo n.º 6723/09.1TVLSB.L1.S1 e relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor; de 15 de Janeiro de 2015, proferido no processo n.º 473/12.9TVLSB.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Abrantes Geraldes; de 14 de Abril de 2015, proferido no processo n.º 2733/10.4TBLLE.E1.S1 e relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas; ou de 5 de Maio de 2015, proferido no processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1 e relatado pelo Conselheiro João Camilo; de 19 de Maio de 2016, proferido no processo n.º 924/14.8TVLSB.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego; de 13 de Outubro de 2016, proferido no processo n.º 7185/12.1TBCSC.L1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo; de 8 de Junho de 2017, proferido no processo n.º 7461/14.9T8SNT.L1.S1 e relatado pelo Conselheiro Salazar Casanova; de 22 de Maio de 2018, proferido no processo n.º 27800/15.4T8PRT.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro José Manso Rainho.

deva considerar-se que a continuação (subsistência) da relação contratual não é exigível ao credor[55-56].

Em termos em tudo semelhantes, o art. 24.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021 *desde que interpretado correctivamente, de uma forma sistemática e teleologicamente sustentável*, deverá aplicar-se ao contrato-promessa de compra e venda.

Entre o direito civil e o direito do consumo haverá, tão-só, uma diferença sensível: em direito civil, o promitente-comprador terá o ónus de fixar um prazo adicional ou suplementar, de duração razoável, para que o promitente-vendedor repare ou substitua a coisa defeituosa; em direito do consumo, o promitente-comprador não terá sequer o ónus de fixar um prazo adicional ou suplementar. O art. 15.º, n.º 4, alínea a), sub-alínea ii), do Decreto-Lei n.º 84/2021 dispõe que o comprador-consumidor pode resolver o contrato caso o profissional não tenha efectuado a reparação ou a substituição do bem nos termos do art. 18.º e o art. 18.º, n.º 2, alínea b), diz que a reparação ou substituição deve ser efectuada "num período razoável a contar do momento em que o vendedor[-profissional] tenha sido informado pelo [comprador-]consumidor da falta de conformidade". O prazo começa

---

[55] Cf. designadamente os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2008, proferido no processo n.º 08B1079 e relatado pelo Conselheiro Serra Baptista; de 11 de Fevereiro de 2015, proferido no processo n.º 2434/12.9T2AVR.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino; de 12 de Janeiro de 2017, proferido no processo n.º 40/13.0TBBBR.C1.S1 e relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego; de 17 de Maio de 2018, proferido no processo n.º 567/11.8TVLSB.L1.S2 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo; ou de 17 de Outubro de 2019, proferido no processo n.º 25097/17.0T8PRT.P1.S1, de que fomos relator.

[56] Os termos em que o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018 se pronuncia sobre a resolução do contrato, por inexigibilidade da continuação da relação contratual, são paradigmáticos: "III. – Os pressupostos da resolução por justa causa não se confundem com os pressupostos do regime da transformação da mora em incumprimento definitivo (art. 808.º do Código Civil), posto que o juízo de verificação da justa causa resolutiva assenta na avaliação da ruptura da relação de confiança entre as partes e não na aferição da subsistência ou não do interesse do credor na prestação. IV – Revelando a factualidade provada que, face aos sucessivos e gravosos incumprimentos [...], a confiança da autora na competência e na capacidade do devedor para levar a bom termo a tarefa ficou irremediavelmente afectada, é de concluir que se tornou inexigível a subsistência do vínculo contratual, o que consubstancia justa causa resolutiva, sem necessidade de recurso prévio à interpelação admonitória exigida pelo regime do art. 808.º do Código Civil".

a correr com a comunicação da falta de conformidade – e, desde que o vendedor (ou o promitente-vendedor) não repare ou não substitua os bens dentro de um prazo razoável, o comprador (ou o promitente-comprador) pode resolver o contrato.

Excluída a diferença, e diferença sensível, em tema de ónus de fixação de um prazo adicional ou suplementar para a reparação ou substituição, as regras do art. 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 84/2021 são só uma concretização dos princípios e das regras gerais.

Em tema de resolução do contrato por impossibilidade de cumprimento, o art. 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 84/2021 distingue consoante o vendedor tenha ou não declarado que a reparação e a substituição do bem não conforme se tornaram impossíveis.

Quando o vendedor-profissional tenha declarado que os dois meios de reposição da conformidade do bem com o contrato são impossíveis aplica-se a sub-alínea iii) da alínea a): *O comprador-consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso o profissional tenha recusado repor a conformidade dos bens nos termos do número anterior.* Ora o art. 15.º, n.º 3, diz que *o vendedor-profissional pode recusar repor a conformidade dos bens se a reparação ou a substituição forem impossíveis.* Quando o vendedor-profissional não tenha declarado que os dois meios de reposição da conformidade dos bens com o contrato são impossíveis, aplica-se a sub-alínea iv) da alínea a): *O comprador-consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso resulte evidente das circunstâncias que [o profissional] não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor.*

A resolução do contrato por inutilidade do cumprimento, ainda que não esteja expressamente prevista, deve coordenar à alínea d): *O consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso a gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda.* A resolução do contrato por recusa de cumprimento, essa, está expressamente prevista; deve coordenar-se à sub-alínea iv) da alínea a): *O comprador-consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso o profissional tenha declarado que não vai*

repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor[57].

Finalmente, em tema de resolução do contrato por inexigibilidade da continuação da relação contratual, as alíneas a), b) e c) desenvolvem a cláusula geral da alínea d) – *falta de conformidade tão grave que justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda* – e, ao desenvolverem a cláusula geral da alínea d), distinguem os casos de *não cumprimento antecipado* ou de *não cumprimento sintomático*.

O não cumprimento antecipado está previsto na sub-alínea iv) da alínea a): *O consumidor pode resolver o contrato, desde que resulte evidente das circunstâncias que o profissional não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor.* O não cumprimento sintomático está previsto nas alíneas b) e c): *O consumidor pode resolver o contrato desde que a falta de conformidade tenha reaparecido apesar de uma tentativa do profissional de repor os bens em conformidade ou desde que (depois de uma tentativa) surja uma nova falta de conformidade*[58-59].

Entre as razões por que o art. 24.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 84/2021, *desde que interpretado correctivamente, de uma forma sistemática e*

---

[57] Embora, aparentemente, a recusa de cumprimento esteja prevista na sub-alínea iii) ("... tenha recusado repor a conformidade..."), deve atender-se a que a recusa prevista na sub-alínea iii) tem de ser uma recusa "nos termos do número anterior", ou seja, uma recusa fundada na impossibilidade ou na onerosidade, desproporcionada ou excessiva, da reparação ou da substituiçãao.

[58] O art. 13.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2021, estabelece que o consumidor pode resolver o contrato desde que "[se verifique] uma falta de conformidade apesar da tentativa do vendedor de repor os bens em conformidade"; as alíneas b) e c) do art. 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, distinguem as duas hipóteses em que se pode verificar uma falta de conformidade apesar da tentativa do vendedor – aquela em que reaparece a antiga falta de conformidade [alínea b]] e aquela em que aparece uma nova falta de conformidade [alínea c)].

[59] O art. 15.º, n.º 4, alíneas b) e c), do Decreto-Lei n.º 84/2021 deverá interpretar-se atendendo ao considerando n.º 52 da Directiva 2019/771/UE: "[n]o caso, nomeadamente, de bens dispendiosos ou complexos, poderá justificar-se que o vendedor tenha a possibilidade de tentar novamente solucionar a falta de conformidade" – e, entre os bens dispendiosos ou complexos, em que pode justificar-se que o vendedor tenha a possibilidade de tentar novamente solucionar a falta de conformidade, estão seguramente os bens imóveis.

teleologicamente sustentável, deve aplicar-se, com as adaptações necessárias, ao contrato-promessa de compra e venda, está a circunstância de as regras aplicadas ao direito do consumo serem, em tudo ou em quase tudo, uma concretização dos princípios e das regras gerais de direito civil.

A Responsabilidade dos Prestadores de Mercados em Linha na Venda de Bens, Conteúdos e Serviços Digitais – O Conceito de "Influência Decisiva"*

Sara Fernandes Garcia**

Sumário: 1. Enquadramento. 2. O conceito de "influência decisiva". 3. Desenvolvimento jurisprudencial: o crivo estabelecido nos casos *Uber*. 4. Contributos para a densificação do conceito de "influência decisiva". 5. Notas finais. Referências bibliográficas. Lista de jurisprudência.

Resumo: O presente estudo incide sobre a abordagem adotada relativamente à natureza dos serviços prestados pelos mercados em linha, com base na ideia da "influência decisiva" exercida sobre os serviços subjacentes, à luz da jurisprudência do TJUE e das mais recentes tendências sobre a matéria, procurando fornecer critérios para a concretização do conceito.

Palavras-chave: influência decisiva; plataformas; mercados em linha; consumidor.

Abstract: This study focuses on the approach taken in regard to the nature of the services provided by online marketplaces, based on the idea of "decisive influence" on the underlying services, in light of the CJEU case law and the most recent trends in this area, and seeks to provide criteria for the implementation of the concept.

Keywords: decisive influence; platforms; marketplaces; consumer.

---

* A versão original deste artigo foi apresentada para avaliação, no âmbito da Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que decorreu de janeiro a junho de 2021. O texto foi objeto de atualização em virtude da publicação do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro de 2021. A autora gostaria de agradecer a Pedro Monteiro Almeida e Carlos Filipe Costa pelas sugestões oferecidas e pela profícua troca de ideias.

** Licenciada e Mestre em Direito Público pela NOVA School of Law. Pós-Graduada em Direito dos Contratos e do Consumo pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Árbitra no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) e no Centro de Arbitragem do Setor Automóvel (CASA). Investigadora no NOVA Consumer Lab.

1. Enquadramento

Na última década, as plataformas penetraram em praticamente todos os setores de atividade, revolucionado por completo os hábitos de consumo, as trocas de informação e a forma como os bens são comercializados[1]. De acordo com o escopo prosseguido, assumem características distintas, em função das relações que vão estabelecendo com os seus utilizadores[2], pautadas por diferentes níveis de controlo na fixação das regras do jogo[3].

Em particular, os mercados em linha (*marketplaces*) correspondem a autênticos centros comerciais virtuais, nos quais é possível encontrar e adquirir uma miríade de bens e serviços. Neste cenário, os prestadores destes mercados apresentam-se, tendencialmente, como meros intermediários, com o papel de facilitar a interação entre dois grupos de utilizadores, situados em polos opostos – oferta e procura[4].

No plano contratual, estas plataformas configuram um fenómeno disruptivo, assentando, em regra, num modelo negocial tripartido[5]. Assim, para além do contrato de compra e venda que funda a relação jurídica principal, verifica-se a existência de um contrato entre o vendedor e a

---

[1] As plataformas em sentido lato incluem motores de pesquisa (Google, Yahoo!), redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram), instrumentos de críticas de utilizadores (Tripadvisor), instrumentos de comparação (Trivago.com, Rentalcars.com, Kayak.com, Booking.com), plataformas de economia colaborativa (Airbnb, BlaBlaCar), sítios Web de compra coletiva (Groupon), plataformas de comércio eletrónico (Zalando, Amazon, Alibaba, Ebay) ou ainda lojas de aplicações (Apple App Store, Google Play, Amazon App Store).

[2] Os utilizadores beneficiam dos chamados "efeitos indiretos de rede" dado que o valor da adesão à plataforma para o utilizador individual aumenta com o crescimento do número de utilizadores, sendo um dos fatores que justifica o sucesso deste modelo de negócio.

[3] Guido Smort, "The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy" in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, Cambridge University Press, 2018, pp. 431-446, explora as várias formas como as plataformas têm acentuado os desequilíbrios pré-existentes nas relações de consumo.

[4] Pode dar-se o caso de, neste âmbito, se estabelecer uma relação jurídica de consumo – *Business to Consumer* (B2C) – se o vendedor e o comprador atuarem como profissional e consumidor, respetivamente. Porém, nem sempre tal ocorre. Para efeitos da nossa análise, assumiremos que estamos na presença de uma relação de consumo, restringido o escopo à tutela da posição do consumidor, em sede de responsabilidade contratual.

[5] *Cfr.* Marco Inglese, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, 2019, pp. 11-12.

plataforma e de um contrato entre o consumidor e a plataforma. Estes contratos regulam os termos de utilização relativamente a cada um dos intervenientes e as suas relações com o prestador do mercado em linha[6].

No caso do consumidor, a vinculação às condições de utilização ocorre, por norma, no momento da criação de conta na plataforma, através da adesão a cláusulas contratuais gerais, sendo que a plataforma se obriga perante o consumidor a permitir o acesso a um conjunto de ferramentas que lhe possibilita contactar com os vendedores para encomendar produtos. Neste âmbito, é comum encontrar cláusulas enfatizando que a plataforma não é parte no contrato principal, exonerando-a de quaisquer responsabilidades daí decorrentes[7].

A disciplina normativa dos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis corpóreos, celebrados no âmbito de uma relação contratual de consumo, ou seja, entre um profissional e um consumidor, até 31 de dezembro de 2021, encontra-se consagrada no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Ora, o artigo 3.º, n.º 1 deste regime determina que o vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista

---

[6] *Cfr.* Joana Campos Carvalho, "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, DECO*, 2016, pp. 301-302.

[7] No caso do Marketplace da Worten, segundo a cláusula 2, inserida no capítulo II das condições gerais, "A Worten não assume a posição de agente/distribuidor/representante dos Vendedores, nem de revendedor dos Produtos propostos pelos Vendedores por intermédio do Marketplace da Worten. Os Produtos anunciados e vendidos no Marketplace da Worten são da inteira responsabilidade dos Vendedores de Marketplace, nomeadamente no que se refere à sua propriedade, qualidade, segurança, origem, garantia e cumprimento da legislação aplicável" [https://www.worten.pt/termos-e-condicoes-da-conta-online]. No mesmo sentido, na cláusula 7 das condições gerais do MarketPlace Fnac, esclarece-se que "A responsabilidade da Fnac Portugal para com o Comprador só pode ser assacada por factos que lhe sejam diretamente imputáveis e que causem a este último um prejuízo diretamente relacionado com esses factos. A responsabilidade da Fnac Portugal não pode ser assacada por prejuízos indiretos", enfatizando que "(…) declina qualquer responsabilidade no que respeita às vendas concluídas pelos Compradores por intermédio do seu Serviço com os Vendedores, às quais é totalmente alheia" [https://www.fnac.pt/CondicoesVenda-Marketplace].

no momento em que o bem lhe é entregue[8]. De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, perante a falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato[9].

Destarte, a responsabilidade pela falta de conformidade recai sobre o "vendedor", definido, nos termos do artigo 1.º-B, alínea c) do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, como "pessoa singular ou coletiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua atividade profissional". Ademais, por força do artigo 6.º, n.º 1, o consumidor que tenha adquirido coisa defeituosa pode optar por exigir a sua reparação ou substituição também ao produtor[10], com base na premissa de que a falta

---

[8] Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, presume-se que o bem de consumo não é conforme com o contrato se o consumidor alegar e demonstrar algum dos seguintes factos: o bem não apresenta todas as características descritas pelo vendedor ou as qualidades que o vendedor tenha exposto ao consumidor como amostra ou modelo [alínea a)], o bem não se revela adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado [alínea b)], o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo [alínea c)] ou o bem não apresenta as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à sua natureza [alínea d)]. Para o efeito, as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respetivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade, conforme resulta do artigo 3.º, n.º 2. De acordo com Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2020, p. 287, não se consagra uma genuína presunção legal de desconformidade, na medida em que "a verificação da desconformidade por referência aos critérios definidos afasta a possibilidade de prova em contrário, não sendo possível ao profissional provar a conformidade de um bem desconforme".

[9] O legislador nacional não estabeleceu hierarquia entre os remédios contratuais elencados, pelo que se considera que o consumidor pode optar livremente por acionar qualquer um deles, tendo como limites a impossibilidade e o abuso de direito, como resulta do artigo 4.º, n.º 5.

[10] O artigo 1.º-B, alínea d) do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril define "produtor" como "o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto". De acordo com o artigo 1.º-B, alínea e), é representante do produtor "qualquer pessoa singular ou coletiva que atue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à exceção dos vendedores independentes que atuem apenas na qualidade de retalhistas", sendo que o "representante do produtor" na zona de domicílio do consumidor responde solidariamente com o produtor perante o consumidor, em consonância com o artigo 6.º, n.º 3. A este respeito,

de conformidade advém da fase de produção, consistindo num defeito de fabrico[11].

Ao abrigo do artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor[12], o consumidor tem ainda direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, em sede de responsabilidade civil contratual, uma vez preenchidos os requisitos gerais, previstos nos artigos 798.º e seguintes e 562.º e seguintes do Código Civil[13]. Na mesma senda, também o artigo 12.º, n.º 2 determina que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado.

Como resulta do exposto, o quadro normativo que fixa a responsabilidade contratual perante o consumidor foi construído com base nos modelos de negócio assentes em relações bilaterais. Ora, os prestadores dos mercados em linha escapam a esta lógica.

À luz do regime vigente, afigura-se difícil sustentar que são parte no contrato de compra e venda, dado que não são suscetíveis de se integrarem no conceito de "vendedor", conforme definido atualmente, nem se aproximam de outras figuras previstas no ordenamento jurídico, que possam fundamentar a aplicação da responsabilidade, a título solidário[14].

---

cabe ressalvar que a responsabilidade do produtor pela reposição da conformidade apenas se aplica quanto aos direitos de reparação ou substituição, considerando que não existe relação contratual com o consumidor. Os outros mecanismos previstos – resolução do contrato ou redução adequada do preço – apenas podem ser desencadeados junto do vendedor, visto que são remédios que afetam o equilíbrio interno do contrato.

[11] Este regime é distinto do consagrado no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, por via do qual se tutela a segurança dos bens colocados em circulação.

[12] Aprovada através da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação conferida pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

[13] A imputação de responsabilidade civil contratual depende da verificação dos seguintes pressupostos cumulativos: a) prática de um facto ilícito, que se traduz numa situação de incumprimento ou cumprimento defeituoso, verificando-se uma desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação a que está vinculado, b) culpa que, no caso da responsabilidade civil contratual, se presume, c) existência de danos e d) nexo de causalidade entre o facto ilícito e os danos sofridos.

[14] A este propósito, afastando a hipótese de aplicação de outras figuras, previstas no Código Civil, como a do mandatário com poderes de representação, Joana Campos Carvalho,

Neste contexto, considerando que as plataformas de comércio eletrónico não se enquadram na estrutura bilateral típica e nas normas pré-existentes, a questão da eventual imputação de responsabilidade pelo incumprimento contratual afigura-se controversa, constituindo um verdadeiro desafio regulatório, na ótica da proteção dos consumidores[15].

Na Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, que estabelece regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e na Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019[16], que visa atualizar o regime da compra e venda de bens, o legislador da União optou por não fornecer soluções normativas concretas para a responsabilidade dos prestadores dos mercados em linha, em caso de desconformidade.

Não obstante, o Considerando 18 da Diretiva 2019/770 e o Considerando 23 da Diretiva 2019/771 esclarecem que os operadores de plataformas podem ser considerados vendedores, para efeitos dos regimes, se atuarem para fins relacionados com a sua própria empresa e agirem como parceiro contratual direto do consumidor para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou para a compra e venda de bens, respetivamente. Além disso, os EM deverão continuar a ser livres de alargar o âmbito de aplicação a operadores de plataformas que não cumprem os requisitos para serem considerados vendedores[17].

Com base nessa prerrogativa, no âmbito da transposição das referidas Diretivas para a ordem jurídica interna, através do Decreto-Lei n.º 84/2021,

---

"Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe" in *Cuadernos de Derecho Transacional,* n.º 12, 2020, pp. 868-867.

[15] Alberto De Franceschi, "European Contract Law and the Digital Single Market – Current Issues and New Perspectives", in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 17, "A comprehensive and well-structured body of rules is required to enhance the protection of consumers and data subjects, while ensuring businesses have the legal certainty they need to invest in this field and support growth and innovation".

[16] Esta Diretiva altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e revoga a Diretiva 1999/44/CE.

[17] *Cfr.* Jorge Morais Carvalho, "Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português" in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3, 2019, p.72.

de 18 de outubro de 2021, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, revogando o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril[18], o legislador nacional consagrou, de modo inédito, um regime relativo à responsabilidade dos prestadores dos mercados em linha, na secção II do diploma – artigos 44.º a 46.º.

Nesse sentido, o artigo 44.º, n.º 1 determina que o prestador de mercado em linha[19] que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital é solidariamente responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles nos termos deste regime.

O artigo 44.º, n.º 2 vem densificar que o prestador de mercado em linha é parceiro contratual do profissional sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações:

a) O contrato é celebrado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
b) O pagamento é exclusivamente efetuado através de meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
c) Os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este; ou
d) A publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais.

Em acréscimo, o artigo 44.º, n.º 3 consagra uma espécie de válvula de escape, através de uma formulação particularmente complexa. Assim, podem ainda ser considerados, para aferição da existência de influência

---

[18] Nos termos do artigo 54.º, a) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro de 2021, são ainda revogados os artigos 9.º-B e 9.º-C da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua redação atual.

[19] Para este efeito, nos termos do artigo 2.º, n), o "prestador de mercado em linha" será a pessoa singular ou coletiva que forneça um mercado em linha aos consumidores. Já "mercado em linha" é definido, no artigo 2.º, m), como um serviço com recurso a *software,* nomeadamente um sítio eletrónico, parte de um sítio eletrónico ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância. Note-se que estes conceitos operativos introduzidos pelo legislador nacional não se encontram consagrados nas Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770.

predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital.

A opção por esta solução inovadora e sem paralelo no mercado único, que, entre nós, entrou em vigor a 1 de janeiro de 2022, convida a uma reflexão sobre a matéria da responsabilidade dos prestadores de mercados em linha na venda de bens, conteúdos e serviços digitais.

Com esse propósito, nas linhas que seguem, incidiremos sobre a abordagem adotada em torno da natureza dos serviços prestados pelos mercados em linha, com base na ideia da "influência decisiva" exercida sobre os serviços subjacentes, à luz da jurisprudência do TJUE e das mais recentes tendências sobre a matéria, procurando fornecer critérios para a concretização do conceito.

2. O conceito de "influência decisiva"

No quadro da Estratégia do Mercado Único Digital para a Europa[20], adotada em 6 de maio de 2015, a Comissão Europeia reconheceu a necessidade de uma análise aprofundada em torno dos problemas suscitados pelas plataformas, visando maximizar o seu potencial de crescimento, através do reforço da segurança e da confiança dos utilizadores.

Na sequência, a 2 de junho de 2016, a Comissão apresentou a Comunicação "Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa", dirigida ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões[21] [22].

---

[20] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões "Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa", de 6 de maio de 2015 [COM(2015) 192 final]

[21] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa", de 2 de junho de 2016 [COM(2016) 356 final].

[22] Ainda em 2016, foi apresentada a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa", de 25 de maio de 2016 [COM(2016) 288 final].

Nessa sede, a Comissão esclareceu que "as plataformas colaborativas prestam um serviço da sociedade da informação desde que dispensem um serviço normalmente prestado contra remuneração, à distância, por via eletrónica e na sequência de um pedido individual do destinatário dos serviços".

Nesse sentido, as plataformas que atuem como meras intermediárias podem ser enquadradas como prestadores de serviços de armazenagem, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 1 da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno[23]. Nessa qualidade, encontram-se exoneradas de responsabilidade pelas informações que armazenam.

Acresce que "(...) a exoneração de responsabilidade é aplicável na condição de a plataforma colaborativa não desempenhar um papel ativo que lhe faculte o conhecimento ou o controlo de informação ilegal – ou, a partir do momento em que tenha conhecimento dessa informação, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações". Para tanto, entende-se que "a sua atividade deve ser puramente técnica, automática e de natureza passiva".

Pese embora o exposto, admite-se que "as plataformas colaborativas podem também ser o prestador do serviço subjacente, em determinadas circunstâncias".

De acordo com a Comissão, esta possibilidade de a plataforma prestar igualmente o serviço subjacente deve ser aferida casuisticamente, tendo em conta o nível de controlo ou de influência que esta exerce sobre o prestador desses serviços, em função dos seguintes elementos-chave:

a) Preço: a plataforma fixa o preço final a pagar pelo utilizador, enquanto beneficiário do serviço subjacente;
b) Outras condições contratuais essenciais: a plataforma estabelece os termos e as condições, para além do preço, que determinam a relação contratual entre o prestador de serviços subjacentes e o utilizador;

---

[23] Nos termos do artigo 14.º, n.º 1, a armazenagem em servidor pode, em termos globais, ser definida como a atividade relativa à armazenagem de dados sobre clientes que cria um espaço partilhado pelos utilizadores e pelos prestadores de serviços subjacentes.

c) Propriedade dos principais ativos: a plataforma é proprietária dos principais ativos utilizados para fornecer o serviço subjacente.

A Comissão sugere que estes pressupostos constituem indícios da influência significativa exercida pela plataforma sobre o fornecedor, o que permite concluir pela sua qualificação como prestadora do serviço subjacente.

De resto, nesta fase incipiente, o foco incidiu sobretudo nas condições de acesso ao mercado e na regulação das relações entre utilizadores, sendo que o papel das plataformas surge, em certa medida, secundarizado. A preferência pelo termo "plataformas colaborativas" já é um sinal nesse sentido, colocando a tónica nos "*peers*", numa perspetiva pouco realista[24].

3. Desenvolvimento jurisprudencial: o crivo estabelecido nos casos *Uber*

O TJUE foi chamado a pronunciar-se quanto à natureza dos serviços prestados pelas plataformas *Uber* e *Airbnb*. Os processos que deram origem aos pedidos de decisão prejudicial foram desencadeados por representantes de operadores comerciais no mercado tradicional, à luz das condições de acesso para o exercício da atividade, num prisma de proteção da concorrência.

No Acórdão *Uber Spain*[25], o TJUE considerou que o serviço em causa no processo principal[26] não se limita a um serviço de intermediação que

---

[24] Caroline Cauffman, "The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2016, p. 243, "(...) the Commission's Communication seems to be very willing to fall for the rhetoric of the supply side of the sharing economy (platforms and service providers) which uses idealist terms such as «sharing» and «collaborative» to hide its highly commercial character and to escape regulation".

[25] Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de abril de 2018, Processo C-434/15 – *Uber Spain*.

[26] A plataforma permite, por meio de um *smartphone* munido da aplicação Uber, encomendar um serviço de transporte urbano. A aplicação reconhece a localização do utilizador e encontra os condutores disponíveis nas proximidades. Quando um condutor aceita a corrida, a aplicação informa disso o utilizador, mostrando o perfil do condutor e uma estimativa do preço do trajeto para o destino indicado pelo utilizador. Finda a viagem, o preço da corrida é calculado pela

consiste em estabelecer a ligação, através de uma aplicação, entre um motorista não profissional que utiliza o seu próprio veículo e uma pessoa que pretenda efetuar uma deslocação urbana.

Entendeu que este serviço de intermediação é parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte. Esta conceção assenta em dois pressupostos: na criação de uma oferta que sem a plataforma não existiria e na regulação das suas características essenciais e organização do seu funcionamento, ou seja, no exercício de influência decisiva na definição das condições da prestação do serviço subjacente.

O TJUE sustentou que a *Uber* fornece uma aplicação sem a qual, por um lado, os motoristas não seriam levados a prestar serviços de transporte e, por outro, as pessoas que pretendessem efetuar uma deslocação urbana não teriam acesso aos serviços dos referidos motoristas. Nesse sentido, os condutores que circulam no âmbito da plataforma não exercem uma atividade própria que existe independentemente desta. Pelo contrário, essa atividade só pode existir devido à plataforma, sem a qual não teria qualquer sentido[27].

Ademais, a *Uber* controla todos os aspetos relevantes de um serviço de transporte urbano: o preço, ao fixar o valor máximo da corrida, as condições mínimas de segurança, mediante exigências prévias relativas aos condutores e aos veículos, a acessibilidade da oferta de transporte pelo incentivo aos condutores para atuarem em momentos e em locais de grande procura, o comportamento dos condutores através do sistema de avaliação e, por último, a possibilidade de expulsão da plataforma. Por conseguinte, a *Uber* controla os fatores economicamente relevantes do serviço de transporte oferecido na sua plataforma[28].

---

aplicação e automaticamente debitado pelo operador da plataforma, que retém uma parte a título de comissão, normalmente compreendida entre 20% e 25%, e paga o restante ao condutor. A aplicação contém igualmente uma funcionalidade de avaliação: tanto os condutores podem ser avaliados pelos passageiros como os passageiros podem ser avaliados pelos condutores. As avaliações médias abaixo de um certo limiar podem levar à expulsão da plataforma. No processo principal estava em causa o serviço UberPop, no qual são condutores particulares não profissionais que asseguram o transporte dos passageiros nos seus próprios veículos. (*cfr.* pontos 13, 14 e 15 das Conclusões do Advogado-Geral Szpunar).

[27] *Cfr.* Ponto 51 das Conclusões do Advogado-Geral Szpunar

[28] *Cfr.* Ponto 56 das Conclusões do Advogado-Geral Szpunar.

Note-se que o TJUE não se foca na questão da "propriedade dos principais ativos utilizados para prestar o serviço subjacente" por parte da plataforma, dispensando o critério previamente sugerido pela Comissão[29], através do recurso a uma malha menos fina de requisitos[30].

O TJUE conclui, assim, que este serviço de intermediação deve ser qualificado não como um "serviço da sociedade da informação" na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/31/CE, devendo antes ser considerado indissociavelmente ligado a um serviço de transporte e, por conseguinte, abrangido pela qualificação de "serviço no domínio dos transportes", na aceção do artigo 58.º, n.º 1 do TFUE, excluído do âmbito de aplicação da Diretiva 2006/123/CE e da Diretiva 2000/31/CE[31] [32].

No Acórdão *Airbnb Ireland*[33], o TJUE adotou uma abordagem semelhante, mas entendeu que não se encontravam preenchidos os requisitos densificados nos casos *Uber*. O serviço em causa no processo principal tem por finalidade pôr em contacto, através de uma plataforma eletrónica, mediante remuneração, potenciais locatários com locadores profissionais

---

[29] No âmbito da Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa", de 2 de junho de 2016 [COM(2016) 356 final].

[30] Alberto de Franceschi, "Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2018, p. 2, "Now, for the same purposes, in order to qualify Uber as a transport service provider, the CJEU does not consider as essential the ownership of the key assets used to provide the underlying service. This position is worthwhile to be welcomed, because in order to assess the contractual role of the platform, the focus has to be put on the amount of influence in the process of formation of the agreement rather than on other elements".

[31] No Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de dezembro de 2017, Processo C-320/16 – *Uber France*, as questões prejudiciais eram distintas destas, mas na parte relativa à qualificação do serviço prestador pela *Uber*, o TJUE seguiu a mesma posição.

[32] Entre nós, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que consagra o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (TVDE), prevê, no artigo 20.º, n.º 1, que o operador de plataforma eletrónica é solidariamente responsável perante os utilizadores pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes do contrato. Para uma análise do regime, Jorge Morais Carvalho, "O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify)", in *Revista de Direito Comercial*, n.º 1, 2018, pp. 1191-1224.

[33] Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de dezembro de 2019, Processo C-390/18 – *Airbnb Ireland*.

ou não profissionais, propondo prestações de alojamento de curta duração, a fim de permitir aos primeiros reservar um alojamento.

Ora, o TJUE entendeu que esse serviço de intermediação é dissociável da transação imobiliária propriamente dita, na medida em que não se destina a fornecer imediatamente um alojamento, mas apenas uma lista estruturada dos locais de alojamento disponíveis e que correspondem aos critérios adotados pelas pessoas que procuram um alojamento de curta duração. É a criação dessa lista que constitui a característica essencial desta plataforma.

Ademais, o serviço não é indispensável à prestação de serviços de alojamento quer do ponto de vista dos locatários, quer dos locadores que a ele recorrem, uma vez que ambos dispõem de vários outros canais para o efeito – agências imobiliárias, anúncios classificados, em formato papel ou eletrónico ou ainda os sítios da Internet de locações imobiliárias. Nesse sentido, o serviço não cria a oferta.

Os elementos disponíveis não permitem demonstrar que a *Airbnb* exerce influência decisiva nas condições de prestação dos serviços de alojamento a que se refere o seu serviço de intermediação, uma vez que não fixa ou limita o montante das rendas exigidas[34], nem procede à seleção dos locadores ou dos alojamentos propostos para locação.

Posto isto, o TJUE concluiu que um serviço de intermediação como o prestado pela *Airbnb* não pode ser considerado parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é uma prestação de alojamento, devendo antes ser enquadrado como um "serviço da sociedade de informação"[35].

Ainda que o TJUE não tenha sufragado esta tese, importa destacar que o Advogado-Geral Szpunar, no ponto 65 das suas *Conclusões*, defendeu o estabelecimento de uma hierarquia entre os requisitos previamente

---

[34] No máximo, põe à disposição dos locatários um instrumento opcional para estimar o preço da sua locação, tendo em conta as médias de mercado resultantes desta plataforma, deixando ao locador a responsabilidade exclusiva da fixação da renda.

[35] O tribunal esclarece que os outros serviços oferecidos pela plataforma – o modelo oferecido aos anfitriões para definir o conteúdo da sua oferta, o serviço opcional de fotografia, a ferramenta de classificação disponível para anfitriões e convidados, a recolha das rendas em nome dos anfitriões, a garantia contra danos e o seguro de responsabilidade civil – não põem em causa esta conclusão. Considera que tais serviços são de natureza acessória porque não constituem um fim em si mesmos, mas sim um meio de melhorar o serviço prestado pela *Airbnb* e não modificam substancialmente as características específicas do serviço.

apontados, com prevalência da "influência decisiva". Considera que o critério relativo à criação de uma oferta de serviços apenas constitui um indício de que um serviço prestado por via eletrónica forma um todo indissociável com um serviço cujo conteúdo é material. Assim, não basta que um prestador crie uma proposta nova de serviços que não são prestados por via eletrónica: a sua criação deve ser acompanhada da manutenção, sob controlo desse prestador, das condições da respetiva prestação.

4. Contributos para a densificação do conceito de "influência decisiva"

Em 2020, um Grupo de Investigação do *European Legal Studies Institute (ELI)* apresentou a versão final do *ELI Model Rules on Online Platforms*[36], um conjunto de orientações sobre questões emergentes da relação triangular entre plataformas, fornecedores e clientes, com o propósito de contribuir para o debate em torno da regulamentação da matéria[37].

No Capítulo V, dedicado à responsabilidade civil, o artigo 20.º consagra a responsabilidade do operador da plataforma com influência predominante. Conforme resulta da redação proposta no artigo 20.º, n.º 1, se o cliente puder razoavelmente confiar que o operador da plataforma tem uma influência decisiva sobre o fornecedor, pode exercer os direitos e os meios de recurso para o incumprimento contratual, disponíveis contra o fornecedor ao abrigo do contrato celebrado entre o fornecedor e o cliente, também contra o operador da plataforma.

De acordo com o artigo 20.º, n.º 2, para o efeito, podem ser considerados os seguintes critérios:

---

[36] Em 2016, já tinha sido apresentado uma proposta de discussão relativa a uma futura Diretiva sobre Plataformas Intermediárias Online, que está na origem do desenvolvimento deste projeto. Christoph Busch, Gerhard Dannemann, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska e Fryderyk Zoll (Research group on the Law of Digital Services), "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2016, pp. 164-169.

[37] Christoph Busch, Gerhard Dannemann, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiorówska-Domagalska e Fryderyk Zoll "The ELI Model Rules on Online Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 9, 2020, pp. 61-70.

a) O contrato entre o fornecedor e o cliente é celebrado exclusivamente através de instalações fornecidas na plataforma;
b) O operador da plataforma retém a identidade do fornecedor ou os dados de contacto até depois da celebração do contrato entre o fornecedor e o cliente;
c) O operador da plataforma utiliza exclusivamente sistemas de pagamento que lhe permitem reter os pagamentos feitos pelo cliente ao fornecedor;
d) Os termos do contrato entre o fornecedor e o cliente são essencialmente determinados pelo operador da plataforma;
e) O preço a ser pago pelo cliente é fixado pelo operador da plataforma;
f) A comercialização é centrada no operador da plataforma e não nos fornecedores; *ou*
g) O operador da plataforma compromete-se a controlar a conduta dos fornecedores e a impor o cumprimento das suas normas, para além do que é exigido por lei.

Neste quadro, a conceção em torno da "influência decisiva" ganha novos contornos[38]. De facto, a proposta apresenta critérios objetivos que podem indicar a existência de algum nível de controlo sobre o fornecedor, seguindo o percurso já encetado pela jurisprudência *Uber*, com maior grau de concretização. Em acréscimo, envereda por uma via inovadora, ao consagrar o critério da perceção do cliente sobre a influência decisiva,

---

[38] Não difere muito da proposta lançada na Diretiva sobre Plataformas Intermediárias Online. De acordo com o artigo 18.º, a plataforma poderia ser responsável, em caso de desconformidade do bem ou serviço, se o cliente pudesse razoavelmente esperar que esta exercia influência decisiva sobre o prestador de serviços. Para o efeito, sugeria-se a aferição da influência decisiva de acordo com um conjunto de critérios: a utilização da infraestrutura da plataforma para a conclusão do contrato, o direito da plataforma de reter pagamentos, a determinação das condições contratuais e do preço, a apresentação padronizada dos prestadores de serviços, a comercialização estar centrada na plataforma e não nos próprios prestadores de serviços e a promessa do prestador da plataforma de controlar a conduta de prestadores de serviços na plataforma (critério opcional). Irina Domurath, "Platforms as contract partners: Uber and beyond", in *Maastricht Journal of European and Comparative* Law, Vol. 25, 2018, p. 568, "The Discussion draft thus combines two parameters for the liability of a platform for the non-performance of the supplier: decisive control of the platform and transparency from the viewpoint of the consumer".

optando por uma abordagem subjetiva, que, em certa medida, se aproxima da posição assumida no Acórdão *Wathelet*[39], no sentido em que procura tutelar a imagem projetada pela plataforma no espírito do consumidor.

Os autores da norma proposta recorreram a uma solução prevista no BGB como fonte de inspiração. O §311 (3) do BGB estabelece que uma relação de dívida com obrigações, de acordo com a Secção 241 (2), também pode surgir com pessoas que não pretendem tornar-se parte do contrato. Tal obrigação surge, em particular, se o terceiro possui um nível de confiança particularmente elevado e, portanto, influencia significativamente as negociações do contrato ou a celebração do contrato. Segundo esta norma, os deveres de proteção nascem do mero contacto comercial, que se baseia numa ideia de confiança mútua[40].

Note-se que a confiança depositada no mercado em linha desempenha um papel crucial na determinação da medida em que os consumidores confiam e aceitam os próprios vendedores que aí atuam. Com efeito, de acordo com o relatório final do estudo encomendado pela Comissão Europeia, de 2018, *Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms*,

---

[39] Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 9 de novembro de 2016, Processo C-149/15 – *Wathelet*. No caso, uma consumidora tinha adquirido uma viatura usada à Garage Bietheres, por 4.000 EUR. Na sequência de uma avaria, a consumidora levou o veículo ao *stand* para reparação. Quando quis ir buscar o seu veículo reparado, foi-lhe apresentada uma fatura relativa às despesas de reparação no montante de 2.000 EUR. Recusou pagá-la por considerar que as referidas despesas deveriam ser assumidas pela Garage Bietheres enquanto vendedora do veículo. Apenas nessa ocasião, foi informada de que o seu veículo nunca tinha pertencido à referida empresa, que o vendeu não por conta própria, mas em nome de uma pessoa particular, invocando ter atuado apenas como intermediária. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio considerou que a senhora Wathelet era uma consumidora, mas tinha dúvidas relativamente ao enquadramento do *stand* no conceito de "vendedor", para efeitos de aplicação do regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. O TJUE considerou que a responsabilidade do vendedor deve poder ser imposta ao intermediário que, ao apresentar-se ao consumidor, cria um risco de confusão no seu espírito, levando-o a acreditar erradamente que ele atua na qualidade de vendedor proprietário do bem.

[40] Marina Wellenhofer, "Third Party Effects of Bilateral Contracts within the *Network*", in *Networks*: *Legal Issues* of *Multilateral Co-operation*, Hart Publishing, 2009, p.131, "According to this rule, a legal obligation with duties of protection can be created just by entering into business contact, namely by "*ähnliche geschäftliche Kontakte*". We neither need a contract, contract negotiations, nor the intention to conclude a contract. The only requirement is just a similar sort of contact based on mutual confidence and trust".

os resultados da experiência *Think Aloud Online Task* revelaram que os consumidores compram voluntariamente a vendedores desconhecidos dentro de um mercado em linha, apesar do risco aparente, uma vez que confiam nos mecanismos institucionais fornecidos pelo intermediário. Verifica-se, assim, que a confiança é transferida de um intermediário para a comunidade de vendedores.

Ora, a confiança dos utilizadores para participar neste modelo de negócio é alicerçada na premissa segundo a qual a plataforma possui mecanismos para mediar a relação comercial principal. Assim, os mercados em linha não são apenas espaços inócuos de comercialização. Oferecem, antes, uma experiência de compra ao consumidor.

Neste sentido, as ferramentas de controlo reputacional *(reviews* e *ratings),* baseadas na partilha de opiniões sobre produtos e vendedores, geridas pela plataforma e a disponibilização de esquemas próprios de resolução alternativa de litígios em linha, contribuem significativamente para fortalecer a confiança em torno da marca[41] e da experiência de compra, constituindo fortes indicadores do papel ativo da plataforma na prevenção e resolução de problemas.

É, por isso, razoável que o consumidor tenha legítimas expetativas de que as plataformas possam ser chamadas a responder conjuntamente com o vendedor por eventuais desconformidades no âmbito da relação contratual principal, precisamente com base na ideia de que têm algum controlo sobre as condições em que esta se desenrola.

A este propósito, cabe destacar que, no caso *Uber Spain,* o Advogado-Geral Szpunar, no ponto 53 das suas Conclusões, faz uma descrição da atividade desenvolvida pela *Uber,* e concluiu que "o referido serviço também é apresentado dessa forma aos utilizadores, que assim o compreendem". Contudo, o TJUE preferiu basear-se em critérios puramente objetivos e não acolheu a conceção relativa à perceção do utilizador sobre o serviço.

---

[41] Sonia Katyal e Leah Chan Grinvald, "Platform Architecture and the Brand", in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy, Cambridge University Press,* 2018, p. 409, "Brands, on one hand, incorporate a business's trademark, but instead of being primarily informational in nature, they also convey an experience to the consumer. Particularly in a platform ecosystem, brands tell the consumer about the other consumers who buy the product, thereby creating a community of likeminded consumers".

Em 2019, nos EUA, o caso *Oberdorf v. Amazon. com Inc.*[42] representou um avanço significativo, no plano da responsabilidade contratual das plataformas, em clara rutura com a jurisprudência dominante, até então.

Em dezembro de 2014, Heather Oberdorf comprou uma coleira de cão e uma trela retráctil, a um vendedor, através da Amazon. Quando levou o seu cão a passear, em janeiro de 2015, a senhora Oberdorf teve um acidente com a coleira, tendo ficado permanentemente cega no seu olho esquerdo. Não tendo sido possível localizar o vendedor, que tinha usado um nome fictício e, entretanto, já não tinha conta ativa, a senhora Oberdorf decidiu processar diretamente a Amazon.

A Amazon alegou que não era a "vendedora" da trela, para efeitos de aplicação da lei de responsabilidade pelo produto da Pensilvânia. Ademais, ao abrigo do *Communications Decency Act (CDA)*, a Amazon não poderia ser responsabilizada pela informação publicada sobre o produto no seu *website*, uma vez que apenas a armazenava.

O tribunal federal deu razão à Amazon, na primeira instância. No entanto, o *Third Circuit Court of Appeals* reverteu a decisão, considerando que a Amazon poderia ser responsabilizada como vendedora de um produto defeituoso, apesar de os produtos serem enviados por terceiros.

O tribunal entendeu que a operadora da plataforma era o único membro da cadeia de comercialização disponível para a autora obter reparação, pois não foi possível encontrar o vendedor. De resto, o modelo de negócio da Amazon permite aos vendedores esconderem-se atrás da plataforma e imiscuírem-se, assim, da sua responsabilidade.

Neste caso, verificou-se que a operadora da plataforma exerce um controlo substancial sobre fornecedores terceiros. O tribunal considerou que a operadora da plataforma se encontra numa posição única para receber relatórios de bens defeituosos, o que pode levar a que tais produtos sejam retirados de circulação. Este argumento fundamenta-se na posição central que a operadora assume na gestão do fluxo de produtos, dos meios de pagamentos e da informação trocada entre utilizadores.

---

[42] Acórdão do *United States Court of Appeals for the Third Circuit*, de 3 de julho de 2019, n.º 18-1041– *Oberdorf v. Amazon. com Inc.*

Em *Bolger v. Amazon.com, LLC*[43], um caso de 2020, com contornos semelhantes, o *Court of Appeal* da Califórnia também reverteu a decisão da primeira instância e adotou a mesma posição da jurisprudência *Oberdorf*.

A senhora Bolger tinha comprado uma bateria de um computador a um vendedor, na Amazon, e alegou que a mesma explodiu após vários meses, causando-lhe queimaduras graves. Na sequência, intentou uma ação contra a Amazon e contra o vendedor que, também neste caso, não se apresentou ao processo.

O tribunal concluiu que mesmo que a Amazon não fosse um vendedor como geralmente se entende, era certamente um intermediário entre o fornecedor e o consumidor e um elo crítico na cadeia de distribuição. Foi até mais longe no seu entendimento ao considerar que a Amazon tinha desempenhado um papel significativo nesta transação, posto que aceitou a posse do produto, armazenou-o num armazém seu, atraiu Bolger para o seu *website*, forneceu-lhe uma listagem dos produtos, recebeu o pagamento pelo produto e enviou-lhe o produto em embalagem da Amazon.

Como resulta das condições de utilização, a Amazon estabeleceu os termos da sua relação com o vendedor, controlou as suas condições da oferta para venda na plataforma, limitou o acesso do vendedor às informações dos clientes, forçou o vendedor a comunicar com os clientes através da Amazon e exigiu uma comissão em cada compra.

O tribunal concluiu que, independentemente do termo usado para descrever o papel da Amazon – "retalhista", "distribuidor" ou mero "facilitador" –, verificou-se que a sua ação foi fundamental para trazer o produto até à consumidora, pelo que a empresa é parte integrante do esquema global de produção e comercialização, cabendo-lhe suportar os custos dos danos resultantes de produtos defeituosos[44].

---

[43] Acórdão do *Court of Appeals, Fourth Appellate District, Division Estate of California*, de 13 de Agosto de 2020, n.º 37-2017-00003009-CU-PL-CTL – *Bolger v. Amazon.com LLC*.

[44] Nos casos *Oberdorf* e *Bolger*, estava em causa o serviço "Fulfilled by Amazon (FBA)". Este serviço permite às empresas enviarem os produtos para os armazéns da Amazon. Esses produtos são apresentados para venda no site da Amazon e quando vendidos, são enviados pela Amazon para o comprador. Neste caso, a Amazon controla o processo de expedição da embalagem, que pode incluir a marca Amazon e também o envio de mensagens específicas.

5. Notas finais

No mundo digital, o mercado tradicional – local privilegiado de encontro entre compradores e vendedores – cedeu espaço perante o aparecimento de um modelo de negócio alicerçado numa nova estrutura de intermediação: a plataforma.

Os mercados em linha apresentam-se como simples facilitadores, mas, na prática, criam verdadeiros ecossistemas comerciais[45] e podem efetivamente exercer influência real na definição dos aspetos essenciais da relação contratual principal, firmada entre os utilizadores.

Ora, esta dinâmica complexa e multilateral convive mal com as estruturas normativas pré-existentes[46]. A UE cedo percebeu as potencialidades das plataformas no desenvolvimento do mercado interno, mas, no quadro da proteção de consumidores, focou-se primordialmente no reforço dos deveres pré-contratuais e na clarificação quanto à identidade da contraparte, com vista à consolidação da transparência[47].

Em matéria de imputação de responsabilidade contratual às plataformas, a abordagem da Comissão tem sido titubeante. Recentemente, no âmbito da

---

[45] Andreas Hein, Maximilian Schreieck, Tobias Riasanow, David Soto Setzke, Manuel Wiesche, Markus Böhm e Helmut Krcmar, "Digital platform ecosystems", in *Electronic Markets, Springer*, 2020, p. 90.

[46] Christoph Busch, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska e Fryderyk Zoll, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, p. 4, "The existing consumer contract law of the EU and its Member States seems to be rather outdated with respect to the dynamics of the platform economy".

[47] Nesse sentido, a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, introduziu um novo artigo na Diretiva 2011/83/UE, sobre os requisitos de informação específicos para contratos celebrados com prestadores de mercados em linha, passando a ser exigido aos prestadores de mercados em linha que informem os consumidores sobre se o fornecedor é um profissional ou não (um consumidor), avisem o consumidor sobre a não aplicabilidade das regras da UE em matéria de proteção dos consumidores a contratos celebrados com não profissionais e expliquem quem é responsável pela execução do contrato: o profissional ou o próprio prestador do mercado em linha. Essa informação releva para efeito de qualificação como prática enganosa, ao abrigo do regime das práticas comerciais desleais da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005.

Proposta de Regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento dos Serviços Digitais), lançada a 15 de dezembro de 2020[48], manteve, no essencial, as soluções de exoneração de responsabilidade já consagradas, nos artigos 12.º, 13.º e 14.º da Diretiva 2000/31/CE[49].

Esta opção contraria a posição do Parlamento Europeu, que exortava ao estabelecimento de normas prevendo a "responsabilidade dos mercados em linha sempre que as plataformas tiverem uma influência predominante sobre os fornecedores e os elementos essenciais das transações económicas, como os meios de pagamento, os preços, as cláusulas aplicáveis ao incumprimento ou condutas destinadas a facilitar a venda de bens a um consumidor no mercado da União, e não exista nenhum fabricante, importador ou distribuidor estabelecido na União que possa ser responsabilizado"[50]. A preocupação manifestada pela Parlamento não terá sido, por ventura, acautelada[51].

Entre nós, o legislador optou por introduzir normas concretas quanto a esse aspeto, aproveitando o ensejo da transposição da Diretiva (UE) 2019/770 e da Diretiva (UE) 2019/771, numa redação nitidamente inspirada no artigo 20.º, n.º 2 do *ELI Model Rules on Online Platforms,* com base no conceito de "influência predominante". A escolha – arrojada, é certo – não foi acompanhada pelos demais Estados-Membros nas transposições operadas, posto que Portugal foi o único a lançar mão desta possibilidade. Resta, por isso, saber como é que esta circunstância conviverá com a lógica da

---

[48] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE [COM(2020) 825 final].

[49] Caroline Cauffman e Catalina Goanta,"A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", in *European Journal of Risk Regulation*, abril 2021, pp.7-10.

[50] *Cfr.* Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o Ato legislativo sobre os serviços digitais: Melhorar o funcionamento do mercado único [2020/2018(INL]. Também nesse sentido, BEUC, *Making the Digital Services Act Work for Consumers*, maio de 2020, p. 6, "DSA should introduce a special liability rule for platforms which have a «predominant influence» or «control» over suppliers".

[51] Também na proposta de Regulamento relativo à segurança geral dos produtos, apresentada pela Comissão, a 30 de junho de 2021, no artigo 20.º, se fixam alguns deveres para os mercados em linha de comunicação e cooperação e de retirada de conteúdos ilegais específicos referentes a produtos perigosos e de limitação do acesso, mas não se fornece uma solução concreta sobre a responsabilidade das plataformas.

eliminação de entraves comerciais, no quadro da consolidação do mercado único.

Do outro lado do Atlântico, a recente jurisprudência nos EUA aponta para uma convergência com a abordagem objetiva do TJUE em torno da "influência decisiva"[52], constituindo, em nosso entendimento, um sinal positivo no sentido da proteção dos direitos do consumidor no contexto dos mercados em linha e podendo fornecer relevantes pistas hermenêuticas para aplicação da responsabilidade contratual, nesse domínio.

Vivemos tempos de mudança e claramente o debate em torno desta matéria está longe de se encontrar pacificado. Aguardamos, por isso, com natural expectativa, os desenvolvimentos que se avizinham, em particular, no que concerne à aplicação prática das normas dos artigos 44.º a 46.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

Referências bibliográficas

BEUC – *Making the Digital Services Act Work for Consumers*, maio de 2020 [Disponível para consulta em: https://www.beuc.eu/publications/making-digital-services-act-work-consumers/html]

Busch, Christoph – *Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective*, julho de 2021 [Disponível para consulta em http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3897602]

Busch, Christoph – "The ELI Model Rules on Online Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 9, 2020, pp. 61-70 (com Gerhard Dannemann, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiorówska-Domagalska e Fryderyk Zoll)

Busch, Christoph – "When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 8, 2019, pp. 173-174

Busch, Christoph – "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10 (com Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska e Fryderyk Zoll)

---

[52] *Cfr.* Christoph Busch, "When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 8, 2019, p. 174.

Carvalho, Joana Campos – "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, DECO*, 2016, pp. 294-309

Carvalho, Joana Campos – "Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe" in *Cuadernos de Derecho Transacional,* n.º 12, 2020, pp. 863-874

Carvalho, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2020

Carvalho, Jorge Morais – "O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify)", in *Revista de Direito Comercial*, n.º 1, 2018, pp. 1191-1224.

Carvalho, Jorge Morais – "Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português" in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3, 2019, pp. 63-87

Cauffman, Caroline – "A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", in *European Journal of Risk Regulation*, abril de 2021, pp. 1-17 (com Catalina Goanta)

Cauffman, Caroline – "The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2016, pp. 235-243

Comissão Europeia – *Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms*, 2018

European Legal Studies Institute – *ELI Model Rules on Online Platforms,* 2019

Franceschi, Alberto De – "European Contract Law and the Digital Single Market – Current Issues and New Perspectives", in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 1-17

Franceschi, Alberto De – "Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2018, pp. 1-4

Hein, Andreas – "Digital platform ecosystems", in *Electronic Markets,* Springer, 2020, pp. 87-98 (com Maximilian Schreieck, Tobias Riasanow, David Soto Setzke, Manuel Wiesche, Markus Böhm e Helmut Krcmar)

Inglese, Marco – *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, 2019

Katyal, Sonia – "Platform Architecture and the Brand", in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy,* Cambridge University Press, 2018, pp 406-418 (com Leah Chan Grinvald)

Parlamento Europeu – *Liability of online platforms*, fevereiro de 2021

Research group on the Law of Digital Services (Christoph Busch, Gerhard Dannemann, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiórowska-Domagalska e Fryderyk Zoll) – "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary

Platforms" in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2016, pp. 164-169

Smort, Guido – "The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy" in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy,* Cambridge University Press, 2018, pp. 431-446

Wellenhofer, Marina – "Third Party Effects of Bilateral Contracts within the *Network*", in *Networks*: *Legal Issues* of *Multilateral Co-operation*, Hart Publishing, 2009, pp. 119-136

Lista de Jurisprudência

– Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 9 de novembro de 2016, Processo C-149/15 – *Wathelet*

– Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de dezembro de 2017, Processo C-320/16 – *Uber France*

– Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de abril de 2018, Processo C-434/15 – *Uber Spain*

– Acórdão do *United States Court of Appeals for the Third Circuit*, de 3 de julho de 2019, n.º 18-1041– *Oberdorf v. Amazon. com Inc*

– Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de dezembro de 2019, Processo C-390/18 – *Airbnb Ireland*

– Acórdão do *Court of Appeals, Fourth Appellate District, Division Estate of California*, de 13 de Agosto de 2020, n.º 37-2017-00003009-CU-PL-CTL – *Bolger v. Amazon.com LLC*

A Erosão da Propriedade e o Direito ao Conserto no Brasil

Laís Bergstein*

Resumo: O presente estudo, pautado na teoria do diálogo das fontes, trata da problemática envolvendo o direito à proteção do segredo e da propriedade industrial de softwares e do igualmente legítimo interesse do consumidor na possiblidade de conserto de dispositivos eletrônicos. A questão, intimamente ligada ao direito do consumidor, também se funda em preceitos do comércio internacional, da defesa da concorrência e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Objetiva-se elucidar alguns dispositivos da legislação brasileira e aportes doutrinários e jurisprudenciais que, no atual estado da arte, nos levam à conclusão de que um direito ao conserto já encontra respaldo seguro no âmbito do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito ao conserto; obsolescência planejada; propriedade industrial; produtos simbióticos; *software*.

Abstract: This study, based on the dialogue of sources, deals with the problem involving copyright and the protection of industrial secrecy of software and the equally legitimate interest of the consumers in the possibility of repair of electronic devices. The issue, closely linked to consumer law, is also based on precepts of international trade, the defense of competition and the ecologically balanced environment. The aim is to elucidate some provisions of Brazilian legislation and doctrinal and jurisprudential contributions that, in the current state of the art, lead us to the conclusion that a right to repair already finds secure support under Brazilian law.

Keywords: Right to repair; planned obsolescence; property law; symbiotic products; software.

---

* Doutora em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. *Alumni* do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Docente do Programa de Mestrado Profissional em Direito, *Compliance*, Mercado e Segurança Humana do CERS. Pesquisadora e Advogada. lais@dotti.adv.br

1. Introdução

O direito ao conserto ou o direito à reparação tratado neste estudo[1] não corresponde à responsabilidade do fornecedor pelos danos resultantes de um fato ou vício de qualidade ou quantidade identificados no produto ou serviço. Tratamos, diferentemente, da legítima expectativa de se poder consertar um bem que, durante a sua vida útil, apresenta falhas de funcionamento resultantes de desgaste natural ou mesmo de um descuido do consumidor.

Para o senso comum a questão pode ser simples: "você comprou o dispositivo, ele é seu, então deve ter o direito de consertá-lo."[2] Entretanto, no contexto dos *serviços simbióticos*[3] do consumo digital, a expectativa de conseguir consertar um produto híbrido a um custo razoável é frequentemente uma distante utopia.

Movimentos de cidadãos preocupados com a proteção do meio ambiente e a preservação dos interesses financeiros dos consumidores têm chamado a atenção para o tema do direito ao reparo e propõem, inclusive, o regramento de um prazo mínimo de durabilidade (e reparabilidade) de produtos eletrônicos, por exemplo[4].

Ao mesmo tempo que é legítimo o interesse na proteção de direitos autorais incidentes sobre os *softwares*, a proteção da propriedade industrial não pode ser utilizada como pretexto para forçar uma nova compra prematura.

---

[1] Uma versão resumida do presente estudo foi publicada na Coluna Garantias do Consumo do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor – BRASILCON na Revista Consultor Jurídico, em 01.09.2021.

[2] Montello, Kyle S. The Right to Repair and the Corporate Stranglehold over the Consumer: Profits over People. 22 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 165 (2020). p. 167.

[3] Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. "Serviços simbióticos" do consumo digital e o PL3.514/2015 de atualização do CDC. São Paulo, Revista de Direito do Consumidor, v. 132, p. 91-118, Nov/Dez, 2020. DTR\2020\14417.

[4] É o caso da campanha #10YearPhone que propõe que os fornecedores sejam obrigados a viabilizar, por meio do direito ao reparo, que os *smartphones* tenha durabilidade mínima de dez anos. A campanha destaca os seguintes aspectos de durabilidade e vida útil dos celulares: "*Design for repair – easily openable, with parts that can be removed with accessible tools, and no software locks; Batteries that are easily removable and replaceable without special tools; Software support that lasts 10 years; Spare parts and repair information that are accessible to everyone – not just professional repairers; Repairs that are actually affordable and accessible – by addressing the cost of spare parts; Information on how well a phone can be repaired compared to other phones on the market (repair score).*" Disponível em: https://repair.eu/news/what-if-all-electronics-lasted-at-least-10-years/. Acesso em: 29 out. 2021.

Essa problemática entre o direito ao conserto e a preservação do segredo industrial é abordada no presente estudo sob a perspectiva da legislação brasileira. Com base no método do diálogo das fontes[5], objetiva-se elucidar alguns dispositivos legais que, no atual estado da arte, nos levam à possível conclusão de que um direito ao conserto já encontra respaldo seguro no âmbito do direito brasileiro.

2. A percepção de erosão da propriedade

Nos Estados Unidos, fabricantes apoiam-se na *Digital Millennium Copyright Act*, a lei federal que dispõe sobre direitos autorais, para forçar os consumidores a reparar seus dispositivos exclusivamente junto ao próprio fabricante ou assistências técnicas autorizadas. Com o uso de tecnologias de gestão de direitos digitais (*digital rights management* – DRM ou *software tecnological protection measures* – TPMs), os proprietários dos *softwares* impedem que consumidores executem certas operações.

No Brasil, a Lei n.º 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, estabelece um regime claro de proteção aos direitos autorais e preservação dos direitos de usuários de programas de computador. Embora o texto tenha sido claramente pensado para um contexto no qual *hardware* e *software* representavam mercados bastante distintos, as garantias alcançam também os usuários dessas aplicações, dentre eles, os consumidores. Assegura-se logo no art. 7.º que "o contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada."

Ocorre que, em inúmeras situações de contratação de aplicações e conteúdos eletrônicos, o prazo de disponibilidade da licença de uso ou de validade técnica da respectiva versão do *software* não é devidamente esclarecida ao consumidor (violam-se os arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 9.609/1998), parte como consequência da comunicação indireta, visual e virtual característica

---

[5] Marques, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o "Diálogo das Fontes". *In:* Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antonio Herman V.; Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

do mercado contemporâneo.[6] Da mesma forma, inúmeros fornecedores não informam a via útil estimada do seu produto ou serviço (informação essencial para os fins do Decreto 2.181/1997, art. 13, XXI, bem como para a comparação de preços e características de diferentes bens).

A boa-fé nas relações negociais, especialmente nas contratações eletrônicas[7], e a proteção da confiança legítima em tempos digitais[8], impõem um novo paradigma de transparência e lealdade aos fornecedores, acentuando o seu dever de informar[9], a ser implementado a despeito do aparente desinteresse da indústria no alongamento da vida útil dos produtos[10]. É preciso superar a desinformação quanto à durabilidade das contratações (vida útil dos produtos e serviços) que impera no mercado para que essa nova formatação negocial – híbrida ou simbiótica – não seja lesiva aos interesses econômicos dos consumidores (CDC, art. 4º) e se promova uma concorrência leal.

A problemática também é identificada pela Consumers International sob a perspectiva da "erosão da propriedade" (*erosion of ownership*)[11], fenômeno este bastante perceptível no comércio de livros eletrônicos[12], aparelhos celulares e dispositivos de *streaming*[13], por exemplo.

---

[6] Mucelin, Guilherme. Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 268-269.

[7] Martins, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

[8] Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; Miragem, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. pp. 300-303.

[9] Kretzmann, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 30.

[10] Andrade, Fábio Siebeneichler de. Perspectivas sobre o direito à reparação: um novo direito subjetivo do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 136, p. 423-440, Jul. Ago, 2021

[11] Coll, Liz; Simpson, Robin. *The Internet of Things and challenges for consumer protection*. London: Consumers International, 2016. p. 34. Disponível em: <http://www.consumersinternational.org/media/1292/connection-and-protection-the-internet-of-things--and-challenges-for-consumer-protection.pdf>.

[12] EUA. Apple Inc. Termos e Condições dos Serviços de Mídia da Apple. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html>. Acesso em: 17 ago 2021.

[13] Aqui em casa, a Apple TV, desde 2020, não transmite mais os jogos da NBA, que antes eram acessíveis pelo *app* League Pass. A mensagem que agora aparece na minha tela é a seguinte:

O negócio jurídico verdadeiramente celebrado nesses casos não é uma compra e venda, que transferiria ao proprietário os direitos de usar, gozar e dispor, mas corresponde a uma cessão temporária (muitas vezes insuscetível de transmissão pela via sucessória) de direitos de propriedade industrial, obstando, retardando ou encarecendo o reparo. Ora, o contrato de licença do *software ibooks* para iOS da Apple, por exemplo, prevê que "Apps disponibilizados através da App Store são licenciados a você, não vendidos." Todavia, em diversos aplicativos disponibilizados na loja virtual, a indicação é "comprar".

3. Perspectivas do direito ao conserto no Brasil

Obstáculos ao reparo são atualmente presentes em diversos setores, especialmente com tratores[14], veículos automotores[15], *smartphones*[16],

---

"*NBA League Pass. Starting with the 2019-2020 season, NBA League Pass will no longer be supported on Apple TV 3rd Generation. To watch NBA League Pass, please download the NBA app using a different supported device, such as a 4th Generation Apple TV or later. To view the list of our supported devices or to speak with NBA support, please visit support.watch.nba.com.*" Seria este um ato da NBA MEDIA VENTURES LLC, desenvolvedora do aplicativo, ou da Apple Inc, fabricante do aparelho? Ao que tudo indica, de ambas. A (des)informação constante no site acima indicado é de que "*além de computador, tablet e celular, o NBA League Pass está disponível no tvOS em todos os países*", sem qualquer tipo de ressalva quanto à geração do aparelho a ser utilizada. (Disponível em: <https://support.watch.nba.com/hc/pt-br/articles/115000585953-Apple-TV>. Acesso em: 16 ago. 2021). Vamos torcer para que o mesmo não aconteça também com o meu *app* do Netflix...

[14] A John Deere, maior fabricante de máquinas agrícolas do mundo, também causou comoção com a previsão nos seus contratos de que os clientes adquirem apenas uma "licença implícita para operar o veículo durante a vida útil do veículo", ao invés da propriedade do maquinário, isso devido à sua preocupação com o uso do *software* instalado nos equipamentos. (EUA. Wired Magazine. Wiens, Kyle. *We Can't Let John Deere Destroy the Very Idea of Ownership*. Disponível em: <https://www.wired.com/2015/04/dmca-ownership-john-deere/>.) Os impactos dessa linha da empresa foram analisados pela Consumers International. Veja o relatório de Liz Coll e Robin Simpson: *The Internet of Things and challenges for consumer protection*. London: Consumers International, 2016, já citado.

[15] CRS Reports & Analysis. Legal Sidebar. *Copyright Law Restrictions on a Consumer's Right to Repair. Cars and Tractors*. Bluebook 21st ed. 1 (September 18, 2015).

[16] Como exemplifica Bruno Miragem, "o valor de um smartphone estará cada vez menos na sua utilidade original de realizar ligações telefônicas, e mais na capacidade de armazenamento de dados e aplicações de internet que permitem a realização de uma série de tarefas, com diferentes

máquinas de café e refrigeradores[17], cujas peças com desgaste mais acelerado não podem tecnicamente ser substituídas, o seu custo é impeditivo ou inexiste concorrência no setor. Começaram então a surgir propostas legislativas de estabelecimento do direito ao conserto – *right to repair* – que obrigaria os fabricantes a disponibilizar ferramentas, peças de reposição, equipamentos de *software* para proprietários de dispositivos e técnicos independentes.[18]

O Acordo TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), que prevê regras de direitos de propriedade industrial aplicáveis aos países integrantes da OMC dele signatários, ressalva em seu art. 13 que devem ser protegidos os legítimos interesses do titular, reconhecendo os preceitos de "*fair use*" e o "*fair dealing*"[19], enquanto o art. 46 assegura a proporcionalidade nas medidas

---

níveis de interação humana." (Miragem, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. In: Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. p. 343.).

[17] Como lembra Montello, essa não foi sempre a realidade. Quando foi lançado, em 1977, o computador Apple II era acompanhado de um manual gratuito com esquemas para auxiliar eventuais reparos. (Montello, Kyle S. The Right to Repair and the Corporate Stranglehold over the Consumer: Profits over People. 22 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 165, 2020). É radical a mudança no setor. Mais recentemente, lembramos, a instalação de atualizações de *software* que reduziam a velocidade dos *iPhones* resultou em diversas ações coletivas contra a mesma empresa, acusada da prática de obsolescência programada. A doutrina de Moyse atribui ao político Bernard London a ideia de que a prática da obsolescência programada poderia ser uma forma de retomada da economia, estimulando o comércio: "*This section situates us in the United States at the turn of the 20th century when the term 'planned obsolescence' was first coined by philanthropist and dilettante politician Bernard London. In a series of short texts published between 1932 and 1935, London outlined possible policy solutions to end the Great Depression. He proposed to set a legal term for the use of products to force their replacement and boost production, consumption and employment.*" (Moyse, Pierre-Emmanuel. The Uneasy Case of Programmed Obsolescence, 71 U.N.B.L.J. 61, 2020).

[18] Moore, Daniel. (2019). You Gotta Fight For Your Right To Repair: The Digital Millennium Copyright Act's Effect On Right-To-Repair Legislation. Texas A&M Law Review. 6. 509-540. 10.37419/LR.V6.I2.6.

[19] "Article 13. Limitations and Exceptions. Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder."

implementadas para coibir violações a direitos autorais, considerando-se inclusive os interesses de terceiros[20]. As diretrizes internacionais devem servir como patamar mínimo de proteção aos consumidores no plano nacional, sobretudo em ordenamentos jurídicos que reconhecem a vulnerabilidade dos consumidores (CDC, art. 4º, I).

O direito da contemporaneidade tem se *desenhado* sob o formato de regras de caráter mais geral, capazes de atender a uma gama significativa de hipóteses, graças à atividade interpretativa do magistrado à face do caso concreto.[21] Na pós-modernidade, a preocupação do Direito é a legitimidade da solução, pois, geralmente, as normas em conflito são válidas e devem ter eficácia, ainda que auxiliar.

Nesse contexto, Claudia Lima Marques apresenta a teoria do diálogo das fontes, formulada por Erik Jayme, como uma possível solução. Impulsionando-a para além das fronteiras do direito internacional privado e, certamente, assegurando a sua difusão no Brasil, Claudia Lima Marques ensina que a teoria do diálogo das fontes idealizada pelo seu mestre de Heidelberg é um método e um caminho de solução para as antinomias aparentes do ordenamento jurídico. Nas suas palavras, o diálogo das fontes pressupõe a aplicação simultânea, compatibilizadora das normas em conflito "sob a luz da Constituição", com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas "com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão" em busca do efeito social esperado, de modo que "o 'brilho' maior

---

[20] "Article 46. Other Remedies. In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. ***In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account.*** In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce." [grifo nosso]

[21] Hironaka, Giselda Maria Fernandes. Principiologia contratual e a valoração ética do Código Civil Brasileiro. Revista Civilística, a. 3, n. 1, jan-jun. 2014. p. 3.

será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente."[22]

Uma interpretação conjunta das disposições legais invocadas no contexto da análise do direito ao reparo demanda a observância, dentre outras, das perspectivas do direito à propriedade, da proteção de direitos autorais, dos interesses econômicos dos consumidores, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da preservação do equilíbrio nas relações de consumo. A análise, no caso concreto, de todas as disposições legais incidentes sobre o conflito deve buscar a compatibilização dos interesses de todos os envolvidos e a coletividade que é afetada por práticas comerciais que se revelam lesivas ao meio ambiente.

Além disso, no contexto do comércio eletrônico, é preciso reforçar os mecanismos para se exigir o cumprimento do dever jurídico de efetiva prevenção de danos (art. 6.º, VI, do CDC), sendo premente a avaliação da conduta do fornecedor no caso concreto[23]. Os investimentos em medidas de efetiva prevenção de danos e resolução de conflitos devem compatíveis e proporcionais à sua atuação no mercado de consumo.[24]

A relação simbiótica[25] de produtos e serviços acentua o dever de informação ao consumidor. Há muito se espera que informações básicas acerca da

---

[22] Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 690-691.

[23] Bergstein, Lais. O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação de suas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[24] Efing, Antonio Carlos; Bergstein, Lais. A necessária aprovação do PL 3514/2015 para o fortalecimento da proteção do consumidor no comércio eletrônico. In: Miranda, Marié; Marques, Claudia Lima; Bergstein, Lais. Estudos de Direito do Consumidor. Brasília: Editora CFOAB, 2021.

[25] A expressão é utilizada, pelo Min. Herman Benjamin em caso paradigmático envolvendo a responsabilidade solidária entre as empresas fornecedoras de produtos e serviços de telefonia: "Consta dos autos que as partes celebraram contrato de consumo, cujo objeto é o fornecimento de linhas telefônicas, serviços especiais de voz, acesso digital, recurso móvel de longa distância DD e DDD e recurso internacional, local ou de complemento de chamada, para serem utilizadas em central telefônica – PABX, adquirida de terceira pessoa. Conforme narrado, criminosos entraram no sistema PABX da empresa recorrente e realizaram ilicitamente diversas chamadas internacionais, apesar de esse serviço estar bloqueado pela operadora. A interpretação do Tribunal de origem quanto à norma insculpida no art. 14 do CDC está incorreta, porquanto o serviço de telecomunicações prestado à recorrente mostrou-se defeituoso, uma vez que não ofereceu a segurança esperada pela empresa consumidora. REsp 1.378.284/PB, Relator

vida útil esperada para determinados produtos ou serviços sejam prestadas pelos fornecedores, o que aparentemente somente se concretizará com uma disposição legislativa específica nesse sentido. A boa-fé[26] nas relações negociais, especialmente as contratações eletrônicas[27], e a proteção da confiança legítima em tempos digitais[28], impõem um novo paradigma de transparência e lealdade aos fornecedores, acentuando o seu dever de informar[29].

4. Considerações finais

O direito ao conserto tem íntima relação com a superação da obsolescência programada, a preservação dos interesses econômicos dos consumidores e

---

o eminente Ministro Luis Felipe Salomão. 7. O risco do negócio é a contraparte do proveito econômico auferido pela empresa no fornecimento de produtos ou serviços aos consumidores. É o ônus a que o empresário se submete para a obtenção de seu bônus, que é o lucro. Por outro lado, encontra-se o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. 8. Os órgãos públicos e as suas empresas concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos consumidores em conformidade com o art. 22 do CDC.

9. Recurso Especial provido."

BRASIL. STJ – REsp 1721669/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018.

[26] "A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (standard direcionador de condutas a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um 'estado ideal de coisas'". Martins Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação,* 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329.

[27] Martins, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

[28] Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; Miragem, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. pp. 300-303.

[29] Kretzmann, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 201

com a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[30]. Implicações em diversas áreas podem ser apontadas quando se considera a consolidação do direito ao conserto[31], inclusive os impactos da reserva de mercado, das práticas de venda casada, dos crescentes custos aos consumidores e da necessária redução da geração de resíduos sólidos resultante do aumento da longevidade dos produtos ou serviços híbridos.

A proteção do consumidor é crucial para a economia digital de desenvolver[32]. Se a maior mentira da internet é a frase "eu li e concordo com os termos e condições de uso", a grande verdade é que cada dia mais o consumidor se vê sem escolha senão selecionar, clicar e torcer pelo melhor: "*tick, click and hope for the best*."[33] Cabe aos legitimados pela defesa do consumidor a desafiadora tarefa de reverter esse cenário, identificando as práticas comerciais abusivas e buscando o equilíbrio das relações de consumo.

E, para além das iniciativas legislativas de estabelecimento expresso do direito ao reparo, podem ser pensadas políticas públicas de fomento ao conserto, em um contramovimento à obsolescência programada. Exemplo disso são os programas de incentivo, como o que foi implementado em meados de junho de 2021 no estado alemão da Turíngia, onde os consumidores são elegíveis para o programa de bônus de reparação, que restitui ao aderente até um máximo de 100 euros por reparação. Nas duas primeiras semanas, o governo do estado já subsidiou 266 pedidos de reparação no

---

[30] Efing, Antonio Carlos; Bergstein, Lais. A responsabilidade compartilhada pelos resíduos pós-consumo em prol do combate à poluição transfronteiriça. Revista ius et veritas, N.º 49, Diciembre 2014/ ISSN 1995-2929.

[31] Rosborough, Anthony D. Unscrewing the Future: The Right to Repair and the Circumvention of Software TPMs in the EU, 11 (2020) JIPITEC 26-1. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-1-2020/5083>. Acesso em: 16 ago 2021.

[32] Veja mais em: UNCTAD. Moreira, Teresa. *Consumer protection crucial for the digital economy to thrive*. <https://unctad.org/news/consumer-protection-crucial-digital-economy--thrive>. March 13, 2020.

[33] "If the consumer wishes to access and realize the benefits of the service in question, **they are left with little choice but to tick, click and hope for the best**. There is no opportunity to negotiate, or to agree to some parts but not others. If they tick the box, they are deemed to have consented to everything stated in the privacy notice." [grifo nosso] COOL, Liz. Personal data empowerment: Time for a fairer data deal? Citizens Advice, 2015: <https://www.citizensadvice.org.uk/personal-data-empowerment-time-for-a-fairer-deal/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

valor de mais de 19.000 euros, tendo sido recebidos mais de 500 pedidos pelo centro de aconselhamento ao consumidor, que é responsável pelo seu processamento.[34]

Referências

Andrade, Fábio Siebeneichler de. Perspectivas sobre o direito à reparação: um novo direito subjetivo do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 136, p. 423-440, Jul.Ago, 2021

Bergstein, Lais. O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação de suas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. STJ – REsp 1721669/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018.

Coll, Liz; Simpson, Robin. *The Internet of Things and challenges for consumer protection.* London: Consumers International, 2016. p. 34. Disponível em: <http://www.consumersinternational.org/media/1292/connection-and-protection-the-internet--of-things-and-challenges-for-consumer-protection.pdf>.

Cool, Liz. Personal data empowerment: Time for a fairer data deal? Citizens Advice, 2015: <https://www.citizensadvice.org.uk/personal-data-empowerment-time-for--a-fairer-deal/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CRS Reports & Analysis. Legal Sidebar. *Copyright Law Restrictions on a Consumer's Right to Repair. Cars and Tractors.* Bluebook 21st ed. 1 (September 18, 2015).

Efing, Antonio Carlos; Bergstein, Lais. A necessária aprovação do PL 3514/2015 para o fortalecimento da proteção do consumidor no comércio eletrônico. In: Miranda, Marié; Marques, Claudia Lima; Bergstein, Lais. Estudos de Direito do Consumidor. Brasília: Editora CFOAB, 2021.

Efing, Antonio Carlos; Bergstein, Lais. A responsabilidade compartilhada pelos resíduos pós-consumo em prol do combate à poluição transfronteiriça. Revista ius et veritas, N° 49, Diciembre 2014/ ISSN 1995-2929.

EUA. Apple Inc. Termos e Condições dos Serviços de Mídia da Apple. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html>. Acesso em: 17 ago 2021.

---

[34] Meyer, Katrin. *Germany and Austria implement repair bonuses.* 18 de agosto de 2021. Disponível em: https://repair.eu/news/germany-and-austria-implement-repair-bonuses/. Acesso em: 29 out. 2021.

EUA. Wired Magazine. Wiens, Kyle. *We Can't Let John Deere Destroy the Very Idea of Ownership*. Disponível em: <https://www.wired.com/2015/04/dmca-ownership-john-deere/>.

Hironaka, Giselda Maria Fernandes. Principiologia contratual e a valoração ética do Código Civil Brasileiro. Revista Civilística, a. 3, n. 1, jan-jun. 2014.

Kretzmann, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Marques, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o "Diálogo das Fontes". *In:* Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antonio Herman V.; Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. "Serviços simbióticos" do consumo digital e o PL3.514/2015 de atualização do CDC. São Paulo, Revista de Direito do Consumidor, v. 132, pp. 91-118, Nov/Dez, 2020. DTR\2020\14417.

Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; Miragem, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. pp. 300-303.

Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; Miragem, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. pp. 300-303.

Martins Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação,* 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329.

Martins, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

Meyer, Katrin. *Germany and Austria implement repair bonuses.* 18 de agosto de 2021. Disponível em: https://repair.eu/news/germany-and-austria-implement-repair--bonuses/. Acesso em: 29 out. 2021.

Miragem, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. In: Marques, Claudia Lima; Lorenzetti, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; Miragem, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021.

Miranda, Marié; Marques, Claudia Lima; Bergstein, Lais. Estudos de Direito do Consumidor. Brasília: Editora CFOAB, 2021.

Montello, Kyle S. The Right to Repair and the Corporate Stranglehold over the Consumer: Profits over People. 22 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 165 (2020). p. 167.

Moore, Daniel. (2019). You Gotta Fight For Your Right To Repair: The Digital Millennium Copyright Act's Effect On Right-To-Repair Legislation. Texas A&M Law Review. 6. 509-540. 10.37419/LR.V6.I2.6.

Moyse, Pierre-Emmanuel. The Uneasy Case of Programmed Obsolescence, 71 U.N.B.L.J. 61, 2020.

Mucelin, Guilherme. Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 268-269.

Rosborough, Anthony D. Unscrewing the Future: The Right to Repair and the Circumvention of Software TPMs in the EU, 11 (2020) JIPITEC 26-1. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-1-2020/5083>. Acesso em: 16 ago 2021.

UNCTAD. Moreira, Teresa. *Consumer protection crucial for the digital economy to thrive*. <https://unctad.org/news/consumer-protection-crucial-digital-economy-thrive>. March 13, 2020.

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise Crítica e Empírica

Ana Francisca Pinto Dias*
Carlos Filipe Costa**

1. Introdução

O *Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* instituiu na ordem jurídica portuguesa o *Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, mantendo-se em vigor, com as alterações que lhe foram aditadas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, alterações essas motivadas pela transposição da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Pese embora fosse possível encontrar algumas alusões ao problema dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais na primeira Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 29/81, de 22 de agosto[1], foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro que, por influência do direito alemão[2], veio regular, de forma sistemática, pela primeira vez esta matéria.

---

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente no Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa. Investigador no NOVA Consumer Lab.

[1] *Vide*, Armindo Ribeiro Mendes, "Contratos de Adesão e os Direitos do Consumidor", in *Progresso do Direito*, Ano II, n.º 2, 1994, pp. 35-56.

[2] Em 25 de julho de 1996, entrou em vigor, no ordenamento jurídico alemão, a lei que modificou a *AGB-Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976, que serviu de inspiração para o legislador português. Referindo que o direito alemão serviu de inspiração ou modelo para o legislador português, *vide*, entre outros, António Pinto Monteiro, "Les Clauses Limitatives ou Exonératoires de Responsabilité", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*,

Decorridos 36 anos após a sua publicação, a importância prática das cláusulas contratuais gerais mantém-se atual, o que é atestado, desde logo, pela recente alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, operada pela *Lei n.º 32/2021, de 27 de maio*, que vem estabelecer limitações à redação de cláusulas contratuais e prevê a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas.

Antes de iniciarmos propriamente a análise das soluções consagradas no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro – e, com especial acutilância, da mais recente alteração legislativa –, principiaremos por nos referir, ainda que a passos largos, à problemática dos *contratos de adesão* e das *cláusulas contratuais gerais*.

2. Considerações preliminares: a figura do contrato de adesão e o recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais

O específico modo de contratação assente em cláusulas contratuais gerais, previamente elaboradas por um dos contraentes (o predisponente), a que o outro contraente (o aderente) se limita a aderir, constitui "uma manifestação jurídica da moderna vida económica"[3].

O desenvolvimento do capitalismo, a diversificação da atividade das empresas e o incremento da oferta de produtos e de serviços em massa, reflexo das sociedades técnicas e industrializadas, trouxeram alterações significativas ao paradigma jurídico-negocial tradicional[4]. As novas

---

Vol. LXIX, 1993, p. 170; Inocêncio Galvão Telles, "Das condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas", *in O Direito*, Ano 127, III-IV, 1995, p. 297; Carlos Ferreira de Almeida/Rui Pinto Duarte, "Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas (Introdução)", *in Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 39, 2007, p. 7.

[3] Subtítulo do estudo de Carlos Alberto da Mota Pinto sobre a matéria, publicado *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.

[4] O ponto 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro relata, de forma expressiva, o contexto da proliferação das cláusulas contratuais gerais: "As sociedades técnicas e industrializadas da actualidade introduziram, contudo, alterações de vulto nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, não corresponde muitas vezes, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida. Para além do seu nível atomístico, a contratação reveste-se de vectores colectivos que o direito deve tomar em conta. O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas

estruturas de produção económica e a distribuição de bens e serviços em massa da moderna sociedade de consumo não se compaginam, no plano negocial, com um processo de negociação caso a caso. Como expressivamente faz notar Pinto Monteiro, "necessidades de *racionalização*, *planeamento*, *celeridade* e *eficácia* tornam as condições gerais do contrato um processo indispensável de negociação da empresa, podendo dizer-se que à produção e distribuição *standard* corresponde necessariamente a contratação *standard*"[5].

Com efeito, começaram a proliferar no tráfego jurídico casos em que determinados contratos – utilizados, sobretudo, por seguradoras, bancos, empresas de fornecimento de água, energia elétrica ou gás, etc. – eram celebrados *sem qualquer negociação ou debate prévio entre os contraentes*, em ordem a conformar o respetivo conteúdo à vontade e aos interesses de ambos, passando antes a refletir a vontade e os interesses apenas de um dos contraentes, que *predetermina*, de forma *unilateral*, o seu conteúdo, elaborando, para tanto, cláusulas contratuais gerais destinadas a integrar o conteúdo de todos os contratos singulares a celebrar no futuro, mediante a sua proposta, em massa, ao público interessado[6].

A contraparte é apenas, na prática, livre de *aderir ao modelo contratual pré-fixado* que lhe é proposto ou de o *rejeitar*, não podendo interferir na modelação do conteúdo negocial, *discutindo* ou *alterando o conteúdo da proposta*.

---

celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico".

[5] Cfr. António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), pp. 741-742; idem, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, p. 1.

[6] João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, pp. 252-253; António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 741; Mafalda Miranda Barbosa, "Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 309.

Daí, justamente, que aos contratos assim gizados se dê a designação, por influência francesa, de *contratos de adesão (contrats d'adhésion)*[7].

Diz-se, por conseguinte, *contrato de adesão* aquele em que um dos contraentes (o predisponente) elabora, de forma prévia e rígida, as respetivas cláusulas, limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou a rejeitar os termos previamente definidos. Se tais cláusulas são elaboradas para todos os contratos futuros a celebrar pelo predisponente, que as oferece, em massa, ao público interessado, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a *cláusulas contratuais gerais* que se caraterizam, além do caráter prévio e rígido, por uma nota de generalidade[8].

É inegável que este tipo de esquema contratual comporta uma limitação ao princípio da liberdade contratual. Trata-se, porém, de *uma limitação de ordem fáctica*, diante a dificuldade do aderente em satisfazer determinada necessidade sem a aquisição do bem ou serviço em causa, e não de uma

---

[7] O mesmo fenómeno é designado por diversas formas, designadamente, condições gerais dos contratos, de matriz alemã (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*: AGB), contratos *standard*, contratos em série, ou, segundo a terminologia adotada pelo legislador português, cláusulas contratuais gerais.

[8] No plano doutrinal, a atualidade e relevância dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais é evidente, como se evidencia pelas inúmeras monografias e artigos de revista sobre o tema, designadamente, Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 385, ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 609, ss.; João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, p. 251, ss.; Mafalda Miranda Barbosa, "Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 309; Mário Júlio De Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas contratuais gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 1986; António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 733, ss.; idem, António Pinto Monteiro, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62 (2002), pp. 111, ss.; Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999; Almeno de Sá, "Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre cláusulas abusivas, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001; José De Oliveira Ascensão, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), pp. 573, ss.; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 75, ss.

limitação jurídica pois, no plano da lei, "ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas"[9].

3. O âmbito de aplicação do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro

O capítulo I do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro contém algumas disposições gerais sobre o seu âmbito de aplicação (artigos 1.º a 3.º).

Apesar de o diploma não avançar uma definição de *cláusulas contratuais gerais*, as caraterísticas que lhes aponta, no artigo 1.º[10], denotam que o legislador seguiu a caraterização comum deste instituto – *pré-elaboração por uma das partes*, *rigidez* ou *imodificabilidade* e *generalidade ou indeterminação*[11] –, não relevando, em princípio, a forma de comunicação ao público, a extensão, o conteúdo ou a autoria das cláusulas contratuais gerais, conforme dispõe o artigo 2.º[12].

---

[9] Cfr., ponto 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Sobre a contratação com base em cláusulas contratuais gerais como uma limitação à liberdade contratual circunscrita ao domínio dos factos, *vide*, entre outros, António Almeida, "Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual", *in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, pp. 290-292.

[10] Cfr., artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: "As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar (...)".

[11] Cfr., *inter alia*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 4267/12.3TBBRG.G1.S1, 30/03/2017, "Constituem características essenciais das cláusulas contratuais gerais: (i) a pré-formulação; (ii) a generalidade; e (iii) a imodificabilidade.".

[12] Cfr., artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: "O artigo anterior abrange, salvo disposição em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros."

Sobre este ponto, *vide*, António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 748; Mário Júlio de Almeida Costa, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 14; António Almeida, "Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual", *in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, pp. 295-297.

Excetuam-se do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro os casos taxativamente elencados no artigo 3.º: cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; contratos submetidos a normas de direito público; atos de direito da família ou do direito das sucessões; e cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho[13].

O âmbito objetivo de aplicação do nosso diploma é menos amplo do que o âmbito objetivo de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às clausulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores[14].

Como se pode ler no artigo 3.º da referida Diretiva, esta aplica-se a qualquer cláusula contratual que *não tenha sido objeto de negociação individual*, considerando-se que tal ocorre "sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão"[15].

São, portanto, nótulas caraterísticas das cláusulas referidas na Diretiva a *pré-elaboração* ("redigida previamente") e a *rigidez* (no sentido de o consumidor não ter podido influir na modelação do conteúdo do contrato), mas já não a generalidade ou indeterminação.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro sofreu uma segunda alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, com vista a tornar o regime jurídico português das cláusulas contratuais gerais "conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE"[16].

---

[13] Sobre as razões que justificam a não aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos casos referidos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85 e fazendo alusão a alguns problemas práticos que se colocam nesta sede, veja-se, entre outros, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 47-57.

[14] A transposição da Diretiva para a ordem jurídica portuguesa foi realizada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de agosto, que alterou o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por forma a respeitar as imposições do direito europeu. Todavia, não foi alterado o âmbito objetivo de aplicação do nosso diploma.

[15] Cfr., artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993.

[16] Cfr., Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho.

Como se esclarece no Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho "(...) a nova redacção do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro [feita pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de janeiro], não se mostrou ainda conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE, porquanto manteve o seu campo de aplicação material limitado às cláusulas contratuais gerais destinadas a serem utilizadas por sujeitos indeterminados (...)". Sendo que, como se clarifica, "a protecção conferida aos consumidores pela Directiva n.º 93/13/CEE abrange quer os contratos que incorporam cláusulas contratuais gerais, quer os contratos dirigidos a pessoa ou consumidor determinado, mas em cujo conteúdo, previamente elaborado, aquele não pode influir."

Em conformidade, uma das alterações procedidas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho incidiu, justamente, sobre o âmbito objetivo de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, alargando-o "às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não p[ô]de influenciar"[17].

No que a este ponto diz respeito, suscitou-se a questão de saber se a *extensão do regime a todas as cláusulas não negociadas* é apenas aplicável no âmbito dos contratos celebrados entre consumidores e profissionais ou se se aplica aos contratos dirigidos a todos os sujeitos, sejam ou não consumidores.

Pese embora se compreenda o sentido e o alcance dos argumentos a favor de uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro[18], julgamos, em sentido contrário, que este

---

[17] Conforme o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aqui inserido, justamente, na sequência do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho. A propósito, *vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 3516/13.5TJCBR.C1, 28/10/2014: "A regulamentação do DL 446/85 de 25 de Outubro, aplica-se também às cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos individualizados pelo que, mais do que saber se estamos ou não perante um contrato de adesão o que releva, é saber se a cláusula em questão constitui uma cláusula contratual geral, ou seja, se o seu conteúdo é pré-elaborado e insusceptível de ser influenciado ou negociado pela parte.".

[18] Defendendo uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, *vide*, Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9.ª edição, Almedina, 2010, p. 51; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, pp. 35-39; António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 1998, p. 488.

preceito legal se aplica a toda e qualquer relação jurídica e não unicamente às relações jurídicas de consumo, extrapolando, assim, o consagrado na Diretiva europeia[19].

Por um lado, se é verdade que o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho teve como intento corrigir e complementar a transposição do regime da Diretiva 93/13/CEE para o ordenamento jurídico português, a qual se circunscreve às relações entre consumidores e profissionais, menos verdade não é que "isso não impede que o legislador interno vá mais longe, como parece ter ido"[20].

De outra banda, a utilização do termo "destinatário" – e não "consumidor" – pelo legislador no n.º 2 do artigo 1.º é um sinal determinante no sentido de que o legislador se quis apartar do âmbito (mais) restrito da Diretiva, estendendo a aplicação do regime aos contratos dirigidos a qualquer sujeito, seja ou não consumidor.

De todo o modo, esta é, aliás, a interpretação mais conforme com a ausência de qualquer limitação de natureza subjetiva que carateriza, *ab initio*, o nosso regime[21], não se vislumbrando razões imperativas para que, e sob pena de ambiguidade do regime, se restringisse o seu âmbito de aplicação tão só quando estivessem em causa cláusulas não negociadas inseridas em contratos individualizados de consumo.

---

[19] Com o mesmo entendimento, *vide*, Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, 2020, p. 123; António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 162; José de Oliveira Ascensão, "Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), p. 578; Joaquim de Sousa Ribeiro, "O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, p. 219; Mafalda Miranda Barbosa, "Os Contratos de Adesão no Cerne da Proteção do Consumidor", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 395 e ss.

[20] Cfr., António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 162.

[21] Ao contrário do diploma europeu, que tem o seu alcance circunscrito às relações jurídicas de consumo (cfr., artigo 1.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993), o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro tem um âmbito de aplicação mais amplo, aplicando-se a todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente de se integrarem em contratos celebrados entre consumidores e profissionais.

Não nos parece, ademais, decisivo (como se defende[22]) o facto de o Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho se reportar (predominantemente) à qualidade de "consumidor", por duas ordens de razões.

Em primeiro, o Preâmbulo do diploma limita-se, como é predicado, a explicitar genericamente os objetivos do diploma, *in casu*, corrigir a incompleta transposição do regime da Diretiva 93/13/CEE operada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, que não fez incluir no âmbito material de aplicação do regime as cláusulas não negociadas inseridas em contratos individualizados, como contemplado pela Diretiva. O acento tónico e a razão de ser do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho está, pois, no "ajuste" ou extensão do âmbito (material) de proteção do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e não no seu alcance subjetivo, o qual nunca foi questionado.

Em segundo, o referido argumento parece revelar-se falacioso, pois, apesar da falta de rigor na redação do Preâmbulo – na medida em que se refere à "proteção conferida aos consumidores pela Diretiva n.º 93/13/CEE" –, o legislador nacional refere-se a "contratos dirigidos a pessoa ou consumidor determinado, mas em cujo conteúdo, previamente elaborado, aquele não pode influir", o que aponta no sentido de que a alteração de 1999 não se restringiu aos contratos com consumidores.

Em abono da posição que assumimos perfilhar, concorre também o artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor vigente[23] que, sob a epígrafe "Direito à proteção dos interesses económicos", dispõe no seu n.º 2, alínea b) que "com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: (...) à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor". Acrescentando no n.º 3 que "a inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais."

Aponte-se que a Lei de Defesa do Consumidor é anterior ao Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho, que aditou ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro o artigo 1.º, n.º 2, completando a transposição do regime da Diretiva

---

[22] V.g., *vide*, Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, em particular, pp. 35 e 39.

[23] Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

93/13/CEE, no que tange à aplicação das cláusulas inseridas em contratos individualizados. Pergunta-se, com efeito, qual seria a necessidade de um específico ato de transposição cujo alcance se cingisse aos contratos com consumidores, se a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais já se aplicava, por força do artigo 9.º, n.º 2, alínea b) e n.º 3 da Lei de Defesa do Consumidor, aos contratos singulares no quadro das relações de consumo.

O n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro estabelece que "o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo"[24].

No que respeita a esta solução, parece-nos, como assevera Araújo Barros, que "só o predisponente poderá ter interesse em sustentar que determinada cláusula foi negociada, para se prevalecer do seu conteúdo"[25], pelo que, não havia necessidade de dirigir a regra de repartição do ónus da prova a ambos os outorgantes do contrato. Como tal, teria sido preferível uma redação mais próxima da constante do preceito correspondente do regime da Diretiva 93/13/CEE[26].

Conexa com a questão do *ónus da prova* é a problemática em torno do *ónus de alegação de que a cláusula foi negociada*.

Se é verdade que é o aderente que tem interesse em requerer a declaração de nulidade de determinada cláusula ou a sua exclusão (não inclusão) do contrato, menos verdade não é que é o predisponente (que invoca determinada cláusula) que tem de provar a sua existência e o conjunto de factos constitutivos que determinam a sua eficácia.

Com isto, sustenta-se que sobre o predisponente recai não apenas o ónus da prova, mas também um ónus de alegação de que a cláusula foi negociada, valendo, aqui, o artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e o artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil[27].

---

[24] Este preceito legal foi aditado ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de agosto, à data como n.º 2, correspondendo à transposição do artigo 3.º, n.º 2, § 3 da Diretiva 93/13/CEE ("Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova.").

[25] Cfr., José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 31.

[26] *Supra*, nota n.º 26.

[27] Veja-se, David Falcão, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 94: "[o] artigo 1.º, n.º 3 estabelece que o ónus da prova de que uma cláusula contratual

Com efeito, num caso concreto, considerar-se-á que uma determinada cláusula pré-elaborada se encontra abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro *se a parte que dela se queira prevalecer (o predisponente) não tiver alegado e provado que a cláusula foi previamente negociada e que o aderente teve a possibilidade de influir no seu conteúdo*[28]. Caso tal não suceda, haverá de se concluir que a cláusula não resultou de negociação prévia entre as partes, ainda que a contraparte (o aderente) não haja invocado tal circunstância.

É importante destacar que, após a consagração do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho, estendendo-se o âmbito de aplicação do instrumento normativo a "cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar", o critério determinante para que uma determinada cláusula se considere abrangida pela disciplina do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro passou a ser o critério da não negociação (e já não o da generalidade).

Em consequência, a entender-se que sobre quem invocasse o regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro recairia o *ónus de provar que inexistiu negociação prévia da cláusula*[29], então carecia de sentido o disposto no n.º 3 do artigo 1.º, que postula regra em sentido oposto (regra de sentido positivo).

---

resultou de negociação prévia recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo. Parece-nos que o legislador simplesmente aplicou o princípio geral do ónus da prova, previsto no artigo 342.º, n.º 1 do CC. Portanto, tal como aquele que invoca um direito tem o dever de provar os factos constitutivos desse direito, quem alega o direito de se prevalecer do conteúdo de uma cláusula negocial deve demonstrar que esta foi previamente negociada, pelo que, não se conseguindo provar a prévia negociação do conteúdo de uma cláusula esta continua a considerar-se uma CCG [cláusula contratual geral]".

[28] No mesmo sentido, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 31 e 32. *Vide, inter alia*, na nossa jurisprudência, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0620332, 05/12/2006: "I- As cláusulas contratuais gerais, típicas de contratos de adesão, estabelecidas normalmente para regular as relações estabelecidas entre grandes empresas e o consumidor, passaram com o DL n.º 249/99 de 7/7, a ter de ser obrigatoriamente analisadas mesmo quando inseridas em contratos autónomos e individualizados, desde que solicitada a sua apreciação. II – Pretendendo o autor a não discussão de tal clausulado, incumbe-lhe a alegação e prova de que a existência do clausulado interessante fora objecto de concreta pré-negociação e que os réus a puderam influenciar."

[29] Com este entendimento, *vide*, na jurisprudência pátria, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, 11/02/2015: "VIII – É

4. A assimetria de formação e de informação entre aderente e predisponente e o controlo sobre a formação e o conteúdo do contrato

4.1. Considerações gerais

A *especificidade dos contratos de adesão*, consistente na ausência da negociação do seu conteúdo entre os contraentes, determina a necessidade de soluções adequadas e próprias para mitigar os *riscos* ou *problemas* que tal desvio ao modelo contratual paradigmático comporta, sobretudo, atendendo à posição mais vulnerável em que, muitas vezes, se encontra o contraente mais débil (necessitado de contratar) e menos formado e informado.

É possível, *grosso modo*, categorizar três tipos de riscos emergentes deste esquema de contratação:

i. o risco de *desconhecimento do conteúdo do contrato,* dado que, naturalmente, a ausência do debate prévio entre os contraentes aumenta o risco de o aderente simplesmente *desconhecer* aspetos essenciais do conteúdo do contrato[30];
ii. relacionado com o anterior, o risco de *falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas* pré-fixadas pelo predisponente, pois, por norma, estes esquemas contratuais incluem inúmeras cláusulas, a maioria das quais com um conteúdo técnico-jurídico, o que dificulta ao aderente a plena consciência do sentido e alcance das cláusulas contratuais, dada a *tendencial assimetria de formação e informação entre o aderente e o predisponente*[31]; e,

---

à parte que quer beneficiar da aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais que compete, em concreto, alegar e provar que está perante aquela tipologia de cláusulas, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do CC.".

[30] Com referência aos perigos que acarretam os contratos de adesão, António Pinto Monteiro afirma que "[e]stando deles ausente uma fase negociatória no «iter negotii», faltando, pois, um debate prévio com a função das negociações contratuais, é natural que o aderente *desconheça*, muitas vezes, aspetos importantes da regulamentação contratual." (Cfr., António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986, p. 742).

[31] Cfr., João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, pp. 254 e 255: "O facto de os modelos ou formulários de alguns

iii. o risco de aposição de *cláusulas abusivas ou iníquas* no contrato pelo predisponente, sem ponderar os interesses do subscritor das cláusulas[32].

Assim, atentos estes riscos ou problemas convocados pelos contratos de adesão surge, correspetivamente, a necessidade de consagração de medidas adequadas e próprias[33] que proporcionem um *controlo eficaz* sobre esses contratos, atuando não apenas ao nível da formação do contrato, zelando, a este nível, pela *tutela da vontade do aderente*, como também ao nível do *conteúdo das cláusulas contratuais gerais*, através da *proibição de cláusulas abusivas*.

Para o cumprimento do primeiro objetivo, a modalidade de controlo terá de velar pela *obtenção*, em cada contrato que venha a ser celebrado, de um *acordo efetivo e real* sobre todos os aspetos objeto do contrato[34].

Por seu turno, ao nível do conteúdo do contrato, o legislador consciencializou-se da necessidade de estabelecer uma segunda modalidade de controlo: a *fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais*. Esta

---

destes contratos incluírem numerosas cláusulas, muitas delas de caráter técnico, que regulavam minuciosamente os vários aspectos, não só substantivos mas até processuais da relação, dava na prática como resultado que o contraente subscritor das cláusulas não chegava em muitos casos a aperceber-se da existência ou do alcance de algumas delas, porque as não lia, as não examinava com a necessária ponderação, as não entendia ou sentia que não tem condições para as discutir.".

[32] Neste sentido, António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 742: "(...) acontecerá frequentemente que a empresa, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como este contrato é estabelecido, aproveita para inserir cláusulas *abusivas* ou *injustas*, sem consideração pelos interesses da contraparte, *maxime* se o aderente não passa de simples consumidor final, explorando, assim, a situação débil deste.".

[33] Referindo-se à insuficiência das "soluções vigentes para o comum dos contratos negociados" para dar uma resposta adequada aos problemas do "conhecimento, e plena consciência, por parte do aderente, do sentido e alcance das cláusulas pré-fixadas; e caráter equitativo destas" convocados no âmbito dos contratos de adesão, *vide*, António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 743.

[34] Cfr., António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 744.

fiscalização opera de duas formas: (i) através da imposição da sanção da *nulidade* para determinadas cláusulas contratuais gerais expressamente proibidas; e, (ii) através da consagração de uma *ação inibitória* de índole preventiva.

As formas de controlo dos contratos de adesão, quer ao nível da formação do contrato, quer ao nível do conteúdo contratual[35], constituem o núcleo essencial do regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, encontrando-se reguladas, no essencial, nos capítulos II a V deste diploma. Vejamos.

4.2. Controlo sobre a formação do contrato

4.2.1. A inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares (controlo de inclusão)

As cláusulas contratuais gerais consideram-se incluídas nos contratos por meio da *aceitação do aderente*[36], ficando, naturalmente, excluídas as cláusulas *não aceites especificamente*, ainda que utilizadas pelo proponente em relação a todos os outros destinatários[37].

---

[35] Como refere Sandra Passinhas, "[n]ão sendo mutuamente excludentes, estas vias de avaliação do contrato devem, ambas, ser operacionalizadas em cada caso concreto, contrariando uma certa hierarquia valorativa em prejuízo do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação pelo predisponente. Só o controlo procedimental do contrato associado ao controlo material das cláusulas que o compõem permite uma reacção eficaz e adequada contra a assimetria situacional que caracteriza a relação entre predisponente e aceitante e que, traduzindo uma situação de inferioridade do aderente e a exploração dessa inferioridade pelo predisponente, poderá eventualmente conduzir a um benefício excessivo ou injustificado." (Cfr., Sandra Passinhas, "O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos", *in Revista de Direito Comercial,* 2018)

[36] Cfr., artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: "As cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação, com observância do disposto neste capítulo.".

[37] A este propósito, *vide*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1, 24/03/2011: "Para que as cláusulas se possam incluir nos contratos, necessária se torna a sua aceitação pelo aderente, pelo que ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes.".

Não obstante, ainda que ocorra a aceitação do aderente, é necessário que se cumpram determinados requisitos específicos para que se admita a *inclusão efetiva* das cláusulas contratuais gerais no contrato singular. É o que se designa de *controlo de inclusão*[38].

Esses requisitos específicos constam dos artigos 5.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, reconduzindo-se, respetivamente, (i) ao dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais ao aderente; (ii) ao dever de informação e esclarecimento das cláusulas contratuais gerais, em particular, de aspetos menos claros nelas compreendidos; e (iii) à inexistência de cláusulas prevalentes[39].

Neste contexto, no que concerne ao primeiro problema acima mencionado, com o fim de combater o risco de desconhecimento de aspetos essenciais do contrato e/ou a falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas do contrato, nos termos do artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o legislador começou por impor sobre o predisponente o *dever de comunicação*, prévia e integral, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que pretenda incluir nos contrato singulares.

Como se preconiza no n.º 2 do mesmo preceito legal, a comunicação deverá ser realizada de modo *adequado*[40] e com a *antecedência necessária*,

---

[38] Como já se fez notar *supra*, e se desenvolverá adiante, o controlo de inclusão é prévio e complementar do controlo sobre o conteúdo das cláusulas. Como assevera Joaquim de Sousa Ribeiro, "o chamado controlo da inclusão, tendente à fixação rigorosa do âmbito do consenso, se distingue do controlo do conteúdo, tendo por objecto a adequação dos próprios termos das cláusulas." (Cfr., Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 571 e 572).

[39] *Summo rigore,* como assinala o emérito Professor Carlos Ferreira de Almeida, no seu *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 119, os habitualmente referidos *deveres* de comunicação e de informação, consagrados nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, assumem-se, na verdade, como *ónus*, cujo incumprimento determina a consequência desfavorável da não inclusão, no contrato, de cláusulas contratuais (gerais). Sobre os requisitos específicos para a inclusão efetiva das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares, *vide, inter alia*, Mário Júlio de Almeida Costa, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 16; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, em particular, pp. 59-64.

[40] O artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, ao impor que as cláusulas devem ser comunicadas de *modo adequado*, mostra-se conforme ao regime da Diretiva 93/13/CEE que, na 1.ª parte do seu artigo 5.º estabelece que "no caso dos contratos em que as

em função da importância do contrato e da extensão e complexidade das cláusulas, por forma a possibilitar ao *aderente de comum diligência* o *conhecimento antecipado* da existência das cláusulas contratuais que irão integrar o contrato singular, assim como o *conhecimento efetivo e completo* do seu conteúdo[41].

Em substância, o legislador estabelece não só que o predisponente está obrigado à comunicação integral das cláusulas, como impõe regras relativas ao *modus* como as cláusulas devem ser comunicadas, de modo a assegurar-se o desígnio de permitir o conhecimento efetivo e completo do conteúdo das cláusulas pelo aderente[42].

Como destaca Almeno de Sá, "a comunicação não só deverá ser completa, abrangendo a globalidade das condições negociais em causa, como deverá igualmente mostrar-se idónea para a produção de um certo resultado: tornar possível o real conhecimento das cláusulas pela contraparte."[43]

---

cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível". Igualmente, ainda que cingindo o seu alcance às relações jurídicas de consumo, o artigo 9.º, n.º 2, alínea a) da Lei de Defesa do Consumidor enfatiza a compreensão acerca do modo (adequado) de cumprimento do dever de comunicação para efeitos do artigo 5.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, ao prescrever que "com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares", sujeitando a inobservância de tal obrigação ao regime das cláusulas contratuais gerais (n.º 3).

[41] Sublinhe-se que só uma ponderação casuística que leve em consideração todos estes elementos – modo e antecedência da comunicação, importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas –, em conjunto, cumpre o escopo do diploma de possibilitar o "conhecimento completo e efectivo" do clausulado.

Referindo que os vários elementos operam em bloco, *vide*, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 61 e 62.

[42] Referindo que o critério do modo da comunicação é determinado pela eficácia da comunicação, que se afere pela sua adequação a ser conhecida, de forma completa e efetiva, por um destinatário que use de comum diligência, *vide*, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 60; ainda, em sentido próximo, Mafalda Miranda Barbosa, "Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 315.

[43] Cfr., Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, p. 60.

Não obstante, como bem se sublinha no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/12/2018, "o dever de comunicação caracteriza-se como uma obrigação de meios e impõe que o predisponente desenvolva uma atividade que, em função da importância, extensão e complexidade das cláusulas contratuais gerais por si empregues, se revele razoavelmente adequada a que o aderente tome efetivo conhecimento das mesmas, sem que, para tanto, empenhe mais do que uma comum diligência."[44].

De todo o modo, esta exigência imposta ao predisponente – de tomar medidas razoavelmente apropriadas, de modo adequado e com a necessária antecedência, com vista ao conhecimento completo e efetivo das cláusulas pelo aderente – tem em conta um destinatário que *use de comum diligência*.

Não se exige, assim, o conhecimento efetivo das cláusulas que estão na base do contrato pelo aderente, mas tão só que sejam criadas as condições para que aqueles as *possa conhecer*, reclamando-se do aderente a assunção de uma *postura diligente*[45].

---

[44] Cfr., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 857/08.7TVLSB. L1.S2, 19/12/2018.

No mesmo sentido, na doutrina pátria, Almeida Costa e Menezes Cordeiro enfatizam que "o dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efectivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma actividade razoável." (Cfr., Mário Júlio de Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL n.º 446/85, de 25.10,* Almedina, Coimbra, 1993, p. 25).

[45] Esta ideia está patente em múltiplos arestos jurisprudenciais, *inter alia*:

- o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 22000/18.4T8PRT-A.P1, 27/05/2021: "A apreciação em concreto do cumprimento do dever de comunicação do teor das cláusulas contratuais gerais, na forma como este dever mereceu consagração normativa no artigo 5º do DL. 446/85, de 25 de Outubro, depende não só do tipo de contrato (de teor simples ou mais complexo), do seu objecto e conteúdo, das circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na sua negociação e na sua conclusão, e também da preparação e grau de instrução das partes que nele intervêm, não dispensando, por imposição do princípio da boa-fé, um comportamento leal, correcto e diligente do contraente destinatário da informação." [sublinhado nosso];
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 88/17.5T8VLC.P1, 11/04/2019: "O dever de comunicação que recai sobre quem negoceia apresentando à outra parte um contrato com cláusulas gerais, pré-definidas, é uma obrigação de meios, não se exigindo para o seu cumprimento que o contratante, abrangido por tais cláusulas, delas tome conhecimento efectivo, mas que lhe sejam facultadas as condições para, em termos de razoabilidade e actuando com diligência, obter conhecimento sobre o seu conteúdo.";

Como refere Almeno de Sá, "a imposição ao utilizador deste *ónus de comunicação* tem como correlato, do lado do aderente, a necessidade de adopção de uma conduta que possa ter-se como razoável ou exigível". Acrescenta o mesmo autor que, "tal conduta é aferida segundo o critério abstracto da diligência comum, o que nos reconduz ao cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente pressuposto pela ordem jurídica, colocado na situação em causa." Em consequência, "bem pode suceder que o comportamento do cliente não corresponda àquele padrão de diligência, pelo que se abre a possibilidade de este não vir a ter, de facto, conhecimento real das condições negociais gerais, que vão integrar, não obstante, o conteúdo do contrato singular"[46].

Com efeito, o destinatário das cláusulas não poderá prevalecer-se de um comportamento passivo e desinteressado, despreocupando-se de aceder ao conteúdo do contrato[47].

– Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B. G1.S1, 13/09/2016, o qual sustenta que o cumprimento dos deveres pré-contratuais de comunicação e de informação "deve ser assumido na fase de negociação e feito com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração." [sublinhado nosso];

– Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 2679/15.0T8BCL. G1, 18/05/2017, onde se lê que "no que concerne ao dever de informação e comunicação dessas cláusulas, o aderente encontra-se também vinculado ao cumprimento do princípio da auto-responsabilidade, que impõe que adopte um comportamento diligente e activo no sentido de procurar o seu próprio esclarecimento." [sublinhado nosso].

[46] Cfr., Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, p. 61.

[47] Cfr., Mafalda Miranda Barbosa, "Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 319.

Neste contexto, em sentido próximo, Jorge Morais Carvalho afirma que "a solução contrária levaria a que fosse sempre mais favorável ao destinatário nada fazer para conhecer as cláusulas, ignorando todos os elementos que lhe fossem transmitidos." (Cfr., Jorge Morais de Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 133).

De qualquer forma, por força do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, impende sobre o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais (o predisponente) o ónus de provar que realizou, de modo adequado e efetivo, a referida comunicação.

Na mesma linha de raciocínio que defendemos a propósito do artigo 5.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cremos que ao predisponente caberá não tão só o *ónus da prova da comunicação efetiva e adequada de determinada cláusula*, como também *o ónus da alegação de ter cumprido o dever de comunicação*, mesmo que o destinatário da cláusula não invoque a falta ou a deficiência de tal comunicação[48].

Pese embora se compreenda que é o aderente quem tem interesse em pedir a exclusão de determinada cláusula do contrato, não se pode olvidar que é o predisponente (que a invoca) que tem de provar a sua existência e os factos constitutivos que a tornam eficaz (a eficácia das cláusulas está dependente da sua efetiva e adequada comunicação, sendo, justamente, tal comunicação facto constitutivo do direito invocado pelo predisponente)[49].

Ademais, importa não esquecer que o artigo 8.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro impõe, sob pena de se considerarem excluídas do contrato, a comunicação das cláusulas nos termos do artigo 5.º. Ora, parece-nos que a solução determinada pelo legislador de exclusão do contrato das cláusulas não efetiva e adequadamente comunicadas pelo

---

[48] Neste sentido, *vide, inter alia*, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 195/11.8TBLMG.P1, 13/03/2014: "Recai sobre o contraente que predispõe cláusulas contratuais não negociadas, sob pena de exclusão destas do contrato, não só o ónus da prova como também o da alegação de factos que consubstanciem o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação perante o outro contraente preconizadas nos artigos 5.º e 6.º do DL nº 446/85.". Porém, em sentido contrário, defendendo o ónus de alegação do predisponente de que comunicou determinada cláusula apenas na hipótese de o aderente invocar a violação do dever de comunicação, *vide*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 580/13.0TNLSB.L1.S1, 28/09/2017: "No âmbito dos contratos de adesão, para efeitos de observância do ónus de prova sobre a adequada comunicação e informação de cláusulas gerais neles inseridas, que incumbe ao proponente nos termos do artigo 5.º e 6.º do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, importa distinguir esse ónus do ónus, por parte do aderente, de alegar ou invocar a violação dos deveres de comunicação e informação de cuja *preterição se pretende prevalecer. Assim, o ónus da prova que recai sobre o proponente pressupõe a invocação, pelo aderente, da violação desses deveres por parte daquele.*".

[49] Cfr., José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial,* Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 64-65.

predisponente – o que nos remete para o instituto da *inexistência jurídica* – não se coaduna com a imposição ao aderente do ónus de alegar a falta ou a inadequação da comunicação[50].

Com efeito, em conformidade com a regra de que o ónus da prova deve acompanhar o ónus da alegação (leitura concatenada do artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e do artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), haverá de se concluir que sobre o predisponente incide tanto o ónus da prova, como o ónus da alegação de que cumpriu o dever de comunicação efetiva e adequada de determinada cláusula.

Aliás, se se reparar, o legislador não consagrou, a propósito do dever de informação plasmado no artigo 6.º do diploma, uma norma correspondente ao n.º 3 do artigo 5.º, apesar de a inobservância do dever de informação estar sujeito à mesmíssima consequência jurídica, por força da alínea b) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o que enfatiza a dispensabilidade do artigo 5.º, n.º 3 e, correlativamente, confirma a regra de que o ónus da prova acompanha o ónus de alegação.

Razões que, a propósito – e, apesar da inexistência de uma norma expressa que preveja o ónus da prova, a cargo do predisponente, do cumprimento do dever de informação –, justificam, a nosso ver, que não poderá vigorar um regime diverso relativo às cláusulas comunicadas com violação do dever de informação[51].

---

[50] *Ibidem.*

[51] A propósito do valor das "cláusulas de confirmação" para prova do cumprimento das obrigações de comunicação e de informação, perfilam-se três teses: declaração confessória com força probatória plena (artigo 358.º, n.º 2 do Código Civil); princípio de prova que opera uma inversão do ónus probandi, por força do princípio da autorresponsabilidade; e cláusula inválida (artigos 19.º, alínea d) e 21.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro). Parece-nos ser de rejeitar, liminarmente, a primeira orientação, mas cremos que também é de afastar a terceira compreensão quando o aderente, não empregando da diligência exigível, negligenciou a preocupação de se inteirar do conteúdo do contrato, não obstante ter sido colocado em condição de poder conhecer efetivamente o seu clausulado. Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 2679/15.0T8BCL.G1, 18/05/2017, em cujo sumário se lê: "III. No entanto, no que concerne ao dever de informação e comunicação dessas cláusulas, o aderente encontra-se também vinculado ao cumprimento do princípio da autorresponsabilidade, que impõe que adote um comportamento diligente e ativo no sentido de procurar o seu próprio esclarecimento. IV. O aludido princípio justifica ainda que se dê valor à declaração assinada pelo aderente de que conhece e compreende o contrato subscrito, no sentido de inverter o ónus da prova dos factos contrários à declaração (pelo que a

Por conseguinte, sobre o predisponente recai também *o ónus da alegação e da prova de que cumpriu o dever de informação das cláusulas cuja aclaração se justifique*[52].

Como já se tornou explícito, a par do dever de comunicação, o artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro impõe ao predisponente um *dever de informação*, cuja extensão dependerá das circunstâncias, de molde a permitir ao aderente a *compreensão* do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, sobretudo, dos aspetos técnicos e mais obscuros nelas compreendidos[53]. Devem, ainda, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, ser prestados todos os *esclarecimentos* razoáveis que sejam solicitados pelo aderente.

Os deveres de comunicação e de informação, enquanto corolários do direito à informação dos consumidores[54], visam assegurar, por um lado, que o aderente tenha conhecimento da totalidade das cláusulas que integram

---

prova em contrário do declarado terá que ser feita pelo aderente que invoca que desconhece as cláusulas que integram o contrato ou que essas cláusulas não lhe foram comunicadas, apesar de ter subscrito aquela declaração)." Esta corrente jurisprudencial encontra respaldo na doutrina em António Pinto Monteiro, "Banca e Cláusulas Contratuais gerais (Breve apontamento)", *in* Coletânea *I Congresso de Direito Bancário*, coord. Miguel Pestana de Vasconcelos, Almedina, 2015, p. 105: "(...) uma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação a que o banco está adstrito foram adequadamente cumpridos. Mas também não pode ficar-se indiferente a ela como se não existisse. Temos entendido a este respeito, que essa declaração inverte, em princípio, o ónus da prova: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, terá de ser o cliente, dizíamos, que assina uma declaração deste teor, a ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração. É o princípio da autorresponsabilidade que aconselha esta solução (...)".

[52] Na nossa jurisprudência, *inter alia*, o já citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 195/11.8TBLMG.P1, 13/03/2014: "Recai sobre o contraente que predispõe cláusulas contratuais não negociadas, sob pena de exclusão destas do contrato, não só o ónus da prova como também o da alegação de factos que consubstanciem o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação perante o outro contraente preconizadas nos artigos 5.º e 6.º do DL nº 446/85.".

[53] Cfr., artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: "O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.".

[54] O direito à informação dos consumidores encontra-se consagrado no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 3.º, alínea d), 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

o contrato e, por outro lado, que o aderente compreenda efetivamente o conteúdo dessas cláusulas.

Por conseguinte, cada um destes deveres, não obstante a inegável relação de complementaridade que os une, têm sentidos e alcances distintos[55]. Em substância, o dever de comunicação impõe que o proponente transmita ao aderente quais as cláusulas contratuais gerais que irão integrar o contrato, enquanto o dever de informação exige ao proponente o esclarecimento do conteúdo dessas cláusulas, por forma a que a formação da vontade de contratar do aderente seja completa e esclarecida.

Como último requisito necessário para a integração específica das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares, o legislador consagrou, no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a regra da *prevalência das cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais*, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes[56].

---

[55] Sustentando que os deveres de comunicação e de informação são deveres complementares, mas com alcances distintos, *vide*, David Falcão, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 97; José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93. Na nossa jurisprudência, *vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 928/13.8TJLSB.L1-7, 28/04/2015: «III. Para efeitos da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais previsto no DL 446/85 e suas alterações, o dever de comunicação é distinto do dever de informação: aquele destina-se a dar a conhecer o conteúdo do contrato ao cliente; este visa que o cliente tome adequado conhecimento do conteúdo do clausulado, maxime quando este se mostre ambíguo ou obscuro. IV. O dever de informação que impende sobre o predisponente – e a quem incumbe o ónus do respectivo cumprimento – é independente do dever de prestação de "todos os esclarecimentos razoáveis solicitados" pelo cliente.». Já num sentido diferente, Almeno de Sá perfilha que o dever de comunicação, apesar de aparentemente unitário, envolve duas exigências: "a comunicação integral das cláusulas e a necessidade de proporcionar à contraparte a *possibilidade de uma exigível tomada de conhecimento* do respetivo conteúdo." (Cfr., Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 234). Neste último sentido, na nossa jurisprudência, *vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 928/13.8TJLSB.L1-7, 28/04/2015: "Para efeitos da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais previsto no DL 446/85 e suas alterações, o dever de comunicação é distinto do dever de informação: aquele destina-se a dar a conhecer o conteúdo do contrato ao cliente; este visa que o cliente tome adequado conhecimento do conteúdo do clausulado, maxime quando este se mostre ambíguo ou obscuro.".

[56] Cfr., artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: "As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.".

A esta regra subjazem razões de lógica e coerência. De acordo com António Pinto Monteiro, parte-se da premissa de que as cláusulas que tenham sido objeto de um acordo específico entre as partes exprimem melhor do que as cláusulas contratuais gerais, tendo em conta a forma particular como nestas o acordo é obtido, um *efetivo consenso*[57].

4.2.2. Cláusulas excluídas dos contratos singulares e subsistência dos contratos singulares

Como é consabido, a finalidade do regime jurídico em apreço é evitar a sujeição do subscritor a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que tendo sido comunicadas, o foram com violação do dever de informação, com evidente prejuízo para o conhecimento efetivo do aderente[58].

Quando tal ocorre, nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a consequência consiste na *exclusão das cláusulas dos contratos singulares*. Solução que se mostra conforme com o espírito do regime, pois, "se determinada cláusula não chega ao conhecimento daquele a quem é dirigida ou não é por ele entendida no seu verdadeiro alcance, não pode produzir nenhum efeito contratual"[59], o que nos conduz (como referido *supra*) para o *instituto da inexistência jurídica*, a qual é de conhecimento oficioso[60].

---

[57] António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 750.

[58] Cfr., António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 750.

[59] Cfr., José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 110.

[60] Cfr., *inter alia,* o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 12753/19.7YIPRT.L1-2, 27/05/2021: "A exclusão das CCG, imposta pelo art. 8.º da LCCG, resulta de uma inexistência jurídica, que é um vício mais grave que a nulidade. Sendo a nulidade de conhecimento oficioso (art. 286.º do CC), também a inexistência o deve ser, razão pela qual se deve conhecer de tal questão em sede de recurso (questão nova), ainda que o não tenha sido na 1.ª instância.". Não se trata, porém, de uma posição unânime. A propósito, sobre a

A mesma consequência jurídica é ditada para as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem *despercebidas* a um contratante normal, colocado na posição do contratante real e, ainda, para as *cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura* de algum dos contratantes[61].

Estão em causa as comumente designadas *cláusulas surpresa* (as *Überraschende Klauseln* do direito alemão). Trata-se de obstar a que se façam valer, perante o subscritor, cláusulas que desencadeiam, justificadamente, *reações de surpresa,* por não lhe ser exigível, pela forma artificiosa com que as mesmas foram apresentadas, o seu conhecimento efetivo, independentemente da sua comunicação prévia. Em substância, está em causa a tutela da confiança do destinatário que, legitima e justificadamente, confiou num conteúdo diferente do real, em decorrência do comportamento fraudulento do predisponente[62].

De todo o modo, em qualquer dos casos em que as cláusulas contratuais gerais não respeitem os requisitos necessários à sua inclusão nos contratos singulares, a consequência plasmada no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro é a de excluir tais cláusulas do contrato singular, *conservando-se o contrato na parte restante* e vigorando *na parte afetada as normas supletivas aplicáveis*, com recurso, se necessário, às *regras de integração dos negócios jurídicos*, previstas no artigo 239.º do Código Civil[63].

---

questão da (não) suscetibilidade de conhecimento oficioso, em sede de recurso, da violação dos deveres de comunicação e de informação, e em sentido negativo, veja-se, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 229/19.8T8PTL.G1, 03/12/2020: "Tendo os autores baseado a sua pretensão na ressalva de uma cláusula contratual excludente que defenderam ser aplicável ao sinistro e interpretaram no sentido de fundamentar a obrigação da ré seguradora, mas tendo tal pedido sido julgado improcedente por não ter sido acolhida tal interpretação nem, por isso, aplicada a cláusula invocada mas antes no sentido de afastar a responsabilidade da seguradora, não podem eles, em recurso, invocar que, em relação à mesma, não foram cumpridas por esta os deveres de comunicação e de informação estabelecidos nos artºs 5º e 6º, do RCCG, para a retirar das Condições Gerais. Trata-se de questão nova que não é de conhecimento oficioso na fase de recurso.".

[61] Cfr., artigo 8.º, alíneas c) e d) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, respetivamente.

[62] Cfr., António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 751.

[63] É essa a solução ditada pelo artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Sem prejuízo, porém, impõe-se a *nulidade do contrato singular* nos casos em que a utilização daqueles elementos não impeça, ainda assim, uma *indeterminação insuprível de aspetos essenciais* ou um *desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé*[64]-[65].

4.2.3. A interpretação e a integração das cláusulas contratuais gerais e a regra *in dubio contra stipulatorem*

Encerrando as modalidades de controlo efetuado ao nível da formação do contrato, o capítulo III dispõe sobre *a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais*.

O artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro prevê o *princípio geral* nesta matéria, consagrando que as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos[66], mas sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluam*.

Decorre deste princípio geral que a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais não se faz em abstrato, considerando as cláusulas fora do contexto do contrato singular em que se inserem. De modo diverso, apela-se à consideração das *particularidades da situação concreta*, ditando a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluam*[67].

Como refere Almeno de Sá, "neste polémico debate entre "interpretação objectiva" e "interpretação individual", o legislador optou claramente pela segunda (...). Recusa-se uma interpretação das condições gerais que obedeça a critérios típicos, uniformes ou generalizantes, consagrando-se ao invés uma orientação que atende à diversidade de circunstâncias e momentos do

---

[64] Sobre o "desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé", *vide*, José De Oliveira Ascensão, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), pp. 585-586.

[65] Cfr., artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

[66] As regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos encontram-se nos artigos 236.º a 239.º do Código Civil.

[67] Neste sentido, *vide*, António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), pp. 751 e 752.

caso singular, à sua configuração específica e às representações individuais dos contraentes."[68].

De outra banda, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro vem consagrar duas regras acerca (aparentemente, dada a sua epígrafe) das *cláusulas ambíguas*.

A primeira regra, presente no n.º 1 do referido preceito legal, exprime a *doutrina da impressão do destinatário*[69], ao estabelecer que "as cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real".

No que diz respeito a esta previsão legal, impõem-se duas considerações.

Uma primeira, para dar nota de que, se no artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro se encontra plasmada a teoria da impressão do destinatário, a qual é igualmente adotada no artigo 236.º do Código Civil, parece existir uma repetição face ao artigo 10.º do mesmo diploma, que remete para as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos[70].

Em segundo, o preceituado no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (ou, o que parece ser o mesmo, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), não reveste uma verdadeira regra sobre cláusulas ambíguas. Pois, para as cláusulas ambíguas vale a regra consagrada no n.º 2, a qual consagra o designado princípio *in dubio contra stipulatorem*[71].

---

[68] Cfr., Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 66.

[69] Como nos ensina Manuel de Andrade, "parte-se do princípio de que o declaratário teve conhecimento das circunstâncias que na verdade conheceu, e ainda de todas aquelas outras que uma pessoa razoável, posta na sua situação, teria conhecido; e figura-se também que ele ajuizou dessas circunstâncias, para entender a declaração, tal como teria ajuizado uma pessoa razoável." (Cfr., Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 309).

[70] Assim, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 150.

[71] Cfr., o n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro: "Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente". Esta previsão legal visa a transposição da segunda parte do artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE, onde se preceitua que "em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor.".

Mas, será mesmo assim? Ou será que se quis consagrar duas espécies distintas de cláusulas ambíguas (*ambiguidades sanáveis* e *ambiguidades insanáveis*)?

Neste sentido depõe Almeida Costa que, na sua *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*, sustenta que "quanto à interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais, verifica-se uma remissão implícita para os critérios dos artigos 236º e segs. do Código Civil, que levam a ter em consideração cada contrato singular (artigo 10º). Às cláusulas ambíguas atribui-se o entendimento do aderente normal (artigo 11º, nº 1); porém, o risco de uma ambiguidade insanável corre contra a parte que as utiliza (artigo 11º, n º 2)."[72].

Com o devido respeito, tal construção não nos parece razoável. Quanto a nós, cremos que a regra do n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro traduz uma *regra subsidiária* face ao disposto no n.º 1 do mesmo preceito: nas *situações de dúvida*, não sendo possível determinar com algum grau de certeza ou segurança o sentido das cláusulas com recurso às regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, as mesmas devem ser *interpretadas no sentido mais favorável ao aderente*[73].

Em conformidade, como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 03B1384, 09/10/2003, "a nossa lei consagrou, em matéria de interpretação das declarações negociais, a teoria da impressão do destinatário, sendo certo que o sentido interpretativo e, antes ainda, a própria actividade de interpretação, não sofrem qualquer sensível modificação pelo

---

[72] Cfr., Mário Júlio de Almeida Costa, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 17.

[73] De acordo com Almeno de Sá, "trata-se de um auxiliar hermenêutico [já conhecido do Código Civil Italiano (artigo 1370.º)], cujo núcleo de sentido se traduz, substancialmente, em fazer prevalecer os interesses do cliente sobre os interesses do utilizador. Esta prevalência radica na ideia de que é justo responsabilizar-se o utilizador pelo conteúdo das suas condições gerais: introduzindo unilateralmente no regulamento contratual cláusulas predispostas, sem possibilidade de influência por parte do cliente, caber-lhe-á suportar o risco de uma possível ambiguidade." (Cfr., Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 67). No mesmo sentido, Araújo Barros refere que o princípio *in dubio contra stipulatorem* visa, além da proteção da parte mais fraca da relação contratual, um princípio de responsabilização, devendo "ser o fautor da cláusula a arcar com os inconvenientes de a não ter formulado em termos inequívocos" (Cfr., José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 151).

facto de as declarações negociais se reportarem a cláusulas contratuais gerais, excepto se o resultado da interpretação conduzir a um resultado ambíguo ou duvidoso, caso em que se optará pelo sentido mais favorável ao aderente."

4.3. Reposição do equilíbrio material entre aderente e predisponente e o controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais

Superado o crivo da verificação dos requisitos formais de que depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, a produção de efeitos jurídicos por cada uma das condições gizadas pela entidade predisponente encontra-se, ainda, sujeita a um controlo de avaliação da conformidade do seu conteúdo à luz do princípio da boa-fé, entendido no sentido de respeito por um dos valores fundamentais do Direito dos Contratos, qual seja o da manutenção do equilíbrio das prestações contratuais.

É, assim, sob o manto protetor da boa-fé, entendida em sentido objetivo, que o legislador português, inspirado pela AGB-Gesetz alemã, de 9 de dezembro de 1976 (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*, entretanto integrada nos § 305 a 310 do BGB), instituiu, no Capítulo V do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, um sistema de fiscalização do clausulado contratual tendente a obstar a que o proponente das condições gerais, prevalecendo-se da posição de vantagem que aprioristicamente decorre da faculdade que lhe assiste, em exclusivo, de modelação do conteúdo da relação jurídica, imponha um desequilíbrio de prestações a seu favor, do qual resulte a obtenção de uma vantagem injustificável, à custa do aderente[74].

À semelhança da lei alemã, o nosso regime jurídico das cláusulas contratuais gerais opera uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro) e cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)[75], constituindo as primeiras "listas negras" exemplificativas

---

[74] José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 171.

[75] Como assinala Joaquim de Sousa Ribeiro, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, p. 102, "este processo misto de normação, inaugurado pela correspondente lei alemã (a AGB – Gesetz, de 1976), visa recolher em si as vantagens dos dois distintos

de estipulações contratuais que, por afrontarem normas legais imperativas vigentes na nossa ordem jurídica, se consideram sempre desconformes aos ditames da boa-fé, enquanto as segundas compõem "listas cinzentas" de condições gerais, também meramente enunciativas, que, em função de uma valoração do "quadro negocial padronizado", podem ou não abalar o equilíbrio de interesses em confronto, em detrimento da contraparte do predisponente[76].

Em relação a qualquer um dos elencos de cláusulas proibidas, preside, como já exaltámos, a preocupação suprema de preservação do equilíbrio das posições jurídicas das partes que dimana do conceito normativo de boa-fé enquanto regra de conduta, pelo que a opção legislativa de enunciação, de forma não taxativa, de cláusulas que se devem reputar de abusivas obedece a um propósito essencialmente pedagógico, sendo um auxiliar – valioso, é certo – ao serviço do intérprete-aplicador para uma "utilização conjunta dos dois tipos de dispositivos legais – *cláusula da boa fé* [artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro] e *proibições específicas* – em complementação recíproca das suas específicas virtualidades, atentas as interações que entre ambos se estabelecem"[77].

A este entendimento não se opõe a redação da norma do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE, quando postula que "[u]ma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, *a despeito da exigência de boa-fé*, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato" [itálico e sublinhado nossos]. Embora se admita que, numa leitura mais apressada da redação da norma ora em análise, se poderia concluir que o legislador europeu não faz radicar a abusividade de uma cláusula nos postulados ético-jurídicos determinados pela boa-fé (o que se traduziria numa compreensão diametralmente oposta daquela

---

modos de legislar, combinando harmonicamente a ductilidade e a adequação próprias de uma cláusula geral com a certeza e a segurança garantidas por previsões de contornos mais precisos".

[76] A distinção intuitiva entre "listas negras" e "listas cinzentas" é realizada em António Almeida, *"Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual", in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, p. 304.

[77] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 2438/10.6YXLSB.L1.S1, 08/10/2015.

que resulta das redações oficiais em língua alemã[78] e em língua inglesa[79] da Diretiva), cremos que, de forma mais atenta, a melhor compreensão do sentido do segmento acima em destaque – e a única que salvaguarda a proposição, incontornável, segundo a qual uma disparidade sensível no feixe de direitos e obrigações de aderente e predisponente, em desfavor do primeiro, é atentatória da boa-fé objetiva – passa por assumir que o mesmo se reporta à noção de boa-fé subjetiva ou psicológica, com o propósito de declarar, *expressis verbis*, que a qualificação de uma cláusula como abusiva não depende da consciência ou convicção do proponente de adoção de um comportamento desconforme ao Direito[80].

Como tal, apesar de a parte final das normas dos artigos 17.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro distinguir entre as proibições constantes das secções em que se integram (Secções II e III) e as da secção (Secção I) onde se consagra o princípio da boa-fé, não deve perder-se de vista que todas as proibições (absolutas e relativas) previstas emanam da "disposição comum" do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a qual vale *per se* e é passível de aplicação direta e imediata, não só em relação a cláusulas omissas dos catálogos, como também a cláusulas proibidas apenas nas relações com os consumidores finais, quando convencionadas em contratos de adesão cujos outorgantes não respeitem o âmbito pessoal de aplicação das disposições dos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e, ainda, a cláusulas situadas em áreas abrangidas pelas proibições absolutas, que, contudo, não preencham as respetivas previsões[81].

---

[78] "Artikel 3 (1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht." [negrito nosso].

[79] "Article 3.1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer." [negrito nosso].

[80] Neste sentido, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, pp. 173-176.

[81] Joaquim de Sousa Ribeiro, "Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25 de outubro)", in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, p. 5, nota 9.

Por conseguinte, embora a prática jurisprudencial amiúde não o reflita da melhor forma, um órgão jurisdicional, quando conheça da validade de uma cláusula contratual geral, a pedido de um interessado ou oficiosamente (artigos 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e 286.º do Código Civil), não deve quedar-se pelo exercício de subsunção da concreta estipulação constante de contrato singular posta em crise às hipóteses normativas dos catálogos de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, antes devendo aquilatar se, para lá do resultado de tal operação lógica, a cláusula sob escrutínio excede os limites da boa-fé.

Por outro lado, diversamente da Diretiva 93/13/CEE, o nosso Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não se limita a disciplinar o conteúdo material das cláusulas das relações jurídicas de consumo, ou seja, os contratos concluídos entre profissional (vendedor de bens ou prestador de serviços no exercício da sua atividade) e consumidor (entendido em sentido jurídico-formal e de acordo com um princípio de interpretação conforme ao Direito Europeu do Consumo[82], i.e., a pessoa singular que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional (artigo 2.º, als. a) e b) da Diretiva)). Na verdade, como decorre do preceito do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, as proibições da Secção II (sob a epígrafe "Relações entre empresários ou entidades equiparadas") regem as "relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica", o mesmo é dizer, na aceção acima consignámos, as relações entre profissionais, bilateral e subjetivamente mercantis. Ademais, de acordo com o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, as proibições da Secção III e, também, aqueloutras previstas na Secção II aplicam-se não só às "relações com os consumidores finais", mas também a "todas as não abrangidas pelo artigo 17.º", o que, por outras palavras, significa que a previsão normativa do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro abarca os contratos pré-elaborados que se destinam a consumidores *hoc sensu* e, bem assim, a profissionais, pessoas singulares ou coletivas, que intervêm como aderentes no vínculo negocial desprovidos dessa qualidade ou fora do âmbito da sua atividade específica.

---

[82] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, pp. 51-56.

4.3.1. Cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas. Em especial, o sentido da referência legal ao "quadro negocial padronizado" nos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Isto posto, depois de uma breve explanação da estrutura e âmbito de aplicação do sistema de controlo do conteúdo dos contratos celebrados por recurso a cláusulas contratuais gerais, importa, agora, desenvolver um esforço acrescido de densificação da distinção binária entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas, deslocando o nosso enfoque, em particular, para as segundas, assumindo a tarefa de deslindar o sentido e alcance da referência ao "quadro negocial padronizado" nos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, servindo-nos, para o efeito, *brevitatis causa*, de apenas uma das previsões de proibição relativa com maior relevância prática.

Destarte, enquanto as cláusulas absolutamente proibidas, por contenderem, sempre e em qualquer situação, com interesses indisponíveis, de ordem pública, tutelados por normas legais inderrogáveis pelas partes, abalando, de modo intolerável, a manutenção do equilíbrio contratual, não podem, em qualquer circunstância, validamente subsistir no regulamento contratual genericamente predisposto, já as cláusulas relativamente proibidas não se encontram *a priori* fulminadas com um juízo valorativo intrínseco desfavorável que afaste, de todo em todo, a sua permanência no programa contratual, podendo mostrar-se válidas para determinados contratos e inválidas para outros, o que se determina por referência ao "quadro negocial padronizado" em que o contrato concluído entre as partes se integra.

Ora, no encalço do que imediatamente antecede, logo ocorre a seguinte questão: a classificação de uma cláusula como relativamente proibida depende de uma valoração em função do contrato singular e/ou das circunstâncias do caso concreto, mormente atendendo aos interesses individuais de predisponente e de aderente, ou deve, antes, assentar na consideração do tipo de negócio em causa e nos interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas em negócios da mesma espécie[83], aferindo da sua adequação no contexto específico do ramo ou setor de atividade do

---

[83] Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, pp. 259-260.

proponente? Desde já se adianta, sem prejuízo das considerações que discorreremos *infra*, que, em regra, o juízo valorativo não deve operar perante o contrato *uti singuli* e as circunstâncias que rodearam a formação do concreto contrato-modelo, das quais se deve, de modo diverso, abstrair, para considerar, tão-só, segundo um critério eminentemente objetivo, as próprias cláusulas do contrato, encaradas em si e no seu conjunto, e os elementos que normativamente o caracterizam, no seio do todo do regulamento pré-elaborado pelo utilizador de cláusulas contratuais gerais (artigo 16.º, alíneas a) e b), *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)[84].

Retomando, ainda que sumariamente, as características que notabilizam a figura do contrato de adesão, já vimos que o mesmo se pauta pela generalidade e pela rigidez, isto porque o contraente predisponente, enquanto parte economicamente mais forte, exerce, unilateralmente, a liberdade de conformação contratual, e confere ao contraente mais débil apenas a liberdade de aceitar ou não o conjunto das cláusulas com a redação que é oferecida, em massa, a uma pluralidade de sujeitos indeterminados interessados. Como tal, com a disciplina das cláusulas contratuais gerais conformou-se a malha normativa do "*especial dever de moderação no exercício unilateral da liberdade de estipulação*" que a boa-fé impõe ao predisponente[85], por forma a impedir que o mesmo, aproveitando-se da sua posição de proeminência relativamente aos aderentes, submeta a generalidade dos destinatários a um mesmo quadro negocial que distorça, em prejuízo destes últimos, o equilíbrio da composição de interesses. Donde, quando o

---

[84] Almeno de Sá, *ibidem*; Mário Júlio de Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 46. Na jurisprudência, secundando o ensinamento de António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 594, *vide*, por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de março de 2006 (Relator: Alves Velho), *in Coletânea de Jurisprudência/STJ*, Ano XIV, Tomo I, pp. 145-147: «O juízo valorativo sobre a proibição das cláusulas tem de se operar em função das cláusulas tomadas na sua globalidade e de acordo com a generalidade dos padrões considerados, na sua "compatibilidade e adequação ao ramo ou sector da atividade negocial a que pertencem", excluindo-se uma justiça do caso concreto, como resulta da aludida referência ao "quadro negocial padronizado"».

[85] Joaquim de Sousa Ribeiro, "O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pp. 230-231.

legislador, nos termos dos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, submete a eventual declaração de nulidade de uma cláusula à luz do "quadro negocial padronizado", está a incumbir o aplicador das referidas normas da tarefa de avaliação da proporcionalidade e adequação da cláusula segundo o critério do modelo geral de contrato em que a mesma se insere, abstraindo-se, portanto, de quaisquer vicissitudes fáticas que respeitem aos concretos sujeitos do negócio (em especial, à pessoa do aderente) e ao específico contrato que os liga, sejam elas concomitantes ou posteriores à conclusão do vínculo jurídico[86].

Uma ressalva importa, contudo, fazer em relação aos contratos individualizados, previstos no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE e no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou a própria cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual ou, pelo menos, de adaptação às características do concreto aderente deve influir, de forma complementar, no exame do eventual abuso de liberdade de fixação do conteúdo do contrato por parte do utilizador de cláusulas contratuais gerais, avaliado e ponderado segundo o nível de confiança gerado no destinatário "pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular [e] pelo teor deste" e, bem assim, à luz de eventuais objetivos particulares, conhecidos do predisponente, que a contraparte do utilizador de cláusulas contratuais gerais vise atingir com a

---

[86] A este propósito, refere Joaquim de Sousa Ribeiro, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 107-108, nota de rodapé 13, que "[o]s interesses a contrapor não são, assim, os interesses particulares das partes concretamente actuantes, mas os interesses típicos do círculo de contraentes que habitualmente participam naquela espécie de negócio. Mas esta ótica supra-individual e generalizadora não impõe um nivelamento abstractizante em termos absolutos, estando, pelo contrário, aberta a diferenciações entre grupos de casos, assentes em critérios de distinção objectivos. Daí que (...) [p]ara além do tipo de contrato (a que caberá, naturalmente, um peso decisivo), outros factores há a considerar, interessando designadamente conhecer a natureza do bem a prestar, se, mormente na compra e venda, é novo ou usado (com reflexos, sobretudo, no regime da garantia), a situação do mercado na área em que o negócio se integra, o ramo económico (com os seus usos próprios), a qualidade de comerciante ou de consumidor quanto às proibições relativas de aplicação geral (art. 19.º), e, nas relações mercantis, o estádio de produção ou comercialização e a dimensão empresarial. Estes, entre outros, os elementos atendíveis, como componentes do «quadro negocial padronizado» a que a lei se refere."

celebração do negócio (artigos 16.º, alíneas a) e b), 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

4.3.1.1. O caso particular das cláusulas que "consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir" (artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)

Para melhor compreensão do significado da aferição da validade de uma cláusula "consoante o quadro negocial padronizado", a qual, como deixamos consignado, afasta a busca de uma justiça do caso concreto, vamo-nos servir da hipótese preceituada na alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, relativa às cláusulas contratuais gerais que "consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir". Entendemos, todavia, que, em momento prévio, se afigura conveniente dedicar algumas breves linhas ao instituto da cláusula penal e ao preenchimento do conceito (relativamente) indeterminado de desproporcionalidade a que o legislador faz apelo para limitar a validade da cláusula.

a) As modalidades de cláusula penal abarcadas pela previsão do artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Nos artigos 810.º a 812.º do Código Civil, encontra-se prevista e regulada a figura da cláusula penal indemnizatória[87], uma estipulação negocial por via da qual as partes fixam *a forfait* (i.e., de modo antecipado) o montante da indemnização devida por aquele que não cumprir definitivamente a prestação debitória a que se encontra adstrito ou, pelo menos, não a

---

[87] Utilizamos, aqui, a classificação tripartida das modalidades de cláusula penal – *cláusula penal indemnizatória*, *cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória* e *cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita*, que podemos encontrar, *inter alia*, em Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Almedina, 2005, pp. 63 e ss. e António Pinto Monteiro, "Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória", *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3972, pp. 177 e ss.

cumprir exatamente nas condições devidas (cumprimento defeituoso)[88]. Não se ignorando que a cláusula penal pode conferir ao credor o direito a exigir ao devedor inadimplente o pagamento de uma *pena compulsória*, de montante superior ao valor da indemnização devida[89], nos termos gerais da responsabilidade civil contratual, pelos danos sofridos, seja na modalidade de *cláusula penal em sentido estrito* (que constitui uma obrigação com faculdade alternativa *a parte creditoris*, adquirindo o credor o direito a uma prestação substitutiva do cumprimento ou da indemnização pelo não cumprimento[90]), seja na modalidade de *cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória* (que acresce ao cumprimento ou à indemnização pelo incumprimento, visando exclusivamente compelir o devedor ao cumprimento da obrigação), em caso de dúvida sobre a espécie concretamente estipulada, "(...) a cláusula penal deve ser qualificada como cláusula de fixação antecipada do valor da indemnização, por ser essa a figura expressamente prevista na lei e, como tal, a não ser quando de forma segura ou inequívoca as partes acordem diferentemente, a figura supletivamente tida em mente pelas partes e que mais preserva o equilíbrio contratual"[91].

---

[88] Como bem se concluiu no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 127631/16.8YIPRT.L1-6, 20/02/2020, "(...) as cláusulas penais não encerram a estipulação de prestações principais de obrigações pecuniárias de quantidade, constituem cláusulas acessórias que determinam o pagamento de obrigações de valor substitutivas da prestação principal ainda que estabelecidas em quantidade", pelo que "(...) o procedimento de injunção não é o meio processual adequado para cobrança de quantias resultantes da fixação de cláusulas penais, sejam de índole indemnizatória ou tenha natureza compulsória."

[89] Em comunicação realizada no Supremo Tribunal de Justiça a 18.05.2017, no âmbito do *II Colóquio sobre o Código Civil – Comemorações do Cinquentenário*, e intitulada "O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão – Diálogos com a jurisprudência", depois de realçar a "(...) a índole invariável da cláusula penal [que] sempre se admitiu, *urbi et orbi*, residir no caráter *forfaitaire* da cláusula penal (...)", acrescentou António Pinto Monteiro que a "(...) a função coercitiva ou compulsória da cláusula penal (...) sempre (...) pressuporá que a pena deva constituir um incentivo ao cumprimento do contrato, o que deixará de suceder se o devedor souber, à partida, que nunca lhe pode ser exigido mais do que o valor da indemnização pelos danos sofridos pelo credor!".

[90] Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 928.

[91] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 91046/11.0YIPRT.P1, 07/11/2013.

Ante o ora exposto, rapidamente se conclui que deve ter-se por equívoca[92] a tese, já ultrapassada[93], segundo a qual se consideraria que todas as modalidades da cláusula penal se reconduziam a uma figura unitária com uma dupla função – indemnizatória e compulsória – e uma natureza mista. Até porque, no bom rigor dos conceitos jurídicos e em obséquio à conservação do ineliminável enlace entre o conceito de *indemnização* e o conceito de *dano* (ou de *prejuízo*), importa não confundir a *indemnização* com a *pena compulsória*, pois "(...) a função coercitiva não é prosseguida através de uma soma indemnizatória (...)"[94], de uma cláusula penal indemnizatória, sendo que, nesta espécie de pena convencional, "(...) a álea a que as partes se sujeitaram, inerente a uma liquidação prévia da indemnização, reporta-se ao valor da mesma, não a um pressuposto fundamental, que, a não existir, faz com que a liquidação careça de sentido: o dano"[95].

Neste seguimento, recuperando, de novo, a redação da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, quando o legislador dispõe que, dentro do "quadro negocial padronizado", são proibidas "as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais *desproporcionadas aos danos a ressarcir*" [itálico nosso], cremos, desde logo, que tal previsão não abarca as cláusulas penais exclusivamente compulsória-sancionatórias, visto que, nestas, pela sua própria natureza, inexiste qualquer preocupação de conservar uma relação entre a *pena* e os *danos* efetivamente sofridos pelo lesado[96]. A manifesta desproporcionalidade da pena convencional prende-se, somente, com a finalidade de impelir o devedor a não incorrer numa situação de incumprimento, pelo que, à semelhança do que se extrai da solução normativa do n.º 5 do § 309 do BGB, forçoso é concluir, *a fortiori*, que, no âmbito de um contrato de adesão, a estipulação de uma cláusula penal da espécie ora em apreço é absolutamente proibida, por

---

[92] Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Almedina, 2005, p. 69.

[93] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 92/14.5TVLSB.C1, 03/11/2015.

[94] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, pp. 611-612.

[95] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 584.

[96] Como sintetiza Mário Júlio de Almeida Costa, no seu *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, 2016, pp. 794-795, com a estipulação de cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória, "as partes pretendem que a pena acresça à execução específica ou à indemnização calculada nos termos gerais".

violação intolerável do princípio da boa-fé (artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)[97].

Firmando-se, desta forma, que a factispécies da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro apenas compreende as cláusulas penais indemnizatórias e as cláusulas penais em sentido estrito, importa, neste momento, conhecer do segundo aspeto preliminar determinante para a posterior realização do juízo valorativo à luz do "quadro negocial padronizado", o qual se reconduz ao específico critério de desproporcionalidade entre a pena convencional e os danos realmente infligidos ao titular de direito contratual que subjaz à situação-tipo de cláusula relativamente proibida ora sob análise.

b) O critério da *desproporcionalidade* entre a pena convencional e os danos a ressarcir

De acordo com o n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE, cuja redação, por facilidade expositiva, aqui se recupera, "[u]ma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um *desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor*, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato" [itálico nosso]. Apontando no mesmo sentido de exigência de uma desigualdade material sensível, a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho prescreve que "[c]om vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem *significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*" [itálico nosso].

Em face da redação que assumem as normas europeia e nacional acima transcritas, se dúvidas não se colocam, por força da própria *ratio legis* que preside ao regime das cláusulas contratuais gerais, que a putativa desproporcionalidade da pena convencional só relevará quando importe um desvirtuamento da composição de interesses em sentido desfavorável para o aderente, maiores incertezas se levantam, aparentemente, quanto

---

[97] Assim se pronuncia José Manuel de Araújo Barros, em *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, pp. 233-235.

à suficiência de uma desproporcionalidade de pequena monta para, num espírito de preservação da desejável coerência e unidade do sistema jurídico, se ter por preenchida a previsão da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Sem embargo, diante da controvérsia que gira em torno da exigência (ou não) de um grau de desproporcionalidade substancial entre a pena e os prejuízos sofridos pela contraparte do utilizador de cláusulas contratuais gerais, tendemos a assumir posição no sentido da suficiência de um desfasamento, ainda que diminuto, entre o *quantum* da pena convencional (ou o seu equivalente pecuniário, quando a prestação tenha outra natureza) e o valor daquele que é o *pressuposto* e *limite* de uma indemnização: o dano.

Seguindo de perto a corrente jurisprudencial que se formou a partir do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 8518/2006-1, 16/01/2007, com base no ensinamento de Joaquim de Sousa Ribeiro que aqui também convocamos, "(...) a cláusula penal comporta (...) consideráveis riscos para o devedor, sendo das que potencialmente mais se presta à imposição de gravames injustificados (...)", porquanto "(...) a coberto de uma das linhas funcionais da figura – a de estimular o cumprimento voluntário das obrigações assumidas, em reforço da sua eficácia vinculativa – o credor é facilmente tentado a exigir, a título de pena convencional, uma prestação de valor arbitrariamente excessivo, sem qualquer relação com o dever violado e as suas consequências danosas"[98]. E prosseguindo com o mesmo autor: "[j]á presente nos próprios contratos negociados – justificando aí as providências excecionais previstas nos arts. 812.º, 935.º e 1146.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil – esse risco é, naturalmente, muito acrescido nos contratos com base em cláusulas contratuais gerais dada a unilateralidade da estipulação", "[d]aí a necessidade imperiosa de restringir, neste campo, a liberdade de conformação do predisponente"[99], sendo precisamente esse o desiderato que norteia a consagração da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

---

[98] Joaquim de Sousa Ribeiro, "Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25 de outubro)", *in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, pp. 46-47.

[99] Joaquim de Sousa Ribeiro, *op. cit.*, p. 47.

Ora, embora o artigo 812.º do Código Civil, inserido sistematicamente na disciplina que regula especificamente o instituto da cláusula penal, autorize o Tribunal, a pedido do devedor interessado[100], a reduzir a cláusula penal (*rectius*, a pena nela estipulada), "de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva", somos em crer que a aplicação desta solução legal a um negócio que se revele no contexto da contratação de massas se afigura desajustada[101], porque a mesma se encontra vocacionada para os casos em que a estipulação da cláusula penal resultou de uma verdadeira negociação entre as partes outorgantes, tanto assim que, em coerência, apenas se abre a porta à redução equitativa da pena na eventualidade de uma desproporção manifesta entre a pena pré-determinada e montante dos prejuízos do credor, a ponto de se considerar a "(...) prestação convencionada (...) claramente inequitativa, por penalizar, de forma notoriamente excessiva, o obrigado"[102].

De modo diverso, como já vimos exaltando amiúde, nos contratos celebrados com recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais, "(...) o controlo do conteúdo é um dado normal do regime a que o seu utilizador tem que se submeter, como contrapartida das vantagens que recolhe da predisposição e uniformização dos termos contratuais", pelo que, alinhando com a posição de Joaquim de Sousa Ribeiro, "[n]este diferente contexto teleológico e valorativo, onde imperam mais apertados limites de conformação, não será de estranhar que um desvio, mesmo não especialmente gravoso, à medida previsível do dano possa fundamentar um juízo negativo e a oposição do legislador"[103].

---

[100] De acordo com o entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante, sob pena de violação do princípio da proibição do julgamento *ultra petitum* (artigos 608.º, n.º 2, 609.º, n.º 1 e 615.º, n.º 1, als. d) e e), todos do Código de Processo Civil), a cláusula penal não pode ser reduzida oficiosamente, dependendo de pedido, formulado nesse sentido, pelo devedor interessado, por via de ação ou reconvenção ou por via de defesa por exceção, a deduzir na contestação. Assim, na doutrina, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 3.ª edição, Coimbra Editora, p. 81 e António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, pp. 736-737; na jurisprudência, por todos, o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1340/18.8T8CSC.L1-7, 08/06/2021.

[101] Mário Júlio de Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 47.

[102] Joaquim de Sousa Ribeiro, *op. cit.*, pp. 51-52.

[103] Joaquim de Sousa Ribeiro, *op. cit.*, p. 52.

Neste conspecto, existindo, de facto, fundamentos ponderosos para uma diferença de graduação da desproporcionalidade das penas julgada ilícita nos contratos paritários e nos contratos de adesão, na medida em que, nos segundos, qualquer acréscimo à indemnização que seria devida, nos termos gerais de direito, «(...) representaria um ganho, já não "processual", de simplificação e economia de gestão, mas uma mais-valia substancial que o predisponente arrecadaria à custa dos que tiveram que aderir aos termos contratuais por si impostos»[104], à qual se alia o elemento gramatical do preceito da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (que não contem qualquer advérbio de modo que exija uma desproporção sensível), deve, por conseguinte, o intérprete-aplicador bastar-se, para efeitos de declaração de invalidade de cláusula penal unilateralmente predisposta, que "(...) a pena predisposta seja superior aos danos que, provavelmente, em face das circunstâncias típicas e segundo o normal decurso das coisas, o predisponente venha a sofrer, mesmo que essa superioridade não seja gritante e escandalosa"[105].

A partir do que se acaba de asseverar e em consonância com considerações que já produzimos *retro*, a avaliação da conformidade do conteúdo de cláusula penal deve reportar-se ao momento da sua elaboração, desconsiderando eventuais circunstâncias supervenientes que o contrato haja conhecido e que, eventualmente, hajam fundado a decisão de resolução da relação jurídica pelo contraente mais forte. Por outras palavras, em suma, o julgador deve

---

[104] Joaquim de Sousa Ribeiro, *op. cit.*, pp. 52-53.

[105] Assim, na senda do já referido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/01/2007, se pronunciaram, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 3516/13.5TJCBR.C1, 28/10/2014, e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 19/01/2016, Processo n.º 13162/14.0T2SNT.L1-1, e de 07/03/2019, Processo n.º 127318/16.1YIPRT.L1-8. Contra, na esteira do ensinamento de Mário Júlio de Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 47, segundo o qual «o qualificativo "desproporcionadas" não aponta para uma pura e simples superioridade das penas preestabelecidas em relação ao montante dos danos. Pelo contrário, deve entender-se, de harmonia com as exigências do tráfico e segundo um juízo de razoabilidade, que a hipótese em análise só ficará preenchida quando se detetar uma desproporção sensível», *vide*, por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1701, 12/06/2007, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 8467/2007-6, 22/11/2017 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 3334/2008-6, 05/06/2008.

desenvolver uma apreciação objetiva e em abstrato, aferindo se, à data em que a cláusula penal foi estabelecida, de acordo com o arquétipo negocial em que a mesma se insere e tendo em consideração o ramo ou setor de atividade do predisponente, se deve considerar previsível a imposição de um desequilíbrio material na repartição de posições jurídicas ativas e passivas entre os sujeitos do contrato de adesão, com prejuízo para o aderente, por implicar o pagamento de uma pena superior aos danos tipicamente a reparar (e não ao prejuízo efetivo).

De igual modo, em consonância com as observações que se deixaram expostas acima acerca da inadequação da estatuição ínsita no artigo 812.º do Código Civil para os contratos de adesão, a qual pressupõe estarmos em presença de pena manifestamente excessiva inserida em cláusula negociada[106], uma cláusula contratual geral declarada nula e de nenhum efeito por violação da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não é passível de redução equitativa[107].

c) Aplicações práticas da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Feito o enquadramento que, a nosso ver, se impunha, avancemos agora, então, para a exposição de duas hipóteses práticas, com significativa ressonância no tráfego jurídico consumerista, que permitirão alcançar, de forma mais tangível, o funcionamento da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Uma primeira situação que foi chegando, ao longo dos anos, à barra dos tribunais contende com as cláusulas penais convencionadas em contratos de locação financeira para a eventualidade de incumprimento resolutório do *leasing* pelo locatário aderente. De acordo com o Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho, que regula o contrato de locação financeira, impendem sobre o locatário, nomeadamente, as obrigações de pagamento das rendas

---

[106] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 599, nota 1419.

[107] Neste sentido, *inter alia*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1, 28/03/2017 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 127318/16.1YIPRT.L1-8, 07/03/2019.

e de restituição do bem locado, findo o contrato (em bom estado, salvo as deteriorações inerentes a uma utilização normal), quando o mesmo não opte pela sua aquisição, mediante pagamento do valor residual fixado (artigo 10.º, n.ºs 1, alíneas a) e k) e 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho). Como tal, se num contrato de locação financeira predisposto por instituição de crédito ou sociedade de locação financeira (locador) se estipular que, em caso de resolução do contrato fundada em incumprimento do locatário, este deverá pagar um montante igual à totalidade ou parte das rendas vincendas e, ainda, o valor residual, não pode deixar-se de sufragar a invalidade desta cláusula penal, uma vez que significa, para o contraente mais débil, o ressarcimento de um dano inexistente (rendas que se venceriam até ao final do contrato, as quais representariam a contraprestação devida caso se mantivesse o gozo temporário da coisa locada) e, inclusive, na prática, obriga o mesmo a adquirir o bem locado, pagando o preço convencionado para a sua compra no final do contrato, como se este subsistisse, desvirtuando a natureza jurídica do direito de opção[108]. E não se diga, em oposição ao entendimento que se acaba de afirmar, que a eventual fixação de cláusula penal que confira ao locador o direito de cobrar, ainda que parcialmente, rendas vincendas, não enferma de nulidade, na medida em que visa ressarcir o credor da desvalorização da coisa dada em locação. Na verdade, como resulta da experiência do tráfego jurídico-mercantil, na determinação do montante das rendas, o locador não se limita a atender ao valor locativo, destinando-se aquelas à amortização financeira global do custo do investimento, que abrange o valor do bem, a retribuição pela sua utilização e a remuneração do risco suportado pelo locador, nomeadamente o risco da desvalorização que o bem locado vai sofrendo com a sua utilização pelo locatário[109].

---

[108] Neste sentido, entre outros, só no século em curso, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0230152, 05/11/2002, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1052/2004-8, 19/02/2004, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 9574/2008-8, 15/01/2009 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1407/10.0TJPRT.P1.S1, 10/07/2012.

[109] No mesmo sentido, *inter alia*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 0071472, 24/06/1993 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 98A754, 20/10/1998.

Ainda no domínio do contrato de locação financeira, situação diversa da que acima expusemos é aquela em que é estipulada uma cláusula penal que obrigue o locatário aderente a pagar ao locador predisponente uma quantia de valor não superior às rendas que se venceriam no período posterior ao término do contrato, enquanto o contraente mais fraco não proceder, como lhe é exigível, à restituição do bem locado. Neste caso, não constitui um resultado censurável para o sentimento jurídico imperante que o credor, impedido de explorar economicamente o bem locado em negócio a contrair com outrem, se veja ressarcido, pelo valor acordado para o gozo temporário da coisa com o locatário, dos lucros que previsivelmente deixou de auferir (lucros cessantes) – cf. artigo 1045.º, n.º 1 do Código Civil[110].

Uma segunda situação que vem despoletando litígios judiciais e arbitrais em barda prende-se com as cláusulas penais previstas em contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas para a eventualidade de cessação do contrato pelo utente em momento prévio ao decurso do período de fidelização acordado. Com as alterações introduzidas ao artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas) pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, passou a determinar-se, por meio de normas imperativas, que "[o]s encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação" (n.º 12), sendo que "no caso de subsidiação de equipamentos

---

[110] Como se declarou no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05A3757, 24/01/2006, "(...) [a] razão de ser desta norma é a de que extinto o contrato continua a renda, apesar de tudo, a ser o referencial de equilíbrio entre as prestações da relação de liquidação. E isso com base na ideia de que a renda, tendo resultado da autorregulação das partes, representa, em regra, o justo valor do lucro cessante derivado da indisponibilidade da coisa locada". Mas já não será de admitir a fixação de indemnização pelo dobro do valor correspondente à renda que as partes tinham acordado, nos termos do artigo 1045.º, n.º 2 do Código Civil, por à mesma presidir, fundamentalmente, uma finalidade compulsória ao cumprimento da obrigação de restituição da coisa locada pelo locatário em situação de mora, excedendo, por isso, o valor do prejuízo sofrido pelo locador com o incumprimento da referida obrigação. Contra, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1410/11.3TJLSB.L1-6, 27/11/2014.

terminais, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável [Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de junho] e, nas demais situações, não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada" (n.º 13)[111].

---

[111] Como bem exaltou a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM no Parecer (e respetivo Anexo) que dirigiu à Comissão Parlamentar de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação da Assembleia da República, no âmbito do processo legislativo desencadeado pela Proposta de Lei n.º 83/XIV/2.ª (GOV) – Aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas e transpõe a Diretiva (UE) 2018/1972, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas –, mesmo depois das alterações introduzidas pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, subsiste a necessidade imperiosa de rever "o regime de cálculo dos encargos a suportar pelos consumidores em caso de denúncia antecipada de contratos que prevejam períodos de fidelização, corrigindo as ineficiências graves que têm vindo a ser, recorrentemente, identificadas nesta matéria (...), ineficiências essas que prejudicam de forma severa a mobilidade e, consequentemente, a concorrência no setor", destacando-se, neste particular, o facto de o valor das "vantagens" comerciais que tenham sido associadas ao período de fidelização ser livremente fixado pelas empresas prestadoras dos serviços, o que vem permitindo o inflacionamento de tal quantia "com o objetivo de viabilizar a cobrança de encargos elevados em caso de denúncia antecipada do contrato pelo utilizador final. Com efeito, a indexação dos encargos pela cessação antecipada do contrato às vantagens conferidas ao utilizador sem que exista um limite (objetivo) a essas vantagens (cujo valor é, na prática, o que a empresa lhe entender atribuir) importa o risco de que sejam cobrados ao utilizador valores desproporcionalmente elevados, sem que haja uma forma objetiva de demonstrar essa desproporcionalidade". A fim de superar a identificada ineficiência, a ANACOM, no seu Anteprojeto de diploma de transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, sob n.ºs 4 e 5 do artigo 135.º, propunha a adoção das seguintes normas: "4 – Em caso de denúncia antecipada, por iniciativa dos consumidores, de contratos que prevejam períodos de fidelização, não podem ser cobrados pelas empresas que oferecem os serviços referidos no n.º 1 quaisquer encargos para além dos referidos nas alíneas seguintes: a) Tratando-se de uma fidelização inicial: i) Até 20% do valor da soma das mensalidades vincendas, caso a denúncia ocorra na primeira metade do período de fidelização; ii) Até 10% do valor da soma das mensalidades vincendas, caso a denúncia ocorra na segunda metade do período de fidelização; b) Tratando-se de uma fidelização subsequente, até 10% do valor da soma das mensalidades vincendas; c) Tratando-se de uma fidelização inicial ou subsequente convencionada exclusivamente como contrapartida da subsidiação de equipamentos terminais, dos valores referidos no artigo 137.º. 5 – Para efeitos das alíneas a) e b) do número anterior, devem ser consideradas as mensalidades efetivamente pagas, deduzidos todos os eventuais descontos e impostos e excluindo eventuais valores correspondentes ao aluguer de equipamentos, a serviços de utilização eventual ou a serviços ou prestações adicionais, com preço autónomo

Assim, de acordo com a valoração subjacente à regra contida no n.º 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, é desconforme ao princípio da boa-fé a estipulação de cláusula penal que, em caso de denúncia de contrato pelo assinante antes de completado o período mínimo de permanência (por sua vez, regulado pelos n.ºs 5, 6 e 8 do mesmo artigo e diploma), confira ao prestador de serviços o direito a uma indemnização correspondente à totalidade das prestações vincendas. A não ser assim, o operador de comunicações eletrónicas via-se plenamente salvaguardado do risco de incumprimento do negócio pela sua contraparte, garantindo que sempre lhe assistiria o direito ao recebimento de todas as prestações que se venceriam até ao fim do período de fidelização, ainda que, por força da dissolução do vínculo por ato unilateral do aderente, ficasse, a partir de então, eximido do cumprimento da sua obrigação de fornecimento contínuo dos serviços contratados[112]. De forma mais sintética, à semelhança da primeira hipótese de cláusula penal que aventamos acima no domínio do contrato de locação financeira, tudo se passaria, apenas em relação ao aderente, como se este oferecesse o cumprimento integral do contrato.

Acresce que, ainda de harmonia com o disposto pelos n.ºs 12 e 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, também é de julgar que impõe consequências patrimoniais injustificadas e, portanto, é ofensiva da bitola do equilíbrio material das partes uma pena convencional que

---

e ativação ou desativação a qualquer momento e por iniciativa do próprio consumidor, independentemente da designação atribuída pela empresa a tais serviços ou prestações". Estas propostas de normas foram, contudo, eliminadas do artigo 135.º da Proposta de Lei apresentada à Assembleia da República.

[112] Neste sentido, em relação a situações litigiosas anteriores à entrada em vigor das alterações introduzidas ao artigo 48.º da Lei das Comunicações Eletrónicas pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, *vide*, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1, 11/09/2012, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 134839/12.3YIPRT.P1, 07/05/2015 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 109927/15.8YIPRT.E1, 20/12/2018 (aqui, julgando a cláusula proibida por violação do artigo 48.º, n.º 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas, na redação conferida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro: "Sem prejuízo da existência de períodos contratuais mínimos, nos termos do número anterior, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante").

exceda a medida do valor das específicas vantagens comerciais ou benefícios económicos oferecidos ao aderente (e.g. custos de investimento com infraestruturas, fornecimento de equipamentos) e que a entidade prestadora tinha a legítima expectativa de amortizar, para além dos custos e encargos já recuperados, na parcela do período de fidelização que não se completou por via da denúncia do contrato pelo assinante.

Em qualquer das hipóteses ora descritas, revelando-se a pena desproporcionada aos danos a ressarcir, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, deve o aplicador do Direito considerar que a cláusula contratual geral que a prevê, à luz do quadro negocial padronizado, é proibida e, como tal, nula, podendo o aderente – e só o aderente (diversamente do que prevê o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro para as cláusulas excluídas) – optar, neste caso, pela manutenção do contrato singular, expurgado da cláusula inválida (recorrendo-se ao instituto da redução do negócio jurídico, salvo se se mostrar que este não teria sido concluído sem a parte viciada – cf. artigo 292.º do Código Civil *ex vi* artigo 14.º, *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis (por apelo, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos – cfr. artigo 239.º do Código Civil), desde que o exercício de tal faculdade não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé (artigos 13.º, n.º 2 e 14.º, 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

4.4. A recente alteração operada pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio – análise crítica

Aqui chegados, é agora o momento adequado para dedicar algumas considerações acerca da recém-adotada Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que operou a quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, estabelecendo limitações à redação (*rectius*, à apresentação gráfica) das cláusulas contratuais gerais e prevendo a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas.

A Lei n.º 32/2021, de 27 de maio teve origem nos Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.ª, do Grupo Parlamentar do Partido Ecologista "Os Verdes" («Reforça a transparência nos contratos de adesão (Altera o Decreto-Lei

n.º 446/85, de 25 de outubro)»)[113], e 532/XIV/2.ª, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda («Procede ao reforço da transparência e dos efeitos da proibição de cláusulas gerais nos contratos de adesão (4.ª alteração ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais)»), que deram entrada na Assembleia da República em 22.05.2020 e em 25.09.2020, respetivamente. Os dois Projetos de Lei foram objeto de discussão e votação conjunta na generalidade e na especialidade, sem que tenham sido apresentadas propostas de alteração por qualquer dos grupos parlamentares no âmbito da votação na especialidade das iniciativas legislativas. Após a votação na especialidade, foi submetido e aprovado em votação final global o Texto Final apresentado pela Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação.

Antes de procedermos a uma análise crítica do Decreto da Assembleia da República que veio a ser publicado como Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, entendemos curial, para uma melhor compreensão da *mens legislatoris* que presidiu à adoção do diploma, esmiuçar cada uma das iniciativas legislativas que estiveram na sua origem, mormente as respetivas Exposições de Motivos.

a) Os Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.ª (PEV) e 532/XIV/2.ª (BE)

Assim, nas Exposições de Motivos dos dois Projetos de Lei começa-se por proceder a uma breve caracterização da contratação em massa. Em seguida, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 396/XIV/1.ª enaltece-se "(...) o facto de muitos desses contratos [de adesão] se encontrarem, intencionalmente ou não, redigidos de uma forma complexa e nada clara, e de apresentarem cláusulas com uma letra tão reduzida que é quase impossível ler, o que significa que o cidadão, para além de se encontrar privado de negociar as cláusulas desse contrato, muitas vezes acaba por nem saber aquilo que está a contratar" – «problema vulgarmente conhecido como as "letras pequeninas" ou "miudinhas" dos contratos, onde se inclui muita informação, alguma até relevante, que acaba por não ter a mesma

[113] O Grupo Parlamentar do Partido Ecologista "Os Verdes" já havia apresentado idêntica iniciativa legislativa – Projeto de Lei n.º 1184/XIII/4ª – na XIII Legislatura, a qual caducou em 24.10.2019, com o início da XIV Legislatura, resultante das eleições legislativas de 6 de outubro de 2019.

dimensão das restantes condições contratuais». Em termos próximos, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.ª destaca-se o facto de, não raro, o texto do clausulado contratual apresentado ao aderente se revelar "excessivamente complexo, ao ponto de dificultar a sua leitura e compreensão", ao que acresce a «utilização de caracteres diminutos (...), problema vulgarmente conhecido como letra "miudinha"», uma realidade que, de acordo com os proponentes do Projeto de Lei, contribui para "a falta de informação e conhecimento sobre as condições contratualizadas, que muitas vezes também têm por base cláusulas abusivas". Como veremos de seguida, esta derradeira referência ao caráter abusivo das cláusulas, no âmbito de uma intervenção legislativa que visa possibilitar ou, pelo menos, facilitar "a sua leitura e compreensão" será determinante para explicar a manifesta infelicidade da solução vertida no artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio (comum aos dois Projetos de Lei), no quadro da lógica normativa do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Prossegue a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 396/XIV/1.ª no sentido de defender que os instrumentos legislativos já vigentes na ordem jurídica, nomeadamente a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (*maxime*, o seu artigo 9.º, n.º 2, alínea a)), o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (*maxime*, o seu artigo 8.º, alínea c)) e, em matéria de contratos de seguros, o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (*maxime*, o seu artigo 36.º, n.º 1), emprestam soluções normativas que, "além de (...) não serem, muitas vezes, escrupulosamente cumpridas", podem encerrar, em si, "alguma subjetividade, dando margem para diferentes interpretações" e, em todo o caso, veem-se mostrando insuficientes, na medida em que "continuamos a ter contratos de adesão com informações redigidas com um tamanho de letra minúsculo, impossível de ler". Salvo melhor opinião, os proponentes desta iniciativa legislativa parecem nutrir, ainda que o manifestem de forma velada, uma desconfiança em relação à capacidade de os titulares do poder jurisdicional ajuizarem acerca da observância (ou não) do pressuposto formal da legibilidade por parte dos utilizadores de cláusulas contratuais gerais[114], crendo, em alternativa, que existe uma verdadeira "lacuna relativamente ao estabelecimento de regras quanto à apresentação gráfica das cláusulas

---

[114] Com idêntica visão, Mafalda Miranda Barbosa, "Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 328.

contratuais", cuja superação impõe, na perspetiva dos autores do Projeto de Lei em apreço, a fixação, em termos rígidos, do "limite mínimo do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas".

Por sua vez, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.ª enfatiza-se que "a realidade demonstra que grande parte dos contratos de adesão continuam com um articulado demasiado extenso e complexo, e com uma redação com letras minúsculas", para, dessa forma, se justificar a necessidade de adoção de "legislação adequada que estabeleça regras quanto à apresentação gráfica das cláusulas contratuais, designadamente ao nível do limite mínimo do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas". Com o devido respeito, a referência à extensão e complexidade dos clausulados contratuais predispostos afigura-se inócua, pois, na verdade, a normação que os autores deste Projeto de Lei fizeram submeter a aprovação do plenário da Assembleia da República só com boa vontade e de modo reflexo poderá servir o propósito de conduzir as entidades predisponentes à elaboração de programas contratuais mais sintéticos e inteligíveis para um aderente medianamente diligente. *Summo rigore*, a regulação impositiva de *standards* mínimos a observar em aspetos atinentes à apresentação gráfica do texto do clausulado contratual poderá, quanto muito, contribuir para que o aderente se sinta mais motivado a proceder à sua leitura e, por essa via, apreenda o conteúdo do regulamento pré-elaborado pelo contraente mais forte, mas não tem a virtualidade de contribuir, como supostamente era pretendido, para a atenuação da dimensão do conjunto das condições gerais ou para a adoção, pelo predisponente, de uma linguagem mais acessível, que viabilize a efetiva compreensão do texto do clausulado pelo contraente mais débil.

Finalmente, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.ª revela-nos, por outro lado, que à dita iniciativa legislativa presidiu, ainda, a finalidade de "proteger os consumidores da utilização sistemática por parte das empresas, de cláusulas abusivas nos contratos de adesão", pelo que «a decisão judicial que considere cláusulas gerais proibidas, quando transitada em julgado, deve produzir efeitos "erga omnes" abrangendo cláusulas idênticas sem dependência do pedido constante da ação inibitória», "[o]u seja, a decisão de proibição de uma determinada cláusula deve ser alargada a todas as entidades que tenham cláusulas semelhantes", assegurando-se a produção do efeito irradiante por intermédio de "sistema de fiscalização adequado" cuja conceção e implementação se comete ao Governo. Aqui, os

proponentes do Projeto de Lei tinham em vista uma alteração do regime da eficácia subjetiva do caso julgado formado em ação inibitória (artigos 10.º, n.º 1, alínea b) e 11.º, n.ºs 2 e 4 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho) que haja condenado o demandado a abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais objeto de proibição definitiva ou outras que se lhes equiparem substancialmente. Se, até então, por força da aplicação articulada das regras dos artigos 25.º e 32.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a sentença condenatória proferida na ação inibitória era somente oponível ao demandado (podendo um terceiro que, embora não tendo sido parte na ação, haja contratado com o demandado, invocar a seu favor a declaração incidental de nulidade de cláusulas contratuais gerais contida na decisão inibitória), com o aditamento de um n.º 2 ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, os autores da iniciativa legislativa pretendiam estender a eficácia (*ultra partes*) do caso julgado a todo e qualquer proponente que utilize as condições gerais objeto de sentença de inibição ou outras que, não obstante assumirem redação diversa, de acordo com as regras de interpretação dos artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com aquelas mantêm correspondência em termos materiais[115].

---

[115] A favor da evolução proposta – de uma extensão eventual do caso julgado a terceiros *secundum eventum litis* para uma eficácia absoluta do caso julgado –, aponta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. No Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Processo C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt), 26/04/2012, declarou-se que "[o] artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, conjugado com o seu artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, deve ser interpretado no sentido de que: não se opõe a que a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva que faz parte das condições gerais dos contratos celebrados com os consumidores, no âmbito de uma ação inibitória, referida no artigo 7.º da dita diretiva, intentada contra um profissional, no interesse público e em nome dos consumidores, por um organismo designado pela legislação nacional, produza, em conformidade com a referida legislação, efeitos para todos os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais, incluindo para os consumidores que não eram partes no processo relativo à ação inibitória; quando o caráter abusivo de uma cláusula das condições gerais dos contratos tiver sido reconhecido no âmbito de tal processo, os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados, também no futuro, a retirar oficiosamente daí todas as consequências previstas pelo direito nacional, para que a referida cláusula não vincule os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais.". Posteriormente, no Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Processo C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl), 28/07/2016 voltou a afirmar-se "(...) a concordância da apreciação entre

Enunciadas, ainda que sucintamente, as principais considerações tecidas nos dois projetos de lei que estiveram na base da Lei n.º 32/2021, estamos em condições mais favoráveis para nos debruçarmos sobre o diploma publicado em 27 de maio do corrente, com entrada em vigor 90 dias após a sua publicação (artigo 4.º).

b) O artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio: dúvidas e perplexidades

Com efeito, ao abrigo do artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, foi aditada mais uma previsão (a nova alínea i)) ao rol de cláusulas absolutamente proibidas aplicáveis, em exclusivo, às relações com os consumidores finais, previsto, recorde-se, no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que passam a ser proibidas, sem possibilidade de valoração à luz do quadro negocial padronizado, "as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15". Não se duvidando, em algum momento, da bondade da intenção do legislador[116],

---

ações coletivas e ações individuais que o Tribunal de Justiça estabeleceu ao obrigar os órgãos jurisdicionais nacionais a retirar oficiosamente, também no futuro, todas as consequências previstas pelo direito nacional do reconhecimento do caráter abusivo de uma cláusula que faz parte das condições gerais dos contratos celebrados por consumidores no âmbito de uma ação inibitória, para que essa cláusula não vincule os consumidores que tenham celebrado um contrato que contenha as mesmas condições gerais." (n.º 56).

[116] O qual foi reconhecidamente influenciado, em particular, pela Lei n.º 11.785, de 22 de setembro de 2008, da República Federativa do Brasil, a qual alterou o § 3 do artigo 54.º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, para definir o tamanho mínimo da fonte em contratos de adesão, passando a norma a assumir a seguinte redação: "Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com carateres ostensivos e legíveis, *cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze*, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor" [itálico nosso]. Também a Comunicação da Comissão – Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, a propósito dos requisitos de transparência aplicáveis a todos os tipos de cláusulas contratuais gerais abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, aponta "a clareza da apresentação visual, incluindo o tamanho do tipo de letra" como um dos aspetos relativos ao "modo de apresentação das cláusulas contratuais" a ter em conta para avaliar se uma cláusula está redigida de modo claro e compreensível. Entre nós, aludindo à dimensão da letra e ao espaçamento entre linhas como aspetos relevantes a

bem refletida nas Exposições de Motivos dos dois Projetos de Lei, afigura-se-nos incontornável que a técnica legislativa adotada para o preceito ora sob escrutínio se revela manifestamente desajustada, por subverter a coerência que, até a esta data, iluminava a autonomização dos sistemas legais de inclusão (controlo procedimental) e de aferição de validade (controlo material) das cláusulas contratuais gerais em contratos de adesão.

Senão vejamos.

Como reconhecem os proponentes de cada um dos Projetos de Lei a que vimos fazendo alusão, a fixação de limites mínimos de tamanho de letra e de espaçamento entre linhas a observar pelos utilizadores de cláusulas contratuais gerais dá corpo às exigências de apresentação gráfica ("caracteres facilmente legíveis" por "um contratante normal, colocado na posição do contratante real") já impostas pelo artigo 9.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 24/96, de 31 de julho e pelo artigo 8.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cuja inobservância dita, por força desta última norma, a exclusão das cláusulas que passem despercebidas ao aderente médio. E assim é pois, como é bom de ver, os requisitos formais do aspeto gráfico do clausulado contratual concorrem para o efetivo conhecimento (e, no limite, para uma verdadeira aceitação) do regulamento predisposto a que a contraparte do utilizador de condições gerais se limita a aderir, não influindo no teor das estipulações nele contidas. Por conseguinte, todo o sentido faria para nós, em nome da manutenção da coerência e harmonia intra-sistemática – e abstendo-nos, de momento, de adiantar a nossa posição sobre o mérito da opção de fixação de *standards* mínimos – o aditamento de um n.º 2 ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com uma redação idêntica a esta que tomamos a liberdade de apresentar: "Para os efeitos da alínea c) do número anterior, considera-se que passam despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante

---

ter em conta ao nível da "apresentação gráfica", *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08B357, 15/05/2008, em cujo sumário se lê: "I – O banco X utiliza no clausulado dos cartões (de crédito e de débito) uma letra de dimensão reduzida, com um espaço entre as linhas também muito reduzido, formando um texto muito compacto que torna a sua leitura difícil e cansativa mesmo para quem possua uma visão média, dificultando, consequentemente, a compreensão e apreensão do sentido do texto; daí que tal clausulado tenha de ser excluído dos contratos singulares, devendo o banco X abster-se da sua utilização em futuros contratos – arts. 8.º e 9.º, n.º 2, al. a), e n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31-07, e art. 8.º, al. c), do DL n.º 446/85, de 25-10. (...)".

real, as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15".

Ora, ao estabelecer uma nova previsão de cláusula proibida em absoluto, o mesmo legislador que confessou a sua intenção de eliminar a margem de livre apreciação (e de decisão) do julgador, de cujo prudente arbítrio duvidava, em situações que, no seu entender, objetivamente, falhavam o pressuposto formal da legibilidade, veio, afinal, criar um delicado imbróglio jurídico, com múltiplas ramificações, cuja resolução caberá, ironicamente, ao... julgador[117]!

Como facilmente se atinge, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, uma dúvida imediatamente se coloca ao aplicador do Direito: por exemplo, em face de uma cláusula contratual geral que, segundo a apreciação crítica e racional do julgador, por força do tamanho da letra 8, não é passível de efetivo conhecimento do seu conteúdo pelo aderente (ainda que este adote uma postura pró-ativa a fim de se inteirar do teor da mesma estipulação contratual), deve considerar-se excluída do contrato singular, ao abrigo da alínea c) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro ou, diversamente, deve ter-se por incluída no contrato singular, mas reputar-se de proibida e, como tal, nula, por aplicação conjugada dos comandos normativos dos artigos 12.º e 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro?

Na presença de situações como a que acabámos de enunciar, parece-nos, salvo melhor opinião, que o titular do poder jurisdicional deve continuar a contribuir, na medida do possível, para a preservação da máxima "um regime, dois sistemas" de controlo (formal-procedimental e material) que está na génese do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que, diante de um caso com os contornos acima relatados, deverá considerar a cláusula excluída do contrato singular, por apresentar um aspeto gráfico que não propicia a sua apreensão pelo destinatário ("cláusula-surpresa" ou *überraschende Klausel*). Ainda assim, de molde a evitar que a previsão da

---

[117] A título de curiosidade, veja-se que, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, se refere, sob ponto 7, que "(...) [à] jurisprudência e à dogmática jurídica pertence extrair todas as virtualidades dos dispositivos legais agora sancionados. Aquelas não ficam, de resto, como se impõe, encerradas num sistema rígido que tolha a consideração de novas situações e valorações de interesses, resultantes da natural evolução da vida.".

nova alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro fique esvaziada de conteúdo útil e respeitando a sua essência, propomos que a mesma seja interpretada pelo aplicador do Direito como imposição legal de verificação de dois parâmetros atinentes à apresentação gráfica, em que o incumprimento dos *standards* mínimos nela consagrados impõe, em caso de dúvida, a conclusão de que o aderente não representou o teor da cláusula em questão.

Aceita-se que a orientação que propomos não é isenta de críticas e, inclusive, revela-se incapaz de superar algumas das debilidades que a redação da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro comporta em si mesma, as quais, na nossa humilde opinião, têm de ser imputadas à incúria do legislador e ultrapassadas por apelo aos critérios (que cada mais desafios espinhosos vêm colocando ao intérprete-aplicador...) postulados no artigo 9.º do Código Civil, reconstituindo o pensamento legislativo com recurso aos elementos lógicos da hermenêutica jurídica, mormente os elementos de ordem histórica e teleológica.

Desde logo, mal se compreende como que é que o legislador parlamentar incorreu na ingenuidade de ignorar que "o tamanho de letra 11" varia em função do tipo de letra selecionado e do processador de texto em que o clausulado contratual é redigido. E, bem assim, como descurou que o tamanho de letra 11 pode ser superior ou inferior a 2,5 milímetros, consoante a altura (superior ou inferior) de determinados caracteres e a utilização de letras maiúsculas ou minúsculas. Espelhados, assim, de forma palmar, os inconvenientes associados à fixação (pouco refletida) de critérios rígidos, também o próprio uso da conjunção disjuntiva "ou" (em "tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros") suscita dificuldades de compatibilização da letra da lei com a *ratio legis* que determinou o aditamento da norma da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Para superar o crivo do controlo de validade que, *de iure conditio*, subjaz à inserção sistemática da norma em apreço, basta ao predisponente cumprir a exigência do tamanho de letra não inferior a 11 ou o requisito do tamanho não inferior a 2,5 milímetros[118]?

---

[118] Suscitando as mesmas interrogações e perplexidades, Luís Poças, "Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro", *in Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 913-915.

Em resposta a esta última interrogação, recorrendo aos cânones da hermenêutica jurídica mencionados no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, por um lado, mas respeitando o limite intransponível do mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, determinado pelo n.º 2 do mesmo artigo e diploma, parece-nos preferível, na ótica de tutela mais eficaz do interesse de conhecimento efetivo do programa contratual, que o julgador se atenha, simplesmente, ao critério invariável do tamanho não inferior a 2,5.

Infaustamente, os motivos de censura ao aditamento da alínea i) ao rol de cláusulas proibidas em absoluto do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não se fica por aqui. De igual modo, o recurso à conjunção copulativa "e" em "tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15" aponta no sentido de que apenas se consuma a abusividade da cláusula quando a mesma, cumulativamente, falhe os requisitos formais do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas. Se também aqui se fizesse uma aplicação da norma que se mantivesse plenamente fiel ao seu elemento literal, nesse caso, seríamos forçados a reconhecer que o puro e simples cumprimento da condição referente ao espaçamento entre linhas (independentemente do tamanho da letra) bastaria para obstaculizar a convocação do preceito em referência. Como é por demais evidente, uma semelhante compreensão da norma conduziria a um resultado absurdo e em nada contribuiria para o pretendido combate às "letras miudinhas", prática que facilmente se perpetuaria entre as entidades autoras de regulamentos contratuais genericamente predispostos. Nesta linha de pensamento, forçoso é desenvolver uma interpretação corretiva da regra da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, apoiada no elemento interpretativo da *ratio legis*, pelo que onde se lê "(...) tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, *e* com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15" deve ler-se "(...) tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, *ou* com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15", por forma a que a inobservância de qualquer dos requisitos atinentes à aparência externa da cláusula conduza, de per si, à declaração da sua nulidade, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Ademais, embora confiemos que os titulares do poder jurisdicional não virão a dar guarida a semelhante alegação das entidades predisponentes, não podemos deixar de sinalizar um potencial efeito pernicioso – e mesmo

contraproducente – que o aditamento da nova alínea i) ao artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pode vir a produzir. A opção legislativa de fixação de padrões mínimos a observar quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas pode favorecer a possibilidade de os predisponentes aduzirem, a seu favor, que, ao terem cumprido aqueles *standards* legalmente estatuídos, qualquer apreciação judicial no sentido de que, ainda assim, não foi assegurado o efetivo conhecimento da cláusula contratual pelo aderente, concretamente por conta do diminuto tamanho da letra ou do insuficiente espaçamento entre linhas, fica automaticamente prejudicada.

Uma última consideração, neste particular, importa tecer para dar nota de mais uma manifestação da imprevidência do legislador ao se decidir pela regulação, em termos inflexíveis, dos limites mínimos a observar pelas entidades predisponentes quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas na redação das condições gerais. Terá, porventura, escapado ao legislador, no afã de disciplinar os referidos aspetos formais no domínio dos clausulados contratuais, que, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais regula "todas as cláusulas contratuais gerais, *independentemente da forma da sua comunicação ao público*, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros" [itálico nosso]. Ora, o segmento em destaque revela-nos que a malha normativa do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aplica-se não só a cláusulas gerais reduzidas em contrato escrito, como também a cláusulas vertidas noutros suportes físicos ou eletrónicos – e.g. cartazes[119], anúncios publicitários divulgados por televisão – e mesmo a cláusulas transmitidas verbalmente, que podem nunca chegar a ser reduzidas a escrito. Assim sendo, não tendo o legislador circunscrito o âmbito de aplicação da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro tão-só às cláusulas inseridas em contrato escrito, encontra-se configurada uma solução potencialmente desajustada para uma efetiva superação das correntemente denominadas "letras pequeninas" apostas em vários suportes

[119] Debruçando-se, precisamente, sobre o exemplo dos cartazes expostos em estabelecimento comercial, *vide*, Lua Mota Santos, no texto «O fim (tentado) da era das "letras pequeninas"», publicado no blogue do NOVA Consumer Lab, em 06.05.2021.

físicos e eletrónicos e, decididamente, inaplicável à comunicação verbal de cláusulas contratuais.

Finalizada, desta forma, a nossa apreciação crítica à norma introduzida no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, resta-nos proceder a uma escalpelização das regras consagradas no artigo 3.º da mesma Lei, nas quais se estabelece a regulamentação do diploma pelo Governo, no prazo de 60 dias (já largamente ultrapassado), que deve incluir, nos termos do n.º 2 do referido artigo 3.º, "a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades".

c) O artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio: a criação de um sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas

Como já vimos, esta previsão de instituição, pelo órgão superior da Administração Pública, de um sistema de "controlo e prevenção de cláusulas abusivas" decorre da iniciativa legislativa do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, cujo Projeto de Lei propunha, de modo conexo, o aditamento de um n.º 2 ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por via do qual se alargava a eficácia subjetiva do caso julgado formado em ação inibitória a toda e qualquer entidade predisponente que utilizasse as cláusulas contratuais gerais alvo da sentença de inibição ou outras substancialmente idênticas. Sucede que a alteração ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro foi rejeitada na especialidade, porquanto não constou do Texto Final apresentado pela Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação ao plenário da Assembleia da República para votação final global.

Sempre com o devido respeito, parece-nos que também aqui o órgão legislativo *par excellence* não andou bem, pois acabou por determinar a criação de um mecanismo de fiscalização da utilização futura de cláusulas julgadas proibidas por outras entidades que não a predisponente que foi parte no pleito, sem, contudo, prever, no lugar próprio, a eficácia *erga omnes* da decisão emitida pelo órgão jurisdicional que resolveu o litígio *inter partes*. Por outro lado, na ausência da referida proposta de norma a acrescentar ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cremos ser

de concluir que o novo quadro de extensão do caso julgado a quaisquer entidades predisponentes alheias à demanda onde o juiz declarou a proibição de cláusulas contratuais gerais não se circunscreve às sentenças prolatadas em ações inibitórias, abarcando, antes, todo e qualquer aresto, transitado em julgado, proferido em ação singular proposta por um aderente contra um predisponente. Nesta senda, questiona-se se também as decisões proferidas pelos julgados de paz e pelos tribunais arbitrais de consumo (que, não sendo "judiciais", são adotadas por verdadeiros tribunais – cf. artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa[120]) em que "cláusulas [contratuais gerais hajam sido] consideradas proibidas" (no dizer, pouco cuidado, do legislador, porque a reputação como "proibidas" decorre, em bom rigor, de disposição legal do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, seja de alguma das previsões específicas dos catálogos exemplificativos de cláusulas proibidas, seja diretamente do princípio geral da boa-fé) gozam do efeito de caso julgado oponível *erga omnes*. Diríamos que inexiste qualquer motivo atendível para um tratamento díspar dos tipos de decisões jurisdicionais em confronto, na certeza, porém, que, por via das dúvidas, teria sido preferível a adoção de redação legal que fizesse menção a "cláusulas consideradas proibidas por decisão *jurisdicional*".

Isto posto, cumpre notar que, até à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro de que vimos curando, por força do disposto nos seus artigos 34.º e 35.º, vigorava, exclusivamente, um sistema de registo

---

[120] E, também, os artigos 29.º, n.º 4 e 150.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto. Como se esclarece em António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 77, com vastas referências doutrinais de suporte, sem prejuízo da origem histórica *sobretudo* contratual da arbitragem, a verdade é que «é na lei (desde logo, no artigo 209.º, n.º 2 da CRP e na Lei da Arbitragem Voluntária) – e não na vontade das partes – "que reside a primeira fonte e o fundamento último de toda a arbitragem"», pelo que, por outras palavras, a convenção de arbitragem é um mero "impulso (contratual)" para que seja conferido ao árbitro o poder jurisdicional, que tem base e cobertura constitucional e legal. Resulta, assim, inequívoco que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais (neste sentido, *inter alia*, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007, Processo n.º 343/2005, 08/03/2007, e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2014, Processo n.º 564/12, 09/01/2014) e exercem a função jurisdicional, julgando litígios (à semelhança dos tribunais estaduais) com vista à prolação de decisões que, diversamente de outros meios de resolução alternativa de litígios, beneficiam do "mesmo caráter obrigatório entre as partes" (caso julgado) e da mesma força executiva que as sentenças dos tribunais estaduais – cf. artigo 42.º, n.º 7 da Lei da Arbitragem Voluntária.

das cláusulas contratuais abusivas declaradas nulas pelos tribunais. Em cumprimento do preceituado no n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, foi publicada a Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, que, numa interpretação atualista, incumbe a Direção-Geral de Política de Justiça (que sucedeu ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação – GRIEC –, o qual, por sua vez, sucedeu ao Gabinete de Direito Europeu) de organizar e manter atualizado o dito registo de cláusulas abusivas, para consulta e conhecimento por todos os interessados, o qual se encontra disponível em http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase.

Efetuando um acesso à página da internet melhor identificada acima, somos levados a concluir que o objetivo cometido à Direção-Geral de Política de Justiça não vem sendo cabalmente cumprido pela mesma, seja porque a plataforma de registo não prima nem pela organização funcional nem pela promoção de um acesso fácil e expedito ao rol de cláusulas abusivas através da pesquisa por "Descritores" (reconhecidamente disponível apenas para um "utilizador mais experiente e conhecedor da legislação", capaz de "fazer a correlação entre aquilo que está previsto no Decreto-Lei [n.º 446/85, de 25 de outubro, nomeadamente, nos artigos 6.º, 8.º, 15.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º], e a expressão que deve utilizar na pesquisa por descritor"), seja porque o elenco de decisões disponíveis na plataforma espelha, de forma especialmente aguda, que a intenção de coligir todos os arestos proferidos em ações inibitórias e em ações singulares em que tenham sido declaradas nulas cláusulas contratuais abusivas e de os disponibilizar de forma célere e regular, não tem sido alcançado. Acresce que, como é assumido na página de internet mencionada *supra*, concretamente nas informações acessíveis mediante clique no separador "Critérios de registo e pesquisa de decisões", ainda hoje, as decisões que chegam ao conhecimento da Direção-Geral de Política de Justiça são remetidas em suporte papel, o que inviabiliza as hipóteses de pesquisa no texto daquelas, e, bem assim, no caso das ações singulares, nem sequer é facultado o texto das decisões nelas proferidas.

O retrato que se acaba de descrever a propósito do estado do sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas espelha, com propriedade, a necessidade de dotar a Direção-Geral de Política de Justiça dos necessários recursos humanos e materiais para prosseguir o seu desígnio como legalmente determinado, o que, na nossa humilde opinião, passa, inelutavelmente, pela modernização da plataforma de alojamento das bases de

dados jurídico-documentais geridas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P. (IGFEJ, I.P.), que integrou as atribuições do extinto Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, I.P. (ITIJ, I.P.).

Não se deixa de reconhecer a virtualidade de um futuro sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas (cujos concretos contornos ainda não se conhecem, a esta data[121]) contribuir para evitar putativas utilizações de condições gerais já declaradas nulas por órgãos jurisdicionais (assumam elas a mesma redação ou outra que, ao fim ao cabo, lhes confere idêntico substrato material) ou mesmo obstar a que estipulações de cláusulas proibidas venham a conhecer a luz do dia (uma fiscalização *ex ante* que já é levada a cabo pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Mobiliário e da Construção – IMPIC, I.P. –, em relação a cláusulas contratuais gerais constantes de projetos de contratos de mediação imobiliária diversas das vertidas no modelo de contrato de mediação aprovado pelo mesmo instituto, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro, e da Portaria n.º 228/2018, de 13 de agosto). Cremos, porém, que o sucesso de tal sistema de controlo implica, em momento prévio, a implementação das necessárias reformas nos domínios da comunicação e disponibilização de decisões jurisdicionais, nos termos e para os efeitos dos artigos 34.º e 35.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, devendo ser acompanhada da materialização de um procedimento ágil e expedito para aprovação prévia de condições gerais predispostas em modelos de contratos ainda não utilizados.

Por outro lado, será de contar, a breve trecho, com a introdução, na ordem jurídica nacional, de um regime sancionatório para os casos de violação das disposições lusas adotadas nos termos da Diretiva 93/13/CEE, na sequência da transposição da Diretiva 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, que visa assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores. Nos termos do novo artigo 8.º-B da Diretiva 93/13/CEE, com vista a reforçar o efeito dissuasivo do regime jurídico das cláusulas abusivas inseridas nos contratos celebrados com os consumidores, os Estados-membros deverão garantir a possibilidade de aplicação de coimas

---

[121] Uma caracterização dos sistemas administrativo, judicial e misto de controlo de cláusulas abusivas, suas vantagens e inconvenientes pode ser encontrada em Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, pp. 101-103.

aos profissionais que utilizam cláusulas contratuais expressamente definidas como abusivas, em todas as circunstâncias, em contratos singulares, bem como quando aqueles utilizam uma cláusula contratual que tenha sido declarada proibida, porque abusiva, por uma decisão definitiva, proferida no âmbito de uma ação inibitória (n.º 2). Reconhecendo-se aos Estados-membros a faculdade de optarem entre a tramitação de um procedimento de natureza administrativa ou de natureza judicial para a verificação da prática do ilícito contraordenacional e o exercício da prerrogativa de aplicação de coima, de acordo com o n.º 3 do novo artigo 8.º-B, certo é que a determinação da concreta sanção terá que ter em consideração, entre outros critérios: a) a natureza, gravidade, dimensão e duração da infração cometida; b) as medidas eventualmente adotadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores; c) as eventuais infrações cometidas anteriormente pelo mesmo profissional; d) os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infração cometida (se houver dados disponíveis para tal aferição); e) as sanções já impostas ao profissional pelo cometimento da mesma infração noutros Estados-Membros, no âmbito de situações transfronteiriças, caso a informação sobre essas sanções esteja disponível; f) qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto. Sem prejuízo do que antecede, na eventualidade de, por força de uma ação coordenada ao abrigo do Regulamento (UE) 2017/2394, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, apenas uma autoridade competente na aceção deste regulamento aplicar coima ao profissional responsável por infração generalizada, deverá a mesma poder impor uma coima de valor máximo correspondente a, pelo menos, 4% do volume de negócios anual desse profissional em todos os Estados-Membros interessados na ação de aplicação coordenada (n.º 4 do artigo 8.º-B).

5. Conclusões

Aqui chegados, *brevitatis causa,* é momento de apresentar as principais conclusões suscetíveis de serem extraídas do presente artigo.

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro instituiu na ordem jurídica portuguesa o *Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, mantendo-se em vigor, com as alterações que lhe foram aditadas, nomeadamente, pelo

Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, alterações essas motivadas pela transposição da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Decorridos cerca de 36 anos após a sua publicação, a relevância das cláusulas contratuais gerais mantém-se atual. Comprovam-no, por um lado, a recente alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, operada pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que vem estabelecer limitações à redação de cláusulas contratuais e prevê a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas e, por outro lado, os inúmeros arestos jurisprudenciais produzidos ao longo dos anos para dirimir as múltiplas controvérsias que a vida quotidiana convoca.

O específico modo de contratação assente em *cláusulas contratuais gerais*, previamente elaboradas pelo predisponente, a que o aderente se limita a aderir, constitui "uma manifestação jurídica da moderna vida económica", não se confundindo estas com aqueloutro instituto do *contrato de adesão*.

Por *contrato de adesão* entende-se o negócio jurídico bilateral em que um dos contraentes (o predisponente) elabora, de forma prévia e rígida, as respetivas cláusulas, limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou a rejeitar os termos previamente definidos. Se tais cláusulas são elaboradas para todos os contratos futuros a celebrar pelo predisponente, que as oferece, em massa, ao público interessado, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a *cláusulas contratuais gerais* que se caraterizam, para além do caráter prévio e rígido, por uma nota de generalidade.

O capítulo I do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro contém algumas disposições gerais sobre o seu âmbito de aplicação – artigos 1.º a 3.º.

Pese embora o diploma não avance uma definição de *cláusulas contratuais gerais*, as caraterísticas que lhes aponta, no artigo 1.º, denotam que o legislador seguiu a caraterização comum deste instituto (*pré-elaboração por uma das partes*, *rigidez ou imodificabilidade* e *generalidade ou indeterminação*), não importando, em princípio, a forma de comunicação ao público, a extensão, o conteúdo ou a autoria das cláusulas contratuais gerais, conforme dispõe o artigo 2.º.

Note-se que, o âmbito objetivo de aplicação do diploma nacional é menos amplo do que o âmbito objetivo de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, sendo notas caraterísticas das cláusulas

referidas no artigo 3.º da Diretiva a *pré-elaboração* e a *rigidez*, mas já não a *generalidade ou indeterminação*.

A segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, promovida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, teve como propósito tornar o regime jurídico português das cláusulas contratuais gerais "conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE".

Uma das alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho versou sobre o âmbito objetivo de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, alargando-o "às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não p[ô]de influenciar" (artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

Neste contexto, suscitou-se a questão de saber se a extensão do regime a todas as cláusulas não negociadas é apenas aplicável no âmbito dos contratos celebrados entre consumidores e profissionais ou se se aplica aos contratos dirigidos a todos os sujeitos, sejam ou não consumidores.

Cremos, pelas razões explanadas no nosso texto, que a resposta mais adequada para esta questão passa pela compreensão mais ampla, segundo a qual o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aplica-se a toda e qualquer relação jurídica e não unicamente às relações jurídicas de consumo.

Ainda no quadro do âmbito de aplicação do diploma, o legislador estabelece no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro que "o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo".

Este preceito merece a nossa crítica, porquanto nos parece que só o predisponente poderá ter interesse em sustentar que determinada cláusula foi negociada, por forma a prevalecer-se do seu conteúdo, como tal, não havia necessidade de dirigir a regra de repartição do ónus da prova a ambos os outorgantes do contrato.

Umbilicalmente conexionada com a questão do ónus da prova é a questão do ónus de alegação de que a cláusula foi negociada. Ora, se é verdade que é o aderente quem tem interesse em requerer a declaração de nulidade de determinada cláusula ou a sua exclusão (não inclusão) do contrato, também é seguro – parece-nos – que é o predisponente (que invoca determinada cláusula) quem tem de provar a sua existência e o conjunto de factos

constitutivos que determinam a sua eficácia. Com efeito, entendemos que sobre o predisponente recai não apenas o ónus da prova, mas também um ónus de alegação de que a cláusula foi negociada, valendo, aqui, o artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e o artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

A especificidade dos contratos de adesão, consistente na ausência da negociação do seu conteúdo entre os contraentes, comporta riscos: o risco de desconhecimento do conteúdo do contrato, o risco de falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas pré-fixadas pelo predisponente e o risco de aposição de cláusulas abusivas ou iníquas no contrato pelo predisponente, sem ponderar os interesses do subscritor das cláusulas.

Diante destes riscos surge a necessidade de consagração de medidas adequadas e próprias que proporcionem um controlo eficaz sobre os contratos de adesão, que atuem não apenas ao nível da formação do contrato – assegurando a obtenção, em cada contrato que venha a ser celebrado, de um acordo efetivo e real sobre todos os aspetos objeto do contrato –, como também ao nível do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, através da fiscalização do seu teor, em ordem à preservação do equilíbrio das posições jurídicas das partes.

No plano do controlo sobre a formação do contrato, opera-se um controlo de inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares.

As cláusulas contratuais gerais consideram-se incluídas nos contratos por meio da *aceitação* do aderente, ficando excluídas as cláusulas não aceites especificamente, ainda que utilizadas pelo proponente em relação a todos os outros destinatários.

Não obstante, ainda que ocorra a aceitação do aderente, é necessário que se cumpram determinados requisitos específicos para que se admita a inclusão efetiva das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, os quais constam dos artigos 5.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e se reconduzem, respetivamente: (i) ao *dever de comunicação* das cláusulas contratuais gerais ao aderente; (ii) ao *dever de informação e esclarecimento* das cláusulas contratuais gerais, em particular, de aspetos menos claros nelas compreendidos; e (iii) à inexistência de cláusulas prevalentes.

Em qualquer dos casos em que as cláusulas contratuais gerais não observem os requisitos necessários à sua inclusão nos contratos singulares, a consequência plasmada no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro é a de excluir tais cláusulas do contrato singular, o que nos remete

para o instituto da inexistência jurídica, conservando-se o contrato na parte restante e vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, previstas no artigo 239.º do Código Civil.

Para rematar as modalidades de controlo efetuado ao nível da formação do contrato, o capítulo III dispõe sobre a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais.

Em primeiro, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro consagra o princípio geral nesta matéria, dispondo que as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluam*, apelando a uma interpretação individual e concreta.

Em segundo, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro vem, aparentemente (dada a sua epígrafe), consagrar duas regras acerca das cláusulas ambíguas. Duas notas: (i) o n.º 1 do referido preceito legal exprime a doutrina da impressão do destinatário, a qual é igualmente adotada no artigo 236.º do Código Civil, parecendo, por isso, existir uma repetição face ao artigo 10.º do mesmo diploma, que remete para as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos; (ii) o preceituado no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não reveste uma verdadeira regra sobre cláusulas ambíguas, pois, para as cláusulas ambíguas vale a regra consagrada no n.º 2, a qual consagra o designado princípio *in dubio contra stipulatorem*.

A norma contida no n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro traduz uma *regra subsidiária* face ao disposto no n.º 1 do mesmo artigo: nas situações de dúvida, não sendo possível determinar, com algum grau de certeza ou segurança, o sentido das cláusulas com recurso às regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, as mesmas devem ser interpretadas no sentido mais favorável ao aderente.

Superado o crivo da verificação dos requisitos formais de que depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, a produção de efeitos jurídicos por cada uma das condições gizadas pela entidade predisponente encontra-se, ainda, sujeita a um controlo de avaliação da conformidade do seu conteúdo à luz do princípio da boa-fé, entendido no sentido de respeito pela manutenção do equilíbrio das prestações contratuais.

À semelhança da lei alemã, o nosso regime jurídico das cláusulas contratuais gerais opera uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro) e cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), constituindo as primeiras "listas negras" exemplificativas de estipulações contratuais que, por afrontarem normas legais imperativas vigentes na nossa ordem jurídica, se consideram sempre desconformes aos ditames da boa-fé, enquanto as segundas compõem "listas cinzentas" de condições gerais, também meramente enunciativas, que, em função de uma valoração do "quadro negocial padronizado", podem ou não abalar o equilíbrio de interesses em confronto, em detrimento da contraparte do predisponente.

Todas as proibições (absolutas e relativas) previstas emanam da "disposição comum" do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a qual vale *per se* e é passível de aplicação direta e imediata, não só em relação a cláusulas omissas dos catálogos, como também a cláusulas proibidas apenas nas relações com os consumidores finais, quando convencionadas em contratos de adesão cujos outorgantes não respeitem o âmbito pessoal de aplicação das disposições dos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e, ainda, a cláusulas situadas em áreas abrangidas pelas proibições absolutas, que, contudo, não preencham as respetivas previsões.

Por conseguinte, embora a prática jurisprudencial amiúde não o reflita da melhor forma, um órgão jurisdicional, quando conheça da validade de uma cláusula contratual geral, a pedido de um interessado ou oficiosamente (artigos 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e 286.º do Código Civil), não deve quedar-se pelo exercício de subsunção da concreta estipulação constante de contrato singular posta em crise às hipóteses normativas dos catálogos de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, antes devendo aquilatar se, para lá do resultado de tal operação lógica, a cláusula sob escrutínio excede os limites da boa-fé.

A classificação de uma cláusula como relativamente proibida depende de uma valoração da sua proporcionalidade e adequação por referência ao "quadro negocial padronizado" em que o contrato concluído entre as partes se integra, a qual, ressalvado o caso dos contratos individualizados de adesão, previstos no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, se deve abstrair das vicissitudes fáticas que respeitem aos concretos sujeitos do negócio (em especial, à pessoa do aderente) e ao específico

contrato-modelo que os liga, sejam elas concomitantes ou posteriores à conclusão do vínculo jurídico, antes considerando tão-só, segundo um critério eminentemente objetivo, as próprias cláusulas do contrato, encaradas em si e no seu conjunto, e os elementos que normativamente o caracterizam, no seio do todo do regulamento pré-elaborado pelo utilizador de cláusulas contratuais gerais – artigo 16.º, alíneas a) e b), *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Quando o legislador dispõe, sob alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que, consoante o "quadro negocial padronizado", são proibidas, nomeadamente, "as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais *desproporcionadas aos danos a ressarcir*" [itálico nosso], tal previsão não abarca as cláusulas penais exclusivamente compulsória-sancionatórias, visto que, nestas, pela sua própria natureza, inexiste qualquer preocupação de conservar uma relação entre a *pena* e os *danos* efetivamente sofridos pelo lesado, pelo que a estipulação de uma cláusula penal daquela espécie é absolutamente proibida, por violação intolerável do princípio da boa-fé – artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Porque nos contratos de adesão, diversamente do que sucede nos contratos paritários, qualquer acréscimo à indemnização que seria devida, nos termos gerais de direito, «(...) representaria um ganho, já não "processual", de simplificação e economia de gestão, mas uma mais-valia substancial que o predisponente arrecadaria à custa dos que tiveram que aderir aos termos contratuais por si impostos» [Joaquim de Sousa Ribeiro, "Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25 de outubro)", *in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, pp. 52-53] e, bem assim, o elemento gramatical do preceito da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não contem qualquer advérbio de modo que exija uma desproporção *sensível*, deve o intérprete-aplicador bastar-se, para efeitos de declaração de invalidade de cláusula penal unilateralmente predisposta, que, à luz de uma apreciação objetiva e em abstrato, reportada ao momento da elaboração da cláusula, de acordo com o arquétipo negocial em que a mesma se insere e tendo em consideração o ramo ou setor de atividade do predisponente, se considere previsível a imposição de um desequilíbrio material na repartição de posições jurídicas ativas e passivas entre os sujeitos do contrato de

adesão, com prejuízo para o aderente, por implicar o pagamento de uma pena superior aos danos tipicamente a reparar (e não ao prejuízo efetivo), não sendo a mesma passível de redução equitativa, nos termos do artigo 812.º do Código Civil.

Como tal, se num contrato de locação financeira predisposto por instituição de crédito ou sociedade de locação financeira (locador) se estipular que, em caso de resolução do contrato fundada em incumprimento do locatário, este deverá pagar um montante igual à totalidade ou parte das rendas vincendas e, ainda, o valor residual, não pode deixar-se de sufragar a invalidade desta cláusula penal, uma vez que significa, para o contraente mais débil, o ressarcimento de um dano inexistente (rendas que se venceriam até ao final do contrato, as quais representariam a contraprestação devida caso se mantivesse o gozo temporário da coisa locada) e, inclusive, na prática, obriga o mesmo a adquirir o bem locado, pagando o preço convencionado para a sua compra no final do contrato, como se este subsistisse, desvirtuando a natureza jurídica do direito de opção.

De igual modo, sob pena de tudo se passar, apenas em relação ao aderente, como se este oferecesse o cumprimento integral do contrato, de acordo com a valoração subjacente à regra contida no n.º 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), é desconforme ao princípio da boa-fé a estipulação de cláusula penal que, em caso de denúncia de contrato pelo assinante antes de completado o período mínimo de permanência (por sua vez, regulado pelos n.ºs 5, 6 e 8 do mesmo artigo e diploma), confira ao prestador de serviços o direito a uma indemnização correspondente à totalidade das prestações vincendas.

Ainda de harmonia com o disposto pelos n.ºs 12 e 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, também é de julgar que impõe consequências patrimoniais injustificadas e, portanto, é ofensiva da bitola do equilíbrio material das partes uma pena convencional que exceda a medida do valor das específicas vantagens comerciais ou benefícios económicos oferecidos ao aderente (e.g. custos de investimento com infraestruturas, fornecimento de equipamentos) e que a entidade prestadora tinha a legítima expectativa de amortizar, para além dos custos e encargos já recuperados, na parcela do período de fidelização que não se completou por via da denúncia do contrato pelo assinante.

Revelando-se a pena desproporcionada aos danos a ressarcir, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25

de outubro, deve o aplicador do Direito considerar que a cláusula contratual geral que a prevê, à luz do quadro negocial padronizado, é proibida e, como tal, nula, podendo o aderente – e só o aderente (diversamente do que prevê o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro para as cláusulas excluídas) – optar, neste caso, pela manutenção do contrato singular, expurgado da cláusula inválida (recorrendo-se ao instituto da redução do negócio jurídico, salvo se se mostrar que este não teria sido concluído sem a parte viciada – cf. artigo 292.º do Código Civil *ex vi* artigo 14.º, *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis (por apelo, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos – cfr. artigo 239.º do Código Civil), desde que o exercício de tal faculdade não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé (artigos 13.º, n.º 2 e 14.º, 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, foi aditada mais uma previsão ao rol de cláusulas absolutamente proibidas aplicáveis, em exclusivo, às relações com os consumidores finais, pelo que passam a ser proibidas, sem possibilidade de valoração à luz do quadro negocial padronizado, "as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15" – artigo 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Não se duvidando, em algum momento, da bondade da intenção do legislador, bem refletida nas Exposições de Motivos dos Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.ª (PEV) e 532/XIV/2.ª (BE) que estiveram na origem da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, afigura-se-nos incontornável que a técnica legislativa adotada para o preceito ora sob escrutínio se revela manifestamente desajustada, por subverter a coerência que, até a esta data, iluminava a autonomização dos sistemas legais de inclusão (controlo procedimental) e de aferição de validade (controlo material) das cláusulas contratuais gerais em contratos de adesão.

Como é bom de ver, os requisitos formais do aspeto gráfico do clausulado contratual concorrem para o efetivo conhecimento (e, no limite, para uma verdadeira aceitação) do regulamento predisposto a que a contraparte do utilizador de condições gerais se limita a aderir, não influindo no teor das estipulações nele contidas, logo, todo o sentido faria para nós, em nome da manutenção da coerência e harmonia intra-sistemática, o

aditamento de um n.º 2 ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a seguinte redação: "Para os efeitos da alínea c) do número anterior, considera-se que passam despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real, as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15".

Sem prejuízo, o titular do poder jurisdicional deve continuar a contribuir, na medida do possível, para a preservação da máxima "um regime, dois sistemas" de controlo (formal-procedimental e material) que está na génese do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que, diante de um caso em que, e.g., segundo a sua apreciação crítica e racional do julgador, por força do tamanho da letra 8, uma cláusula não é passível de efetivo conhecimento do seu conteúdo pelo aderente (ainda que este adote uma postura pró-ativa a fim de se inteirar do teor da mesma estipulação contratual), deverá (continuar a) considerar a cláusula excluída do contrato singular, por apresentar um aspeto gráfico que não propicia a sua apreensão pelo destinatário ("cláusula-surpresa" ou *überraschende Klausel*) – artigo 8.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Ainda assim, de molde a evitar que a previsão da nova alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro fique esvaziada de conteúdo útil e respeitando a sua essência, propomos que a mesma seja interpretada pelo aplicador do Direito como imposição legal de verificação de dois parâmetros atinentes à apresentação gráfica, em que o incumprimento dos *standards* mínimos nela consagrados impõe, em caso de dúvida, a conclusão de que o aderente não representou o teor da cláusula em questão.

Embora confiemos que os titulares do poder jurisdicional não virão a dar guarida a semelhante alegação das entidades predisponentes, sinalizámos um potencial efeito pernicioso – e mesmo contraproducente – que o aditamento da nova alínea i) ao artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pode vir a produzir, visto que a opção legislativa de fixação de padrões mínimos a observar quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas pode favorecer a possibilidade de os predisponentes aduzirem, a seu favor, que, ao terem cumprido aqueles *standards* legalmente estatuídos, qualquer apreciação judicial no sentido de que, ainda assim, não foi assegurado o efetivo conhecimento da cláusula contratual pelo aderente, concretamente por conta do diminuto tamanho da letra ou do insuficiente espaçamento entre linhas, fica automaticamente prejudicada.

No artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, estabelece-se a regulamentação do diploma pelo Governo, no prazo de 60 dias (já largamente ultrapassado), que deve incluir, nos termos do n.º 2 do referido artigo 3.º, "a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades".

Sempre com o devido respeito, parece-nos que também aqui a Assembleia da República não andou bem, pois acabou por determinar a criação de um mecanismo de fiscalização da utilização futura de cláusulas julgadas proibidas por outras entidades que não a predisponente que foi parte no pleito, sem, contudo, prever, no lugar próprio, a eficácia *erga omnes* da decisão emitida pelo órgão jurisdicional que resolveu o litígio *inter partes*.

Até à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por força do disposto nos seus artigos 34.º e 35.º, vigorava, exclusivamente, um sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas declaradas nulas pelos tribunais, o qual se encontra disponível em http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase.

O estado do sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas espelha, com propriedade, a necessidade de dotar a Direção-Geral de Política de Justiça dos necessários recursos humanos e materiais para prosseguir o seu desígnio como legalmente determinado, o que, na nossa humilde opinião, passa, inelutavelmente, pela modernização da plataforma de alojamento das bases de dados jurídico-documentais geridas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P. (IGFEJ, I.P.), a qual deve ser acompanhada da materialização de um procedimento ágil e expedito para aprovação prévia de condições gerais predispostas em modelos de contratos ainda não utilizados.

Por outro lado, na sequência da transposição da Diretiva 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, a ter lugar a breve trecho, será introduzido, na ordem jurídica nacional, um regime sancionatório que deverá garantir a possibilidade de aplicação de coimas aos profissionais que utilizam cláusulas contratuais expressamente definidas como abusivas, em todas as circunstâncias, em contratos singulares, bem como quando aqueles utilizam uma cláusula contratual que tenha sido declarada proibida, porque abusiva, por uma decisão definitiva, proferida no âmbito de uma ação inibitória – artigo 8.º-B da Diretiva 93/13/CEE.

As Contas de Serviços Mínimos Bancários*

Cláudia M. Alves**

Siglas e abreviaturas

AA.VV. – Autores vários
Ac. – Acórdão
Al(s) – Alínea(s)
Art(s). – Artigo(s)
ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões
BdP – Banco de Portugal
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CC – Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro)
CCom – Código Comercial (Carta de Lei de 28 de junho de 1888, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto)
CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
Cfr. – Confira, confronte
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRP – Constituição da República Portuguesa (com a redação que lhe foi conferida pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto)
CT – Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 18/2021, de 8 de abril)
DL – Decreto-Lei
DO – Depósito à ordem
E.g. – *Exempli gratia*, por exemplo
Ed. – Edição
Eds. – Editores
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

* A versão original deste artigo foi apresentada para avaliação, no âmbito do XXI Curso de Pós-Graduação em Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros do Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que decorreu no ano letivo 2020-2021.

** Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Técnica Superior do Departamento de Emissão e Tesouraria do Banco de Portugal (Filial do Porto).

I.e. – Isto é
IBAN – *International Bank Account Number* (Número Internacional de Conta Bancária)
IC – Instituição(ões) de Crédito
ISS, I.P. – Instituto da Segurança Social, I.P.
P./pp. – Página, páginas
PCB – Portal do Cliente Bancário
PNFF – Plano Nacional de Formação Financeira
Proc. – Processo
RGCICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 298/92, de 31 de dezembro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto)
RJCCG – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio)
RSMB – Regime dos Serviços Mínimos Bancários (DL n.º 27-C/2000, de 10 de março, com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 56/2021, de 30 de junho)
SMB – Serviços Mínimos Bancários
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
Ss. – Seguintes
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
UE – União Europeia
Vol. – Volume

1. A prestação universal de serviços de pagamento como "serviço de interesse económico geral"

1.1. A essencialidade dos serviços financeiros

A figura dos SMB foi criada com o objetivo de que todos os cidadãos tivessem acesso a um conjunto de serviços que, apesar de não integrarem o elenco taxativo de serviços públicos essenciais constante no art. 1.º, n.º 2 da Lei 23/96, de 26 de julho, são reconhecidos, nas modernas sociedades, como serviços económicos fundamentais à participação social dos cidadãos[1].

[1] Neste sentido, entre nós, Rodrigo Gouveia, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, FDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 123-125, para quem os SMB representam "um passo importante para a (...) consolidação da ideia de que certos serviços essenciais prestados pelas instituições de crédito são, de facto, serviços de interesse geral".

Tanto assim que, desde o final do século passado, foram – e continuam a ser – diversas as circunstâncias em que se passou a solicitar a um cidadão que indique uma conta de DO. Na verdade, a titularidade de uma conta de DO revela-se necessária para o recebimento de salários (sem prejuízo da possibilidade de recebimento por vale postal ou cheque – art. 276.º, n.º 2 do CT –, que têm, nos dias de hoje, aplicação residual), pensões ou subsídios sociais[2], mas também para o pagamento do preço devido pela prestação contínua dos serviços básicos de energia elétrica, gás natural, água e comunicações eletrónicas, em relação aos quais é amplamente incentivada (por meio de oferta de descontos promocionais) a autorização de débito direto em conta bancária titulada pelo utente.

Neste seguimento, é inelutável concluir que o acesso universal a serviços bancários básicos não só se assume como condição indispensável para o desenvolvimento do mercado transfronteiriço da UE em que nos inserimos, como inclusive constitui fator preponderante para o aprofundamento de uma economia socialmente inclusiva, em que nenhum cidadão europeu, por força da sua situação económica (eventualmente precária a ponto de se tornar fator impeditivo para fazer face aos encargos com a manutenção de uma conta de DO, sujeita ao preçário praticado, em cada momento, pela IC), da sua nacionalidade ou local de residência ou qualquer outro fator de discriminação (direta ou indireta), se veja impedido de, por esta via, contribuir ativamente para a construção do mercado interno comum e dele retirar todas as vantagens inerentes[3].

De entre os fatores geradores de situação de desvantagem e, até, de discriminação no acesso a serviços bancários, destacamos a iliteracia financeira, que, pela sua significativa expressão entre nós, merece tratamento autónomo, o que faremos de seguida.

---

[2] No contexto da pandemia da doença COVID-19, conforme comunicação disponível em https://www.seg-social.pt/noticias/-/asset_publisher/kBZtOMZgstp3/content/apoios--excecionais-registo-do-iban/, o ISS, I.P. enviou *e-mails* informativos aos beneficiários dos apoios sociais excecionais, alertando para a necessidade de aqueles registarem o seu IBAN na plataforma "Segurança Social Direta", visto que os referidos apoios seriam pagos, exclusivamente, por transferência bancária.

[3] Laura Gómez Urquijo, "El acceso a cuentas de pago básicas como elemento de cohesión e integración del mercado interior europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 32 (2014), pp. 1-19; Inmaculada Llorente San Segundo, "Exclusión financiera e igualdad de trato en el acceso a servicios bancários", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, n.º 1 (enero-marzo, 2019), Ensayos, pp. 399-443.

1.2. A importância da literacia financeira no acesso a serviços bancários

Em 2010, 2015 e 2020, o BdP realizou inquéritos à literacia financeira da população portuguesa[4], cujos resultados demonstraram o ainda insuficiente nível global de literacia financeira, a necessidade de sensibilizar a população para a importância da poupança e as acentuadas dificuldades de compreensão de determinados conceitos essenciais, comos são os de dívida, poupança, orçamento ou investimento, para avaliação e comparação de produtos e serviços bancários.

A origem do problema da iliteracia financeira radica, muito provavelmente, na omissão dos conceitos acima referidos dos planos curriculares da educação escolar obrigatória. Como tal, em prol da promoção de um incremento no nível de literacia financeira, o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros[5] desenvolveu um Plano Nacional de Formação Financeira[6]. Neste âmbito, foi criada uma plataforma de *e-learning*, dotada de materiais de formação e pedagógicos (entre os quais se incluem documentos em formato vídeo) relativos a temáticas como a gestão do orçamento familiar, o recurso ao crédito, os meios de pagamento, o sistema financeiro, as aplicações de poupança e os direitos e deveres do consumidor. Merecem também particular destaque as ações de formação e espaços de sensibilização junto de diferentes públicos-alvo (crianças, jovens, idosos, cidadãos portadores de deficiência), desenvolvidas, desde 2011, no contexto do PNFF.

---

[4] Relatórios dos Inquéritos à Literacia Financeira da População Portuguesa 2010, 2015 e 2020, disponíveis em https://clientebancario.bportugal.pt/.

[5] Criado em setembro de 2000, por via do DL n.º 228/2000, de 23 de setembro, visa o estreitamento da cooperação entre autoridades de supervisão do sistema financeiro nacional, a criação de canais eficientes de comunicação de informações relevantes e a coordenação da sua atuação, com o objetivo de eliminar, designadamente, conflitos de competência e lacunas de regulamentação. Tem como membros permanentes o Governador do BdP (que preside), o Presidente da CMVM, o Presidente da ASF e o membro do Conselho de Administração do BdP com o pelouro da supervisão.

[6] "O PNFF visa contribuir para elevar o nível de conhecimentos financeiros da população e promover a adoção de comportamentos financeiros adequados, através de uma visão integrada de projetos de formação financeira e pela junção de esforços das partes interessadas, concorrendo para aumentar o bem-estar da população e para a estabilidade do sistema financeiro", *in Plano Nacional de Formação Financeira 2011-2015 – Linhas de Orientação*. As linhas de orientação do PNFF para os períodos 2011-2015 e 2016-2020 podem ser encontradas em https://www.todoscontam.pt/.

Todas as estratégias conducentes à diminuição do analfabetismo financeiro têm subjacente a consciência de que tal vulnerabilidade dos consumidores pode constituir uma séria ameaça ao bem-estar das famílias. Aproximando-nos, já, do caso particular da conta de SMB, seja por eventual informação errónea prestada pelas IC (e.g. suposto limite mínimo do depósito inicial para abertura de conta, débito de anuidades pela disponibilização de cartão de débito, débito de comissões de manutenção quando a conta não mantém um determinado saldo médio mensal), seja mesmo por omissão de informação quanto à existência do sistema de acesso a SMB[7], existe o risco de os clientes bancários formarem convicção no sentido de que lhes é legitimamente vedado o acesso a serviços e produtos bancários.

Em face do que imediatamente antecede, torna-se fulcral que os consumidores compreendam conceitos financeiros básicos e conheçam o conjunto de produtos e serviços bancários disponibilizados no mercado, incluindo os SMB. Só desta forma se conseguirá promover não só um acesso generalizado ao mercado bancário, como fomentar uma melhor escolha e adequação à situação financeira de cada cliente.

1.2.1. Em especial, a assimetria informativa e o recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais nos contratos bancários

Como vimos, a literacia financeira constitui um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento harmonioso e sustentado da sociedade moderna atual, constituindo um pressuposto indispensável à conversão de atitudes e comportamentos financeiros inadequados praticados pelos cidadãos, independentemente da sua idade, profissão ou estatuto social. Cidadãos mais

---

[7] Como assevera Maria Emília Teixeira, "Direito de igualdade no acesso e na manutenção no sistema bancário", *in El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: Homenaje a la Profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro*, María de la Paz Pando Ballesteros, Pedro Garrido Rodríguez e Alicia Muñoz Ramírez (eds.), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, febrero 2018, pp. 1913-1918: "a razão real pela qual as instituições bancárias optam por proceder a uma divulgação discreta de certos serviços pode provir da sua conveniência na não adesão em massa a esses serviços, pois poderia ocasionar um impacto negativo nos lucros da sua atividade. A verdade é que, quando assim é, a instituição bancária, obrigada a proceder a essa divulgação, fá-lo de forma comedida e circunspecta. Divulga, mas não publicita. Sem grande exuberância ou prolixidade."

informados financeiramente tomam decisões mais conscientes, procuram a segurança no futuro, através da constituição de poupanças, e correm menos riscos com a contratação de financiamentos que não estão preparados para amortizar com pagamento de juros, muitas vezes elevados.

Com efeito, para além das situações de verdadeira inacessibilidade a uma conta de DO e a serviços financeiros essenciais, geradoras de exclusão social que incide, particularmente, sobre estratos populacionais mais vulneráveis[8], o mercado bancário caracteriza-se pela assimetria de informação entre cliente e IC, à qual não é alheio o recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais na pré-elaboração dos contratos. A contratualização de produtos ou serviços bancários ocorre sem que haja lugar a negociação singular das cláusulas do programa negocial e nem sempre é assegurado o adequado conhecimento daquelas pelo cliente.

Mais concretizadamente, todos os contratos bancários – contrato de abertura de conta e todos os demais que derivam daquele contrato que, segundo a conceção tradicional, estabelece a relação jurídica bancária – obedecem à mesma construção, i.e., assentam num modelo padronizado – o chamado contrato de adesão – composto nomeadamente de cláusulas contratuais gerais, predispostas unilateralmente pela IC ou sociedade financeira, para uma pluralidade de sujeitos indeterminados (generalidade) – sem prejuízo da sua adaptação às características do concreto aderente nos contratos individualizados (aos quais também se aplica o RJCCG – art. 1.º, n.º 2) –, que não dispõem de margem de negociação daquelas cláusulas, limitando-se a aceitar ou a rejeitar o programa contratual que lhes é apresentado (rigidez).

Como bem se compreende, no atual contexto de massificação do comércio jurídico, seria inexequível que as IC negociassem cada contrato e, até, cada cláusula individualmente considerada, com cada membro do seu universo de clientes. Se isto é verdade, não menos certo é que a circunstância de o cliente bancário se limitar a aderir a um clausulado predisposto e, portanto, não negociado, importa inevitavelmente um desequilíbrio material entre as partes, colocando o consumidor em posição de vulnerabilidade.

Por via disso, o DL n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, estabelece um conjunto de deveres, particularmente exigentes, que impendem sobre a entidade predisponente

---

[8] A este respeito, veja-se a Recomendação da Comissão Europeia de 18 de julho de 2011, relativa ao acesso a uma conta bancária de base.

e dos quais depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares. Assim, sob pena de se considerarem excluídas (ou, mais rigorosamente, não incluídas) no contrato singular – art. 8.º, als. a) e b) do RJCCG –, as cláusulas contratuais gerais têm de ser integralmente comunicadas ao aderente, de modo adequado e com antecedência necessária a assegurar o seu conhecimento completo e efetivo – art. 5.º (dever de comunicação) – e, bem assim, elucidadas em todos os aspetos carecidos de esclarecimento, por iniciativa do contratante mais forte (e.g. explicar, com recurso a uma linguagem acessível, em que consiste a "renúncia ao benefício da excussão prévia"[9]), ou a pedido do outorgante mais frágil – art. 6.º (dever de informação) –, a que acresce, claro, a sua conexão com o contrato, de que também depende, em primeira linha, a sua efetiva e autêntica aceitação – art. 4.º do RJCCG.

As exigências procedimentais que se acaba de destacar têm por base o critério do aderente que "use de comum diligência" – art. 5.º n.º 2 do RJCCG[10] –, porém, a intensidade e grau de exigência no cumprimento de tais deveres deve, naturalmente, variar em função da relevância do contrato e da extensão e complexidade das cláusulas (sendo tanto maior em relação às principais cláusulas que se revelem desfavoráveis ao aderente) e do nível

---

[9] A este propósito, *vide* Ac. do STJ de 13.09.2016, proferido no Proc. n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, disponível em http://www.dgsi.pt/, cujo ponto VII do sumário dispõe nos seguintes termos: "VII – Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à «renúncia ao benefício da excussão prévia» e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível."

[10] Como refere Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª Ed., Almedina, 2001, pp. 61 e 234-235, na esteira da jurisprudência do TJUE, o critério do aderente que "use de comum diligência" remete-nos para o "consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz". Criticando o apelo ao "consumidor médio", Jorge Pegado Liz, "A 'lealdade' no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise critica da Directiva 2005/29/CE)", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, considera que tal critério "(...) é uma utopia, ninguém é 'médio' e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de proteção dos consumidores numa ficção".

de instrução do aderente. Acresce que, tais exigências não significam que o aderente fique, desta forma, legitimado a adotar uma postura essencialmente passiva, demitindo-se de se inteirar do clausulado contratual e de diligenciar pela obtenção de todos os esclarecimentos razoáveis. Não obstante, dúvidas não temos que, em matéria de distribuição do ónus da prova, compete ao predisponente a demonstração de que observou os deveres de comunicação e de informação a que se encontra adstrito – art. 5.º, n.º 3 do RJCCG[11].

Ainda na mesma perspetiva de assegurar a apropriada formação da vontade do aderente, impõe o legislador um conjunto de pressupostos formais que se reconduzem às exigências de legibilidade, inteligibilidade, contextualidade e vinculatividade. As três primeiras encontram respaldo expresso na al. c) do art. 8.º do RJCCG, enquanto a quarta está plasmada na al. d) do mesmo artigo e diploma. Com efeito, também se consideram não incluídas no contrato singular as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real, assim como as cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes.

Pela sua atualidade, não podemos deixar de fazer referência à adoção da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que procede à quarta alteração do RJCCG, estabelecendo limitações à apresentação gráfica das cláusulas contratuais e prevendo a criação de um sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas.

Analisando mais detalhadamente a referida Lei n.º 32/2021, notamos que, com vista a colocar termo às correntemente denominadas "letras pequeninas"[12], o legislador veio regular, sob art. 2.º, o tamanho de letra

---

[11] Embora o legislador apenas estabeleça expressamente a repartição do ónus de prova em relação ao dever de comunicação, em consonância com a solução que decorre da aplicação do regime geral de distribuição do ónus da prova (art. 342.º, n.º 1 do CC) e por inexistirem motivos que imponham uma dissemelhança com o regime previsto no art. 5.º, n.º 3 do RJCCG, deve entender-se que também competirá ao predisponente a demonstração do cumprimento do dever de informação. No mesmo sentido, na doutrina, José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, pp. 94-95, e na jurisprudência, entre outros, o Ac. do STJ de 28.04.2009, proferido no Proc. n.º 2/09.1YFLSB, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[12] Já com idêntica preocupação, a al. a) do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que "[c]om vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados", determina

(nunca inferior a 11) e o espaçamento entre linhas (nunca inferior a 1,15) mínimos a observar pelas entidades predisponentes de cláusulas contratuais gerais. Se não duvidamos do mérito das intenções que presidiram a esta alteração legislativa, entendemos, contudo, que a técnica adotada para o efeito não foi a mais acertada.

Considerando que a al. c) do art. 8.º do RJCCG já considera excluídas do contrato singular "as cláusulas que (...) pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real", mal se compreende a opção legislativa de aditar uma cláusula absolutamente proibida (sob al. i)) ao elenco previsto no art. 21.º do RJCCG. Tal significa, afinal, que uma cláusula redigida em desrespeito das exigências formais ora previstas se tenha por incluída nos contratos singulares, ainda que se considere a mesma proibida em geral e, por conseguinte, nula em relação a cada um dos contratos celebrados pelos consumidores (art. 12.º do RJCCG)[13].

Em alternativa e de forma mais coerente, parece-nos que afigurar-se-ia mais adequado o aditamento de um n.º 2 ao art. 8.º, no qual se concretizassem as exigências mínimas de apresentação gráfica das cláusulas a observar pelos predisponentes. Indo mais longe na nossa análise crítica, tememos até que a fixação, em termos rígidos, das exigências mínimas a observar quanto a dois parâmetros atinentes à apresentação gráfica de todas as cláusulas contratuais gerais (independentemente da forma da sua comunicação ao público – art. 2.º do RJCCG) possa legitimar a conclusão de que, com a

---

que "o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à redação clara e precisa, *em caracteres facilmente legíveis*, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares" [itálico nosso].

[13] Exaltando – e bem – que as alterações introduzidas pelo art. 2.º da Lei n.º 32/2021 vieram quebrar a coerência normativa do RJCCG, assente em "duas grandes vertentes de defesa da posição do aderente [que operam autonomamente]: (i) uma que *visa inteirar o aderente do teor das cláusulas*, disciplinando dos *meios e condições de transmissão destas*, implicando o respetivo incumprimento que as mesmas sejam *excluídas* dos contratos singulares; e (ii) outra que visa *prevenir a utilização abusiva das cláusulas* pelo predisponente, estabelecendo *limites materiais do conteúdo destas*, implicando o respetivo incumprimento que tais cláusulas sejam *nulas* e que seja *judicialmente inibida* a sua utilização futura noutros contratos", Luís Poças, "Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro", *Revista de Direito Comercial*, pp. 897-927, em especial pp. 910-911, disponível em https://www.revistadedireitocomercial.com/os-novos-requisitos-formais-das-clausulas-contratuais-gerais.

observância das mesmas, se entenda por assegurado o efetivo conhecimento das cláusulas pelo aderente.

1.3. Os Serviços Mínimos Bancários

1.3.1. A sua origem. O DL n.º 27-C/2000, de 10 de março, que cria o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários

Retomando algumas das ideias-força que acima exaltámos acerca da essencialidade dos serviços financeiros ao nível económico e social, já no crepúsculo do século passado, o legislador nacional, inspirado na experiência de direito comparado, mormente do Direito francês, reconheceu a necessidade de enfrentar algumas distorções impostas pelas regras de mercado vigentes no setor, as quais inviabilizavam o acesso de algumas pessoas singulares a serviços financeiros e bancários básicos, nomeadamente a titularidade de conta bancária à ordem e de cartão de débito para realização de movimentos através de caixas automático e terminais de pagamento automático (TPA).

Consciente, já àquela data, do risco de exclusão ou estigmatização social associado à imposição de entraves ao acesso àqueles serviços bancários básicos, com impacto negativo, também, na dinâmica da organização económica e social das famílias e na gestão orçamental do agregado, o legislador português, através do DL n.º 27-C/2000, de 10 de março, instituiu um sistema de acesso, pelas pessoas singulares, aos denominados "serviços mínimos bancários". Os SMB correspondiam, então, à titularidade e utilização de conta de DO e sua movimentação a débito (e a crédito), fornecendo a IC ao cliente, para o efeito, um cartão de débito, apto também à transferência ou recuperação eletrónica dos fundos depositados, bem como instrumentos, manuais ou mecanográficos, de depósito, levantamento e transferência interbancária desses fundos e a emissão de extratos semestrais discriminativos dos movimentos da conta (salvo se a conta fosse servida de caderneta que permitisse o registo atualizado desses movimentos) – arts. 1.º, n.º 2, als. a) e d), e 2.º, n.ºs 1 e 2 do RSMB, na sua versão primitiva.

A par da insuficiência que já alguns apontavam ao elenco de SMB, o principal óbice ao sucesso desta iniciativa prendia-se com o caráter voluntário da adesão ao sistema de SMB pelas IC, dependente da subscrição

de Protocolo, cujas Bases constavam de Anexo ao referido DL e dele eram parte integrante.

Em termos, nalguma medida, próximos, também em França, antes da instituição de um "serviço bancário de base" no final do último milénio, vigorou a lei bancária de 1984, cujo art. 58.º estabelecia que, quem visse recusada a pretensão de abertura de conta bancária junto de duas IC (que gozavam, assim, de plena discricionariedade na sua decisão de contratar), podia solicitar a intervenção do Banco de França, com vista à designação, por este, de uma instituição financeira legalmente habilitada que, em obediência a determinação do banco central gaulês, teria de aceder ao pedido do interessado, gozando, contudo, a instituição da faculdade de limitar o âmbito da conta de base a um "serviço de caixa mínimo".

Ainda de acordo com a mesma lógica de não reconhecimento legal de um direito à conta oponível a toda e qualquer IC, em junho de 1992, a Associação Francesa de Bancos aderiu à "Carta dos Serviços Bancários de Base", gizada pela Comissão Consultiva do Conselho Nacional de Crédito, um instrumento de autorregulação da conduta profissional que os bancos eram invitados a aplicar "com um espírito positivo"[14].

Finalmente, com a publicação, em 14 de dezembro de 2000 (para entrar em vigor em 11 de janeiro de 2001), do "Código Monetário e Financeiro", a consagração em letra de lei do "direito à conta" também não veio acompanhada de uma obrigação de contratar oponível *erga omnes* (i.e., a cada uma das IC), permitindo-se que a IC escolhida pelo consumidor para a fundação de relação bancária pudesse recusar discricionariamente aceder a tal pretensão, caso em que, *a posteriori*, haveria lugar à intervenção do Banco de França com o fito de designar a instituição que devia abrir a solicitada conta.

Neste momento da afirmação do "direito à conta" na lei francesa, o catálogo de serviços bancários de base já contemplava a abertura e manutenção da conta, operações de caixa (ao balcão e por domiciliação de pagamentos e recebimentos de cheques ou transferências bancárias ou postais), o fornecimento de cartões de pagamento de utilização permanente (ou, se este não fizesse parte da oferta da IC, cartão de levantamento de montantes

---

[14] José Simões Patrício, "Serviços Mínimos Bancários", *in Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, em nota de rodapé n.º 15 «O texto da Carta assim como alguns comentários foram em "dossier" de La Revue Banque, n.º 530, set. 1992».

semanais em ATM da própria IC), o fornecimento de dois módulos de cheques por mês ou de meios de pagamento equivalentes, a alteração do endereço do titular, uma vez por ano e, por último, o fornecimento de extrato mensal da conta.

Revertendo à realidade nacional, como já assinalámos acima, os SMB foram concebidos com o objetivo de disponibilizar certos serviços financeiros e bancários considerados de caráter essencial a toda a população (desde que observados os requisitos de acesso, que veremos mais à frente), com o objetivo de eliminar a exclusão social, fenómeno que se faz sentir, com particular incidência, no universo de pessoas economicamente mais carenciadas.

Porém, na versão original do diploma e até à adoção da Lei n.º 66/2015, de 6 de julho, a disponibilização de SMB dependia da adesão ao sistema de acesso pelas IC, mediante a celebração de um protocolo com o membro do Governo responsável pela área da defesa do consumidor e o BdP (arts. 1.º, n.ºs 1 e 7.º e Bases de Protocolo Anexas ao RSMB, na sua versão primitiva). Só com a entrada em vigor da Lei n.º 66/2015, decorridos 90 dias após a sua publicação (art. 8.º), é que o RSMB se torna obrigatório para todas as IC que prestem ao público os serviços incluídos nos SMB, isto é, bancos, caixas económicas, caixa central e caixas de crédito agrícola mútuo.

Os SMB eram, então, disponibilizados à pessoa singular com quem as IC aderentes celebrassem contratos de depósito, nos termos do RSMB, desde que a pessoa singular que quisesse abrir uma conta de SMB não fosse titular de nenhuma outra conta de DO, seja na IC onde requeria a abertura de conta, seja em qualquer outra IC (arts. 1.º, n.ºs 1, 2, als. a) e e) e 3, e 4.º, n.º 1, todos do RSMB, na sua versão originária).

Assumindo-se, desde o início, o desiderato de assegurar a disponibilidade das contas de SMB ao maior número possível de consumidores, inclusive os mais vulneráveis, sem conta bancária, às IC aderentes estava vedada a cobrança de custos, taxas, encargos ou despesas que, anualmente, e no seu conjunto, representassem valor superior ao equivalente a 1% do ordenado mínimo nacional – art. 3.º, n.º 1 do RMSB na sua versão original.

Posto isto, e em síntese de tudo quanto se foi assinalando, enaltecendo o mérito inquestionável da iniciativa do legislador luso, resulta evidente que, já em 2000 e, por maioria de razão, nos tempos que se sucederam, havia necessidade de assumir uma postura mais ambiciosa e, por essa via, superar importantes limitações à prossecução, em pleno, do objetivo de participação

generalizada no mercado bancário de retalho. Para além da exiguidade do catálogo de SMB face à evolução das exigências do quotidiano e dos avanços tecnológicos no domínio dos serviços e instrumentos de pagamento, o caráter facultativo da adesão das IC ao RSMB, a não consagração da faculdade de conversão das contas já abertas em IC legalmente autorizadas a operar no sistema bancário em contas de SMB e a impossibilidade de uso do cartão de débito para realização de operações quando os sistemas de pagamentos não estão a funcionar em tempo real (e.g. pagamento de taxas de portagem, alguns pagamentos efetuados no estrangeiro) constituíam sérios óbices à abertura de conta de SMB por um universo suficientemente expressivo de consumidores (como é, aliás, revelado pelos dados estatísticos oficiais que explanamos *infra*, sob ponto 1.7.).

1.3.2. As alterações ao regime de acesso aos SMB: breves considerações

O regime dos SMB, que entrou em vigor em 2000, foi sofrendo significativas alterações, sempre com o propósito de ajustar o sistema à evolução e às exigências de cada momento.

A primeira alteração teve lugar em finais de 2011, através da Lei n.º 19/2011, de 20 de maio. Esta modificação ao texto do diploma do RSMB veio ampliar o rol de SMB, passando a contemplar a movimentação da conta por via de serviço de *homebanking* e a incluir operações de débito direto, prevendo, ademais, a disponibilização ao cliente de extratos com periodicidade trimestral (art. 1.º, n.º 2, al. a) do RSMB, alterado pela Lei n.º 19/2011). Consagrou, ainda, a possibilidade de conversão de contas de DO já existentes em contas de SMB, ressalvando que tal conversão e a transferência do respetivo saldo não pode ter custos para o cliente, a quem a IC se deve também eximir de exigir quaisquer outros documentos, impressos ou comprovativos adicionais aos que são necessários para abertura de uma conta de depósito normal (art. 4.º, n.ºs 4, 5 e 8 do RSMB, alterado pela Lei n.º 19/2011). Por último, e com particular interesse, a Lei n.º 19/2011 estabeleceu obrigações de divulgação destas contas por parte das IC e do ISS, I.P. (neste último caso, mediante informação constante, de forma clara e percetível, na primeira comunicação de cada ano dirigida aos titulares de prestações sociais) – arts. 7.º-A e 7.º-B do RSMB, alterado pela Lei n.º 19/2011.

Já em 2012, por intermédio do DL n.º 225/2012, de 17 de outubro, procedeu-se à publicação de novas Bases do protocolo de adesão ao regime de SMB e operou-se a atribuição de poderes sancionatórios ao BdP (art. 7.º-D do RSMB, alterado pelo DL 225/2012). Na sequência destas alterações legislativas, estabeleceu-se a imposição do anúncio à conta de SMB no primeiro extrato de conta de cada ano civil (Base XI, n.º 2, al. b) das "Bases do protocolo") e, sob art. 4.º-D, determinou-se que as IC aderentes não podiam oferecer, explícita ou implicitamente, quaisquer facilidades de descoberto (art. 1.º, al. h) do RSMB) associadas às contas de SMB, nem permitir a ultrapassagem de crédito (art. 1.º, al. i) do RSMB) nas mesmas contas.

Considerando que a prestação de SMB se assume como um contributo muito importante das IC para a promoção da inclusão financeira, em 10 de março de 2014, através da Carta Circular n.º 24/2014/DSC[15], o BdP transmitiu à generalidade das IC com atividade relevante no setor de produtos bancários de retalho que era seu entendimento que a disponibilização de SMB por aquelas instituições devia ser generalizada, pelo que deviam as mesmas aderir ao sistema de acesso instituído pelo DL n.º 27-C/2000.

Neste encalço, é, finalmente, com a terceira alteração ao RSMB, operada pela Lei n.º 66/2015, de 6 de julho, que se transita de um regime de adesão voluntária para um sistema de disponibilização obrigatória de SMB por todas as IC que disponibilizem ao público os serviços que integram as contas bancárias de base (*basic bank accounts*). No caminho de uma mais justa implementação dos SMB junto da generalidade da população, foi, então, revogado o art. 7.º do DL n.º 27-C/2000, incluindo o respetivo anexo, que, recorde-se, instituía o regime de adesão voluntária pelas IC, e passou a permitir-se que as pessoas com mais de 65 anos ou com um grau de invalidez permanente igual ou superior a 60% possam ser titulares de uma conta de SMB em conjunto com pessoas singulares que detenham outras contas de DO (art. 4.º-B, n.ºs 3 e 4 do RSMB, alterado pela Lei n.º 66/2015). Ainda no mesmo sentido e a fim de evitar a criação e cobrança abusiva de comissões bancárias pelas IC, o art. 7.º da Lei n.º 66/2015 veio afirmar a subordinação das comissões[16] (e despesas) ao princípio da bilateralidade,

---

[15] Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/24-2014-dsc.pdf.

[16] O Aviso n.º 8/2009 do BdP, no seu art. 2.º al. a), define as comissões como as "prestações pecuniárias exigíveis aos clientes pelas instituições de crédito como retribuição por serviços por elas prestados, ou subcontratados a terceiros, no âmbito da sua atividade".

determinando que as mesmas têm obrigatoriamente que corresponder a um serviço efetivamente prestado[17].

Por sua vez, a quarta alteração ao RSMB, operada pelo DL n.º 107/2017, de 30 de agosto veio estabelecer as regras relativas à mudança de contas de pagamento, à comparabilidade das respetivas comissões, bem como ao acesso a contas de pagamento com características básicas, transpondo a Diretiva 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014 (doravante "Diretiva"), para a ordem jurídica nacional.

Prosseguindo o intento de proporcionar maior transparência e comparabilidade das comissões cobradas pelos prestadores de serviços de pagamento, o DL n.º 107/2017 passou a obrigar as instituições bancárias a disponibilizar gratuitamente ao consumidor, até 31 de janeiro de cada ano, um extrato anual com todas as comissões cobradas pelos serviços associados a uma conta de pagamentos (art. 10.º do DL n.º 107/2017) e, bem assim, veio instituir a criação e disponibilização em sítio da internet[18], sob gestão do BdP, de um comparador das comissões cobradas por aqueles prestadores, nomeadamente as constantes da lista de serviços mais representativos a nível nacional (art. 11.º do DL n.º 107/2017 e art. 77.º, n.ºs 8 a 11 do RGCICSF). Em relação a ambas as inovações, teleologicamente orientadas no sentido de propiciar ao consumidor a comparação com as condições propostas por outras IC e a adequação da conta de que aquele é titular à sua capacidade económico-financeira, o legislador fez impender sobre os prestadores de serviços de pagamento o ónus probatório da disponibilização da informação sobre as comissões bancárias cobradas (aos clientes e ao BdP, neste último caso, em face do ditame do art. 12.º) – art. 13.º do DL n.º 107/2017.

Acresce que, na senda do breve roteiro que vimos trilhando, o DL n.º 107/2017 veio igualmente atualizar o RSMB. Por um lado, alargou o universo de serviços por ele abarcados, que passa, agora, a incluir, também, as transferências interbancárias, nos termos previstos pela Diretiva. Por

---

[17] Esta previsão normativa foi reforçada com a Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto, que, alterando a redação do art. 7.º da Lei n.º 66/2015, veio determinar, acrescidamente, que as comissões e despesas devem "ser razoáveis e proporcionais aos custos suportados, ficando proibida a cobrança de quaisquer comissões, despesas ou encargos de outra natureza nos casos em que não seja efetivamente prestado um serviço ao abrigo do presente artigo".

[18] Disponível em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/aplicacao/comparador-de-comissoes.

outro lado, modificando a solução normativa até então vigente, passou a proibir a cobrança, ao titular de conta de SMB, de comissões, despesas ou outros encargos que, anualmente e no seu conjunto, representem um valor superior a 1 % do valor do indexante dos apoios sociais – art. 3.º, n.º 1 do RSMB, alterado pelo DL n.º 107/2017. Uma derradeira nota, neste ponto, para a consagração da obrigatoriedade de adesão das IC a, pelo menos, duas entidades autorizadas a realizar arbitragens, o que se traduziu no reconhecimento de um direito potestativo aos consumidores (ou, pelo menos, a algum deles) de recurso a procedimentos eficazes e adequados de resolução alternativa de litígios de valor igual ou inferior à alçada dos tribunais de 1.ª instância, regulados pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, sem prejuízo do direito de acesso aos tribunais estaduais (art. 5.º-A do RSMB, alterado pelo DL n.º 107/2017).

A quinta alteração ao RSMB, concretizada pela Lei n.º 21/2018, de 8 de maio, veio facilitar, ainda mais, o acesso dos clientes às contas bancárias de base, ao prever que a pessoa singular com menos de 65 anos ou que não apresente um grau de invalidez permanente, devidamente comprovado pela entidade competente, igual ou superior a 60 % (i.e. "dependente de terceiros", para efeitos do RSMB), pode continuar a aceder individualmente a conta de SMB, mesmo em caso de contitularidade de conta de SMB com uma pessoa singular com mais de 65 anos ou dependente de terceiros, desde que, obviamente, não seja titular de outras contas de DO (art. 4.º-B, n.º 4 do RSMB, alterado pela Lei n.º 21/2018).

Acompanhando a evolução das necessidades quotidianas dos clientes bancários e tornando ainda mais atrativo o acesso ao sistema de SMB pelos consumidores, a Lei n.º 21/2018 modificou o conjunto de serviços incluídos nas contas de pagamentos com características básicas e a coberto da comissão máxima prevista no art. 3.º, n.º 1 do RSMB, operando um aumento do número máximo de transferências interbancárias (para contas domiciliadas em outras instituições), nacionais e na UE, passíveis de serem realizadas por *homebanking*, em cada ano civil, que passou de 12 para 24 (art. 3.º, n.º 2 do RSMB, alterado pela Lei n.º 21/2018).

E também alterou as regras aplicáveis às ultrapassagens de crédito em contas de SMB, tendo sido clarificado que as IC, nos termos da al. e) do n.º 1 e do n.º 2 do art. 4.º-D do RSMB, podem permitir ultrapassagens de crédito em operações realizadas com o cartão de débito associado à conta de SMB (o que não se confunde com facilidades de descoberto, totalmente

proibidas nos termos da al. d) do n.º 1 do mesmo artigo), nomeadamente quando os sistemas de pagamento não estão a funcionar em tempo real.

Por fim, a Lei n.º 21/2018 veio ainda explicitar que, pelo facto de o cliente ser titular de uma conta de SMB, as IC não podem impedi-lo de adquirir outros produtos e serviços bancários (como, por exemplo, convenção de cheque, produtos de crédito) aos custos pelas mesmas praticados e cujos valores máximos estão previstos no preçário – art. 4.º-D, n.º 1, al. f) do RSMB, alterado pela Lei n.º 21/2018.

Mais recentemente, a Lei n.º 44/2020, de 19 de agosto, que introduziu a sexta alteração ao RSMB, norteada pelo mesmo espírito de viabilizar o acesso generalizado aos mais recentes avanços tecnológicos, veio integrar as transferências através de aplicações (*apps*) de pagamento operadas por terceiro (e.g. MB WAY) no conjunto das operações incluídas nos SMB e, por conseguinte, determinar que o limite máximo anual de comissões e encargos a que se encontram sujeitas as contas de SMB engloba, agora, também, 5 transferências, por cada mês, com o limite de 30 euros por operação, realizadas através daquelas aplicações – arts. 1.º, n.º 2, al. a), subalínea iv), e 3.º, n.º 2 do RSMB, alterado pela Lei n.º 44/2020.

A este propósito, afigura-se pertinente dar nota, também, da adoção da Lei n.º 53/2020, de 26 de agosto, que estabeleceu normas de proteção do consumidor de serviços financeiros, procedendo à primeira alteração ao DL n.º 3/2010, de 5 de janeiro (consagra a proibição de cobrança de encargos pela prestação de serviços de pagamento e pela realização de operações em caixas multibanco), e cujas regras entraram em vigor a partir do dia 1 de janeiro de 2021. A Lei n.º 53/2020, ao aditar o art. 3.º-A ao DL n.º 3/2010, veio proibir os prestadores de serviços de pagamentos de procederem à cobrança de comissões aos consumidores ordenantes ou beneficiários de operações em ou através de aplicações de pagamento operadas por terceiros, designadamente de levantamento de fundos, realização de pagamentos de serviços ou de transferências a partir de uma qualquer conta DO (conta base, conta de SMB ou outro tipo de conta criada pela IC, ao abrigo da liberdade contratual) desde que não seja ultrapassado um dos seguintes limites: i) 30 euros por operação; ii) 150 euros transferidos através de aplicação durante o período de um mês; iii) 25 transferências realizadas no período de um mês.

Desta forma, atualmente, por articulação dos regimes jurídicos previstos nas Leis n.ºs 44/2020 e 53/2020, no que tange a operações através de

aplicações de pagamento operadas por terceiros, o titular de conta de SMB pode realizar 5 transferências mensais, com o limite de € 30 por operação, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 3.º do RSMB (com a redação introduzida pela Lei n.º 44/2020), e beneficia ainda, à semelhança de qualquer outro cliente bancário, da proibição de cobrança de comissões estatuída no art. 3.º-A do DL n.º 3/2010, dentro do limite de 25 transferências mensais[19].

Procedendo a uma análise crítica dos regimes instituídos pelas Leis n.ºs 44/2020 e 53/2020, compreende-se – e acompanha-se – a preocupação do legislador em atualizar o elenco de SMB, com vista a abarcar as operações realizadas através das mais recentes plataformas digitais, atento o papel que tais tecnologias assumem, nos dias de hoje, em prol da inclusão financeira. Contudo, no concreto aspeto do comissionamento da utilização de aplicações de pagamento operadas por terceiros, constata-se que, sem justificação bastante, as contas de SMB acabam por ser (ainda) mais vantajosas do que qualquer outra conta DO, ao permitirem a realização de um total de 30 (e não apenas 25) transferências mensais gratuitas ou a custos imperativamente controlados.

Acreditamos que o legislador se precipitou ao prever na Lei n.º 44/2020, somente para as contas de SMB, algo que, mais tarde, iria consagrar para todas as contas de DO, com a adoção da Lei n.º 53/2020, porque, a nosso ver, faria sentido a salvaguarda de um tratamento paritário entre tipos de contas, mas já não um tratamento privilegiado das contas de SMB em desfavor das demais, por ausência de fundamento razoável.

Finalmente, e já no ultimar deste trabalho, veio o DL n.º 56/2021, de 30 de junho introduzir as últimas alterações que o RSMB conheceu até à presente data, reforçando a obrigação de as IC informarem, mediante comunicação em papel ou noutro suporte duradouro e de forma gratuita, a decisão de recusa do pedido de abertura de uma conta de SMB ou de conversão de uma conta de DO em conta de SMB, apresentando naquela os concretos motivos que justificaram a recusa e os mecanismos de reação à disposição do consumidor, nomeadamente a possibilidade de apresentação de reclamação ao BdP e o recurso a meios de resolução alternativa de litígios,

---

[19] Neste sentido, a Carta Circular n.º CC/2021/00000016, emanada do Banco de Portugal, nos seus pontos 1. e 2., acessível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/450742214_3.docx.pdf.

bem como os dados de contacto para esses efeitos – art. 4.º, n.º 7 do RSMB, com a redação introduzida pelo DL n.º 56/2021.

Adicionalmente, por força das alterações introduzidas pelo DL n.º 56/2021, o BdP passa a poder sancionar as IC caso estas, nos dez dias úteis subsequentes à submissão do pedido de abertura de conta de SMB ou de conversão de uma conta de depósito à ordem em conta de SMB, não procedam em conformidade com o solicitado ou, nas situações em que o cliente não cumpra os requisitos legalmente estabelecidos para aceder à conta de SMB, não informem o mesmo da recusa do pedido em causa (art. 7.º-D, n.º 2, al. b) do RSMB, alterado pelo DL n.º 56/2021).

1.3.3. Condições de acesso, fundamentos legítimos de recusa e deveres complementares das IC e fundamentos de resolução do contrato de abertura de conta de SMB

Concluída a explanação acerca das sucessivas alterações que o RSMB conheceu ao longo dos últimos 20 anos, importa, agora, à luz do regime vigente, compreender, afinal, quais os requisitos de que o legislador faz depender o acesso ao sistema regulado pelo DL n.º 27-C/2000, assim como *se* e *em que circunstâncias* pode a IC recusar a abertura de conta de SMB ou resolver o contrato, já celebrado e em execução, de conta de DO de SMB.

Ora, nos termos do art. 2.º, n.º 1 do RSMB, "[o]s interessados podem aceder aos SMB previstos na alínea a) do n.º 2 do artigo anterior, através da abertura de uma conta de SMB em IC à sua escolha ou, nos casos em que já sejam titulares de uma conta de DO em IC, da conversão dessa conta em conta de SMB, nos termos e condições previstos no presente diploma". A partir desta norma, logo conseguimos alcançar o âmbito subjetivo de aplicação desde diploma – aplicável aos "interessados" e às IC –, nada se adiantando, contudo, quanto aos fundamentos legítimos de recusa de abertura de conta de SMB.

Se a noção de "instituição de crédito" não sugere particulares dúvidas nem encerra novidade de maior, em virtude da sua utilização numa vasta panóplia de normativos de Direito Bancário, a começar pelo RGICSF (art. 2.º-A, al. w)), a ela se reconduzindo as empresas previstas nas als. a) a c) do art. 3.º do RGICSF cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria

mediante a concessão de crédito (cfr. art. 2.º, n.º 1, al. b) do RSMB), já a figura do "interessado" não é, por si só, intuitiva do universo de titulares do direito de acesso ao sistema de SMB. Daí que tenhamos de recorrer à noção plasmada na al. g) do n.º 1 do art. 2.º do RSMB para dissipar dúvidas suscitadas pela referência vaga ao "interessado", assim concluindo que se trata de toda a "pessoa singular que solicite a prestação de serviços mínimos bancários junto de IC, abrangendo qualquer consumidor que tenha o direito de residir num Estado-Membro em virtude do direito da UE ou nacional, nos quais se incluem os consumidores sem domicílio fixo, os requerentes de asilo e os consumidores a quem não é concedida autorização de residência, mas cuja expulsão é impossível por motivos de facto ou de direito".

Isto posto, como já fomos, nalguma medida, antecipando ao longo da nossa exposição, a conta de SMB pode ser titulada por uma ou por várias pessoas singulares (art. 4.º-B, n.º 1 do RSMB). Para os casos de contitularidade, cumpre notar, por um lado, que a pessoa singular titular de outra conta de DO pode aceder aos SMB desde que um dos contitulares da conta de SMB seja uma pessoa singular com mais de 65 anos ou dependente de terceiros, e salientar, por outro lado, que, na hipótese de contitularidade de conta de SMB com uma pessoa singular com mais de 65 anos ou grau de invalidez permanente, devidamente comprovado pela entidade competente, igual ou superior a 60 %, a pessoa singular com menos de 65 anos ou que não seja dependente pode continuar a aceder individualmente à conta de SMB (art. 4.º-B, n.ºs 3 a 5 do RSMB).

E quanto ao seu objeto, com os vários alargamentos da panóplia de serviços que compõem os denominados SMB, temos que, atualmente, de acordo com a al. a) do n.º 2 do art. 1.º e o n.º 2 do art. 3.º do RSMB, o titular de uma conta bancária de base pode usufruir de serviços relativos à constituição, manutenção, gestão, titularidade e encerramento de conta de DO, de um cartão de débito para movimentação da conta, do acesso à movimentação da conta através de caixas automáticos em Portugal e nos restantes Estados-Membros da UE, da faculdade de movimentar a conta através do serviço de *homebanking* e dos balcões da IC, bem como de um conjunto de operações incluídas, a saber: realização de depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos diretos, transferências intrabancárias e transferências interbancárias através de caixas automáticos (sem restrição quanto ao número de operações que podem ser realizadas) e *homebanking* (caso em que existe um número máximo anual

de 24 transferências), e, por último, transferências através de aplicações de pagamento operadas por terceiro com um limite de cinco transferências por mês e de montante igual ou inferior a trinta euros por operação.

Por todos os serviços e operações ora enunciados, a IC não pode cobrar comissões, despesas ou outros encargos que, anualmente, e no seu conjunto, representem valor superior ao equivalente a 1 % do valor do Indexante dos Apoios Sociais. Assim, em 2021, por aplicação da Portaria n.º 27/2020, de 31 de janeiro (que se mantém aplicável no ano em curso), o custo anual dos SMB não pode exceder 4,38 euros (quatro euros e trinta e oito cêntimos).

Após a receção de um pedido completo de acesso a conta de SMB por um interessado, a IC ou abre a conta ou, excecionalmente, recusa o pedido de acesso, em qualquer caso sem demora indevida e o mais tardar 10 dias úteis após a receção do pedido (art. 4.º, n.º 3 do RSMB). Em consonância com a Diretiva, o RSMB estabelece um conjunto de circunstâncias específicas em que a IC tem o poder-dever de recusar-se a abrir uma conta de SMB, decisão da qual informa imediatamente o consumidor, por escrito e gratuitamente, externando os fundamentos que presidiram a tal tomada de posição, exceto se a prestação dessa informação for contrária aos objetivos de segurança nacional e de ordem pública ou proibida pela legislação nacional ou da União (art. 4.º, n.ºs 7 e 8 do RSMB).

Assim, a IC pode (e deve) recusar um pedido de abertura de conta de SMB sempre que o consumidor já seja titular de uma conta de pagamento, junto de uma IC estabelecida em território nacional, que lhe permita utilizar os serviços que integram o elenco de SMB, a não ser que um dos contitulares da conta de SMB seja uma pessoa singular com mais de 65 anos ou dependente de terceiros ou que o consumidor declare ter sido notificado de que a conta de pagamento irá ser encerrada (arts. 4.º, n.º 1 e 5, al. a) e 4.º-B, n.º 3 do RSMB). Para verificar se um consumidor já é titular ou não de uma conta de pagamento, a IC baseia-a numa declaração sob compromisso de honra subscrita pelo consumidor, aposta nos impressos de abertura de conta, ou em documento a eles anexo, nos termos da qual o interessado assegura que não é titular de outra conta de DO (art. 4.º, n.º 2 do RSMB). A recusa de emissão desta declaração também constitui fundamento legítimo de recusa de abertura de conta de SMB (art. 4.º, n.º 5, al. b) do RSMB). A IC deve, ainda, recusar um pedido de acesso a conta bancária de base sempre que a abertura de tal conta resulte na violação das disposições em matéria de prevenção do branqueamento de capitais

e de combate ao financiamento do terrorismo estabelecidas na Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, transposta parcialmente para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

Afora as situações previstas no n.º 5 do art. 4.º ou, havendo contitularidade, afora a situação prevista no n.º 2 do art. 4.º-B, ambos do RSMB, a recusa da abertura de conta de SMB pela IC (ou de conversão de conta já existente em conta de SMB) faz incorrer a mesma na prática de contraordenação grave, punível com coima entre € 200 e €20 000, verificando-se, de igual modo, o cometimento de ilícito de mera ordenação social de idêntica classificação e com a mesma moldura de coima em caso de incumprimento do prazo legalmente previsto para a abertura de conta de SMB ou para a comunicação da recusa do pedido de acesso à mesma – art. 7.º-D, n.º 2, als. b) e d) do RSMB. Nesta medida, a IC deve abster-se de exigir ao interessado na abertura de conta de SMB quaisquer documentos, impressos ou comprovativos adicionais aos que são necessários para a abertura de uma conta de DO, condicionar a abertura de conta de SMB ao depósito de um valor mínimo ou à aquisição de produtos ou serviços adicionais ou exigir a aquisição de títulos representativos do capital da IC (salvo se a condição vigorar para todos os clientes dessa instituição) – art. 4.º-D, n.º 1, als. a) a c) do RSMB.

Não se verificando fundamento legítimo de recusa, deve, portanto, a IC proceder à abertura de conta de SMB, o que se concretiza com a celebração de contrato de DO (ou de aditamento ao contrato de DO existente, no caso de conversão direta da conta de DO em conta de SMB – art. 4.º, n.º 1, al. b) do RSMB), só podendo ser resolvido se verificada uma das circunstâncias igualmente firmadas em termos estritos e taxativos no art. 5.º, n.º 1 do RSMB, dependentes de ação desconforme com os pressupostos ou as finalidades da conta de SMB praticada pelo seu titular, que ora se enunciam:

a) se o titular tiver utilizado, deliberadamente, a conta de SMB para fins contrários à lei, nomeadamente, quando tais propósitos encerrem a prática de ilícitos criminais, e.g. branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo;
b) se o titular não tiver realizado quaisquer operações de pagamento a débito ou a crédito durante, pelo menos, 24 meses consecutivos;
c) se o titular tiver prestado informações incorretas para obter a conta de SMB, quando não preenchia os requisitos de acesso à mesma, i.e.,

num momento prévio, para aceder a este tipo de conta de SMB, o titular ocultou a titularidade de outra(s) conta(s), declarou falsamente que um dos contitulares possuía mais do que 65 anos ou um grau de invalidez permanente igual ou superior a 60 %, para beneficiar de uma das exceções previstas no art. 4.º-B, n.ºs 3 e 4 do RSMB;

d) se o titular tiver deixado de ser residente legal na UE, não se tratando de um consumidor sem domicílio fixo ou requerente de asilo ao abrigo da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e do respetivo Protocolo de 31 de janeiro de 1967, bem como de outros tratados internacionais pertinentes;

e) se o titular, durante a vigência do contrato de DO de SMB, detiver uma outra conta de DO numa IC localizada em Portugal, que lhe permite utilizar os serviços enumerados na al. a) do n.º 2 do art. 1.º do RMSB, salvo nos casos previstos nos n.ºs 3 e 4 do art. 4.º-B do mesmo diploma.

Em caso de resolução do contrato por verificação de algum dos fundamentos acima listados, a IC está obrigada a informar tal decisão ao cliente, mediante declaração vertida em papel ou através de qualquer outro suporte duradouro, na qual explicite os motivos para unilateralmente colocar termo ao contrato e elucide aquele dos eventuais encargos habitualmente associados à prestação dos serviços disponibilizados que ora serão devidos à IC e, bem assim, dos procedimentos de reclamação e meios de resolução alternativa de litígios de que o mesmo dispõe para, querendo, reagir contra a decisão de resolução – art. 5.º, n.ºs 4 a 6 do RSMB.

Compreensivelmente, se a decisão de resolução se fundar em algum dos motivos previstos nas als. a) e c) acima apresentadas, porque os mesmos são reveladores de uma quebra de confiança entre a instituição e o cliente e, inclusive, podem encerrar a prática de ilícitos criminais, tal decisão produz os seus efeitos imediatamente com a chegada da comunicação prevista nos n.ºs 5 e 6 do art. 5.º do RSMB à esfera de conhecimento do cliente.

Nos casos elencados nas restantes alíneas acima mencionadas, estabelece-se uma dilação de 60 dias para a produção de efeitos da comunicação, o que se crê assumir o propósito de permitir ao cliente fazer imediato uso dos meios de reação de que tem ao seu dispor, por natureza céleres, e, caso lhe assista razão, poder continuar a usufruir da sua conta de SMB sem a consumação de qualquer vicissitude de caráter extintivo.

Feita a caracterização dos principais traços que notabilizam as contas de SMB, cremos que é chegado o momento de suscitar a questão, particularmente espinhosa, de saber quais as implicações emergentes para a relação bancária do exercício do direito de acesso a conta de SMB por parte do cliente, para, de seguida, aquilatar se e em que medida os direitos e deveres do cliente bancário e da IC se alteram em face do exercício daquela faculdade pelo primeiro.

1.4. Existe um direito universal a (ter) conta?[20]

O Direito Bancário, enquanto ramo de Direito Privado, rege-se pelo princípio da liberdade contratual (art. 405.º, n.º 1 do CC), que se traduz no poder ou faculdade que o sujeito tem de estabelecer livremente relações jurídicas com outros sujeitos e de modelar o seu conteúdo, criando regras que as regulam e, dessa forma, estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica.

A essência teleológica da autonomia privada é a liberdade (*rectius*, o livre desenvolvimento da personalidade ou, melhor ainda, a autodeterminação – art. 26.º, n.º 1 da CRP) e a manifestação central da autonomia privada no Direito Civil é a liberdade contratual.

Antunes Vareladefine a liberdade contratual como a "faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrar contratos diferentes dos prescritos no Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver"[21].

Este princípio da liberdade contratual, que consiste, então, no poder do individuo gerir os seus interesses, fixando de forma independente as regras que o vinculam nas relações com os outros, pode ser decomposto em três liberdades distintas:

---

[20] Manuel Januário da Costa Gomes, em *Contratos Comerciais*, Almedina, 2013, pp. 148-150, suscitou idêntica questão, embora na vigência do regime de adesão voluntária das IC ao sistema de acesso aos SMB.

[21] João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed., Vol. I, Almedina, 2000, pp. 230-232.

- Liberdade de contratar: consiste, basicamente, no poder de, pelo lado positivo, decidir celebrar contratos de forma livre e, pelo lado negativo, recusar contratar mediante uma proposta;
- Liberdade de escolher a contraparte: faculdade reconhecida às pessoas de, depois de decidirem contratar, elegerem livremente a contraparte negocial;
- Liberdade de modelar o conteúdo do contrato: faculdade reconhecida às partes de livremente fixarem o conteúdo do contrato através da: celebração de qualquer contrato nominado ou típico previsto na lei (e.g.: compra e venda, arrendamento, trabalho, etc.); faculdade de aditar a qualquer um desses contratos as cláusulas que melhor convenham aos interesses que se visa prosseguir (e.g.: condição, termo, etc.); possibilidade da celebração de contratos diferentes dos que a lei prevê e regula (contratos inominados ou atípicos).

Isto posto, se é certo que o Direito Bancário, enquanto ramo especial de Direito Privado, é norteado pelo princípio da liberdade contratual, no domínio particular do sistema de acesso aos SMB assiste-se a uma restrição de tal liberdade, seja ao nível da dimensão da liberdade de contratar, seja ao nível da dimensão da liberdade de escolher a contraparte (pelo que não se verifica o caráter *intuitu personae*), visto que qualquer interessado, desde que não seja titular de outra conta bancária de DO e o declare expressamente perante a IC, goza da prerrogativa de, por forma unilateral e independentemente da vontade da IC por si escolhida, abrir uma conta de SMB, ficando a instituição adstrita ao dever jurídico de contratar (obrigação *ex lege*), devendo abster-se de criar quaisquer entraves à conclusão do contrato.

Neste seguimento, concluindo-se, inelutavelmente, pela existência de um direito universal a (ter) conta, titulado pelo consumidor de serviços bancários, entendemos pertinente questionar se a afirmação deste direito se repercute, nalguma medida, na configuração tradicional da relação jurídica bancária e, em caso afirmativo, apurar como se projetam tais implicações em relação aos direitos e deveres de cada uma das partes do contrato e até, no limite, se neste caso existe contrato bancário.

1.5. Relação bancária de SMB como "contrato bancário geral"?

De acordo com o entendimento largamente maioritário que vigora entre nós, a relação bancária funda-se num contrato, o contrato de abertura de conta, socialmente típico, que se norteia pelo regime do mandato (arts. 1157.º e ss. do CC), e reveste a natureza de contrato-quadro ("contrato bancário geral"), porquanto, além de dar início a uma relação complexa e dotada de carácter duradouro, que não se esgota no momento da abertura de conta, irá também regular parte substancial do conteúdo de uma pluralidade de contratos atuais ou futuros (e.g. contratos de depósito a prazo, de prestação de serviços de caixa, de gestão de valores mobiliários, de acesso a canais digitais para movimentação da conta, como *netbanking* ou aplicação em dispositivo móvel)[22].

O contrato-quadro é, portanto, o negócio bancário fundacional e nuclear, por via do qual cliente e IC assumem deveres recíprocos, projetando-se ao nível da conta-corrente bancária e do giro bancário, os dois elementos necessários do contrato de abertura de conta[23].

A conta-corrente bancária constitui um contrato atípico e inominado, inspirado na conta-corrente comercial (arts. 344.º a 350.º do CCom). Além de se assumir como forma de extinção de obrigações sucessivas, notabiliza-se pelo facto de, salvo convenção em contrário, a IC ser normalmente devedora e, por princípio, o cliente poder dispor do saldo a todo o tempo, sendo o mesmo sempre favorável àquele (ou, no máximo, igual a zero), e refletido em extratos, emitidos pela IC, cuja aprovação (por norma, tácita) pelo cliente torna indiscutíveis os movimentos neles registados.

Já o giro bancário reporta-se ao conteúdo natural do próprio contrato de abertura de conta, que envolve os regimes de depósito bancário e de serviços de pagamento simples. Constituem atos de execução da convenção de "giro bancário" as operações escriturais de transferências de fundos, nacionais e internacionais (movimentação do dinheiro entre contas domiciliadas em bancos do mesmo país ou num banco nacional e num banco

---

[22] António Pinto Monteiro, "A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor", *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), pp. 2315-2348, em especial pp. 2324-2325.

[23] António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 5.ª ed., Almedina, 2013, pp. 532-533 e 552-569.

estrangeiro) realizados por um banco a pedido do seu cliente ou a favor do mesmo.

Posto isto, cremos que a tese contratualista ora descrita não se assume como a mais adequada para caracterizar a relação bancária instituída pela abertura da conta de SMB, desde logo porque, como vimos, nela é legalmente imposta uma restrição ao princípio da liberdade contratual (nas dimensões de liberdade de contratar e de liberdade de escolher a contraparte contratual), afinal, a IC não pode recusar-se a contratar com qualquer interessado, a menos que este não preencha as condições de acesso ao sistema de SMB.

Acresce que, no caso particular da abertura da conta de SMB, sem prejuízo de haver lugar à celebração de contrato de abertura de conta entre a IC e o cliente, a relação jurídica bancária é fundada na lei e o seu conteúdo é, em larga medida, hétero-determinado[24] pelo direito objetivo, antes, portanto, de haver lugar à conclusão de qualquer contrato bancário, o que se traduz, também, numa significativa limitação da liberdade de modelação do conteúdo desse contrato.

Assim, em detrimento da teoria do "*contrato bancário geral*", entendemos que a situação bancária de que aqui tratamos é melhor retratada pela teoria da "*relação obrigacional legal sem dever de prestação primário*", primeiramente defendida na Alemanha por Claus-Wilhelm Canaris. Esta construção dogmática reveste, aliás, de particular interesse para a melhor compreensão da natureza jurídica e certos aspetos do regime dos deveres gerais de proteção que impendem sobre a IC (em particular, os deveres de informação).

Na doutrina nacional, aquela segunda teoria da relação bancária foi defendida pelo emérito Professor Doutor João Calvão da Silva e, mais recentemente, por Manuel Carneiro da Frada[25]. Este último autor assinala, com particular acerto, que os deveres de informação das IC se apresentam inelutavelmente conexionados com a relação bancária, a qual acredita ser o cerne de todo o direito bancário e não corresponder a um

---

[24] José Simões Patrício, "Serviços Mínimos Bancários", *in Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 223-225.

[25] Manuel Carneiro da Frada, "Deveres de informação e relação bancária (com vista para a intermediação financeira)", *in Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 3, 2021, pp. 184-196, disponível em https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/deveres-de-informacao-e-relacao-bancaria-manuel-carneiro-da-frada/.

mero contrato bancário geral, de natureza contratual, mas antes a uma relação de proteção, fundada no direito objetivo, independente de quaisquer contratos que as partes entendam celebrar.

1.6. A regulamentação dos deveres de informação a observar pelas IC – o Aviso do BdP n.º 1/2018 e sua (in)suficiência

Depois de concluirmos que a regulação da relação de prestação de SMB decorre, direta e imediatamente, da lei, constituindo um *prius*, um antecedente lógico em relação à celebração do contrato de DO de SMB (cuja existência se reconhece, claro – cfr. arts. 4.º, n.º 1, e 4.º-A, n.º 1 do RSMB), mas ainda antes de desenvolvermos uma breve análise da evolução das contas de SMB ao longo dos últimos 20 anos, mostra-se conveniente dar nota dos deveres de informação a que as IC se encontram vinculadas, por via do RSMB e de manifestações do poder regulamentar do BdP (em particular, o Aviso do BdP n.º 1/2018, atualmente em vigor), com vista a assegurar a mais ampla divulgação dos SMB junto dos consumidores.

O Aviso n.º 1/2018 foi emanado pelo BdP na sequência da quinta alteração ao regime dos SMB, através da qual, recorde-se, foram alteradas as condições de acesso e modificado o conjunto de serviços incluídos nos SMB, tendo sido ainda clarificado que as IC podem permitir ultrapassagens de crédito em operações realizadas com o cartão de débito associado à conta de SMB.

No uso da competência que lhe foi atribuída pelo disposto no art. 17.º da sua Lei Orgânica (Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro) e nos n.ºs 3 e 4 do art. 7.º-A do RSMB, o BdP concretiza, através do referido Aviso, os deveres a observar pelas IC relativamente à divulgação das condições legalmente estabelecidas para o acesso, pelas pessoas singulares, ao regime de SMB e à prestação de informação sobre o acesso a meios de resolução alternativa dos litígios que possam existir entre os titulares de contas de SMB e as IC que disponibilizam estes serviços.

Nos termos do art. 2.º, n.º 1 do Aviso n.º 1/2018, as IC estão obrigadas a afixar, em lugar bem visível dos seus balcões e locais de atendimento ao público, um cartaz sobre os SMB, que deverá obedecer a um modelo definido na Instrução n.º 28/2020 do BdP. Considera-se a obrigação de informação sobre os SMB igualmente cumprida pela IC através da divulgação do cartaz em dispositivos eletrónicos colocados em lugar bem visível dos seus balcões

e locais de atendimento ao público, que assegurem a visualização do cartaz de forma permanente e, pelo menos, em condições equivalentes à do formato definido na referida Instrução do BdP (art. 2.º, n.º 2 do Aviso n.º 1/2018).

Cumulativamente, as IC devem divulgar em permanência, nos respetivos sítios de internet, informação sobre os SMB, em particular sobre as condições de acesso e de prestação desses serviços e os procedimentos de acesso a meios de resolução alternativa de litígios (art. 2.º, n.º 4 do Aviso n.º 1/2018).

Para os clientes que já são titulares de uma conta de DO, as IC também se encontram adstritas ao cumprimento de deveres de informação quanto à possibilidade de conversão da conta de DO em conta de SMB, seja por inclusão, no primeiro extrato emitido em cada ano civil, com suficiente destaque, de menção a tal faculdade, seja ainda pela disponibilização, na mesma ocasião, de documento informativo sobre o RSMB, em ambos os casos nos termos definidos pela Instrução do BdP a que vimos fazendo alusão (art. 3.º, n.ºs 1 e 2 do Aviso n.º 1/2018).

Neste seguimento e com base nas mesmas normas habilitantes acima indicadas, a Instrução n.º 28/2020 do BdP, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2021 (já após a sexta alteração ao RSMB operada pela Lei n.º 44/2020) e revogou a Instrução n.º 16/2018 emanada da mesma entidade reguladora do setor bancário responsável pela supervisão comportamental das IC, estabelece que o cartaz sobre SMB a que fizemos referência *supra* deve observar o formato A4 e o modelo constante do Anexo I à Instrução, que reveste natureza imperativa, à exceção da informação referente ao campo "Designação da instituição de crédito" (pontos 1. e 2. da Instrução n.º 28/2020).

A Instrução n.º 28/2020 concretiza, ademais, as exigências de apresentação gráfica a que deve obedecer a menção a apor no extrato bancário (cfr. al. a) do n.º 2 do artigo 3.º do Aviso n.º 1/2018), determinando que a mesma deve ser apresentada na primeira página do extrato, em tamanho de letra mínimo de 12 pontos, utilizando como referência o tipo de letra *Arial* e impressão de folha definida a 100%, com o seguinte teor: "[Designação da IC] é uma entidade que presta Serviços Mínimos Bancários. Caso seja titular de apenas uma conta de depósito bancário, poderá convertê-la e beneficiar destes Serviços. Informe-se ao balcão, no sítio de Internet desta instituição, ou em https://clientebancario.bportugal.pt e www.todoscontam.pt" (ponto 3. da Instrução n.º 28/2020).

De igual modo, a referida Instrução, além de conter, no seu Anexo II, o modelo de documento informativo sobre SMB a disponibilizar pelas IC (cfr. al. b) do n.º 2 do art. 3.º do Aviso n.º 1/2018), densifica os requisitos a observar quanto ao formato, tamanho de letra mínimo e tipo de letra, estabelecendo, respetivamente, o formato A4, o tamanho 10 e o tipo de letra *Arial* para o efeito (pontos 4. e 6. da Instrução n.º 28/2020).

Isto posto, em jeito de análise crítica, cremos que a disciplina normativa consagrada no Aviso e na Instrução suprarreferidas, sem prejuízo do mérito que encerram quanto às finalidades prosseguidas – remoção de eventuais barreiras ao acesso das pessoas singulares a SMB e reforço da sua divulgação juntos dos clientes bancários –, ficam aquém quanto aos meios adotados para a cabal prossecução de tais propósitos.

Por um lado, a imposição de divulgação de informação por meio de cartaz nas agências das IC não promove a desejada proximidade e, até, individualização em relação ao concreto cliente, na medida em que dificilmente captura a atenção do destinatário, envolvido por tantos outros cartazes de publicidade comercial afixados nos balcões, além de que o próprio título do modelo de cartaz, agarrado à designação nacional para as contas de pagamento com características básicas (*basic bank accounts*) – "serviços mínimos bancários", conforme DL n.º 27-C/2000, de 10 de março –, não se afigura suficientemente intuitiva do sentido e alcance da figura (parecendo apontar para um tipo de conta de serviços limitados e de reduzido espectro) nem aliciante para suscitar o interesse do consumidor de serviços bancários.

Por outro lado, a imposição de divulgação por meio de extrato, apesar de destinada a um concreto cliente, ainda não reveste de suficiente destaque para se revelar chamativa da atenção do cliente.

Em face das limitações ora identificadas e atendendo à significativa adesão que já se verifica (e que, tendencialmente, deverá conhecer uma expressão ainda mais sensível) às plataformas digitais (e.g. *homebanking*, *app* móvel), somos da opinião de que, à semelhança do que já se constata em relação a alertas de prevenção de fraude e disseminação de conteúdos maliciosos, a divulgação da possibilidade de acesso a contas de SMB dever-se-ia fazer, imperativamente e sempre que possível (em caso de adesão pelo cliente a canais digitais) por via de janela de *pop-up*, gerada, com suficiente destaque visual no centro de ecrã, por ocasião do primeiro acesso, em cada mês, aos canais digitais.

Sem prejuízo das nossas críticas e propostas alternativas que antecedem, mesmo no quadro da malha normativa já vigente, verifica-se que as IC ainda não absorvem, plenamente, as exigências a que se encontram vinculadas nesta matéria. De acordo com o Relatório de Supervisão Comportamental de 2020[26], o BdP, através da sua atividade inspetiva, detetou inúmeras irregularidades para as quais emitiu 942 determinações específicas a 92 instituições (num universo de 104 instituições fiscalizadas) e uma recomendação a uma instituição, com vista a garantir o cumprimento dos deveres previstos no RSMB.

Mais concretizadamente, no âmbito da ação inspetiva, a autoridade reguladora do setor bancário identificou práticas desconformes à disciplina instituída levadas a cabo pelas IC, quer no que tange à prestação de informação aos clientes (seja por omissão de informação – nomeadamente, não disponibilização do documento informativo sobre a conta de SMB –, seja por inobservância das regras de apresentação gráfica da informação no extrato e no documento informativo), quer no que respeita às condições de acesso à conta de SMB (designadamente, recusando a abertura de conta de SMB ou a conversão de conta DO em conta de SMB com amparo em fundamentos não previstos na lei – e.g. a conta de SMB destina-se a pessoas reformadas, carenciadas ou desempregadas; o acesso à conta de SMB encontra-se vedado a clientes que sejam mutuários em operações de crédito –, sendo que, em alguns casos, foi inclusive omitido o dever de comunicação formal do motivo que presidiu à decisão – ilegítima, reitera-se – de recusa).

1.7. A abertura de contas de serviços mínimos bancários em números

Na sequência das alterações ao quadro legal aplicável, do aumento da panóplia de serviços incluídos nos SMB, da própria obrigatoriedade de divulgação junto do público em geral da comercialização das contas de SMB, dos protocolos que foram sendo celebrados pelo BdP com entidades como o Ministério do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social

---

[26] Disponível em:https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsc_2020_pt.pdf.

(MTSSS)[27], por exemplo, e, em paralelo, com a promoção dos SMB através do sítio da internet do BdP e do PCB e de iniciativas desenvolvidas no âmbito do PNFF, o número de contas de SMB vem crescendo desde 2007, tendo conhecido um significativo incremento desde 2013 até aos dias de hoje[28].

Numa análise imediata da informação sobre a evolução do número de contas de SMB disponibilizada no PCB do BdP, salta logo à vista que, no final de 2012 encontravam-se abertas 3 371 contas de SMB, porém, já no final de 2014, este número mais do que quadruplicou, para um total de 13 884 contas de SMB.

O ano de 2013, de acordo com o Relatório de Supervisão Comportamental do BdP do mesmo ano[29], foi aquele em que o número de contas de SMB constituídas mais cresceu em termos relativos (no fim de 2013, existiam 9 646 contas de SMB, sendo que cerca de 20% foram abertas através da conversão de uma conta de DO já existente).

Para este aumento do número de contas de SMB contribuiu, certamente, o reforço dos deveres de informação das IC aderentes em prol da divulgação dos SMB junto da população. Também terá concorrido para o êxito da evolução assinalada a publicação da Carta Circular n.º 24/2014/DSC, emitida pelo Departamento de Supervisão Comportamental do BdP a 10 de março de 2014, por via da qual o supervisor bancário comunicou às IC que deviam aderir ao sistema de acesso instituído pelo RSMB (numa altura em que ainda vigorava, entre nós, o regime de adesão voluntária). Cremos que o enaltecido crescimento de contas de SMB abertas se deveu, ainda, à divulgação das condições e requisitos de acesso às contas junto das populações no âmbito das ações de formação financeira e nos sítios de internet geridos pelo BdP, nomeadamente no seu sítio oficial e no PCB.

---

[27] Protocolo estabelecido em julho de 2019, o qual prevê que os postos de atendimento do ISS, I.P., do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, do Instituto do Emprego e Formação Profissional e do Instituto Nacional para a Reabilitação promovam a conta de SMB junto dos seus utilizadores. O protocolo prevê, além da disponibilização de vídeos e materiais de divulgação pelo BdP, a realização de ações de formação para melhor habilitar na prestação de esclarecimentos sobre os SMB.

[28] Sobre a evolução do número de contas de SMB até ao final de 2020, veja-se a informação divulgada, no PCB, pelo BdP, em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/noticias/contas-de-servicos-minimos-bancarios-crescem-25-em-2020.

[29] Acessível *online* em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/relatório de supervisão comportamental (2013).pdf.

Por sua vez, o crescimento sustentado do número de contas de SMB abertas desde 2014 não é, obviamente, alheio às alterações legislativas ao RSMB promovidas a partir de então. A transição para um regime de disponibilização obrigatória de SMB por todas as IC que prestem ao público os serviços incluídos no catálogo previsto no art. 1.º, n.º 2, al. a) do RSMB, a maior atratividade das contas de SMB com a inclusão, de entre os serviços nelas contemplados, de operações realizadas com recurso a canais digitais e aplicações de pagamento operadas por terceiros, e o reforço (ainda que, a nosso ver, insuficiente, reitera-se), dos deveres de informação e de transparência que impendem sobre as IC para divulgação de contas bancárias de DO constituídas ao abrigo do RSMB foram fatores que, seguramente, concorreram, em larga medida, para a expansão, para lá da centena de milhar, do número de contas de SMB constituídas junto de IC estabelecidas em território nacional.

De igual modo, o facto de o BdP ter potenciado um conjunto alargado de ações de formação financeira dirigidas aos clientes bancários, em parceria com associações e fundações de utilidade pública e serviços municipais de informação ao consumidor – iniciativas estas que, além de promoverem o sistema de acesso a contas de SMB, procuram reduzir a assimetria de informação e ajudam a prevenir a adoção (por parte das IC) de condutas e práticas comerciais que possam afetar a confiança dos consumidores dos produtos e serviços bancários –, terá certamente contribuído para o incremento do número de contas de SMB em termos absolutos até às 129 586, o qual, todavia, representa somente cerca de 1 % do universo de contas domiciliadas junto de IC que desenvolvem atividade no nosso país.

Em particular, no ano de 2019, as contas de SMB aumentaram 75% face ao ano pretérito, facto ao qual também não será seguramente estranho o aumento generalizado das comissões cobradas pelas IC localizadas em Portugal, que se assumiu como estratégia para diversificação de receitas dos bancos, fortemente abaladas pela descida das taxas de juro para mínimos históricos.

Ainda de acordo com os dados refletidos no já referido Relatório de Supervisão Comportamental do BdP de 2020 (p. 69), no conjunto de 129 586 contas de SMB existentes no final de 2020, verifica-se que: 77,6% tinham apenas um titular (80,1% em 2019); 79,8% das contas de SMB pertenciam a titulares que não detinham contas de depósito a prazo na IC (78,9% em 2019); e 84,5% eram tituladas por clientes que não detinham produtos de

crédito junto da IC (85,1% em 2019). Os últimos dois indicadores estatísticos que se acabaram de mencionar indiciam que a esmagadora maioria dos titulares das contas de SMB correspondem, de facto, a pessoas singulares com uma condição económico-financeira menos abastada, que, desta forma, viram assegurado o acesso a um conjunto de serviços que, porventura, sem o regime de SMB, veriam negado ou fortemente condicionado.

2. Conclusões e observações finais

Aqui chegados, *brevitatis causa,* é momento de apresentar as principais conclusões que são passíveis de serem extraídas do presente trabalho, sem nos demitirmos, em seguida, de deixarmos algumas pistas, para futuras reflexões, acerca da evolução que, a curto-médio prazo, deve conhecer o regime de SMB.

Assim, com a investigação realizada, chegámos a várias conclusões:

O acesso universal a serviços bancários básicos não só se assume como condição indispensável para o desenvolvimento do mercado transfronteiriço da UE, como constitui fator preponderante para o aprofundamento de uma economia socialmente inclusiva, em que nenhum cidadão europeu, por força da sua situação económica, da sua nacionalidade ou local de residência ou qualquer outro fator de discriminação (direta ou indireta), se veja impedido de contribuir ativamente para a construção do mercado interno comum e dele retirar todas as vantagens inerentes.

De entre os fatores geradores de situação de discriminação no acesso a serviços bancários, destaca-se a iliteracia financeira, a qual ainda assume uma significativa expressão em Portugal e importa combater ativamente, na medida em que contribui, de forma significativa, para a persistência de fenómenos de exclusão, que incidem, de modo particular, sobre estratos populacionais mais vulneráveis.

O mercado bancário caracteriza-se pela assimetria de informação entre cliente e IC, à qual não é alheio o facto de todos os contratos que ligam as duas partes assentarem num modelo padronizado – o *contrato de adesão* – composto, nomeadamente, de *cláusulas contratuais gerais*, predispostas unilateralmente pela IC, para uma pluralidade de sujeitos indeterminados que não dispõem de margem de negociação daquelas cláusulas, limitando-se a aceitar ou a rejeitar o programa contratual que lhes é apresentado.

Na medida em que o recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais importa inevitavelmente um desequilíbrio material entre as partes, o DL n.º 446/85, de 25 de outubro faz impender sobre a entidade predisponente deveres, particularmente exigentes, de comunicação e de informação (arts. 5.º e 6.º do RJCCG), dos quais depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares (art. 8.º, als. a) e b) do RJCCG), a que acresce a conexão das mesmas com o contrato, de que também depende, em primeira linha, a sua efetiva e autêntica aceitação (art. 4.º do RJCCG).

Ainda na mesma perspetiva de assegurar a apropriada formação da vontade do aderente, também se consideram não incluídas no contrato singular as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real, assim como as cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes (art. 8.º, als. c) e d) do RJCCG).

Sem prejuízo da bondade do legislador na tentativa de colocar termo às correntemente denominadas "letras pequeninas", a opção de aditar uma cláusula absolutamente proibida (sob al. i)) ao elenco previsto no art. 21.º do RJCCG, por via da adoção da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, veio abalar a lógica normativa do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, assente num sistema de controlo formal-procedimental sobre a formação do contrato (arts. 4.º-9.º do RJCCG), a que preside a intenção de fazer face à assimetria de formação e de informação entre aderente e predisponente, e num sistema de controlo material do conteúdo das cláusulas contratuais gerais (arts. 12.º-22.º do RJCCG), tendente a repor o equilíbrio material entre os mesmos sujeitos.

Consciente, já no crepúsculo do século passado, do risco de exclusão social associado à imposição de entraves ao acesso a serviços bancários básicos, com impacto negativo, também, na dinâmica da organização económica e social das famílias e na gestão orçamental do agregado, o legislador português, inspirado pela experiência gaulesa, através do DL n.º 27-C/2000, de 10 de março, instituiu um sistema de acesso, pelas pessoas singulares, aos denominados "serviços mínimos bancários".

Não obstante o mérito inquestionável da iniciativa do legislador luso na adoção do RSMB, resultava evidente, já em 2000 e, por maioria de razão, nos tempos que se sucederam, que havia necessidade de assumir uma postura mais ambiciosa e, por essa via, superar importantes limitações à prossecução, em pleno, do objetivo de participação generalizada no mercado

bancário de retalho, nomeadamente a exiguidade do catálogo de SMB face à evolução das exigências do quotidiano e dos avanços tecnológicos no domínio dos serviços e instrumentos de pagamento, o caráter facultativo da adesão das IC ao RSMB e a não consagração da faculdade de conversão das contas já abertas em IC legalmente autorizadas a operar no sistema bancário em contas de SMB.

Com as sucessivas alterações legislativas operadas ao RSMB desde 2011, alargou-se, de modo expressivo, o universo de serviços compreendido pelo regime, que passou a contemplar a realização de operações de pagamento através das mais avançadas plataformas digitais, transitou-se de um regime de adesão voluntária para um sistema de disponibilização obrigatória de SMB por todas as IC que disponibilizem ao público os serviços que integram as contas bancárias de base (*basic bank accounts*) e consagrou-se a possibilidade de conversão de contas de DO já existentes em contas de SMB.

Atualmente, de acordo com a al. a) do n.º 2 do art. 1.º e o n.º 2 do art. 3.º do RSMB, o titular de uma conta bancária de base pode usufruir de serviços relativos à constituição, manutenção, gestão, titularidade e encerramento de conta de DO, de um cartão de débito para movimentação da conta, do acesso à movimentação da conta através de caixas automáticos em Portugal e nos restantes Estados-Membros da UE, da faculdade de movimentar a conta através do serviço de *homebanking* e dos balcões da IC, bem como de um conjunto de operações incluídas, a saber: realização de depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos diretos, transferências intrabancárias e transferências interbancárias através de caixas automáticos (sem restrição quanto ao número de operações que podem ser realizadas) e *homebanking* (caso em que existe um número máximo anual de 24 transferências), e, por último, transferências através de aplicações de pagamento operadas por terceiro com um limite de cinco transferências por mês e de montante igual ou inferior a trinta euros por operação.

Por todos os serviços e operações enunciados em x), a IC não pode cobrar comissões, despesas ou outros encargos que, anualmente, e no seu conjunto, representem valor superior ao equivalente a 1 % do valor do Indexante dos Apoios Sociais, o que corresponde, em 2021, a 4,38 euros (quatro euros e trinta e oito cêntimos).

Após a receção de um pedido completo de acesso a conta de SMB por um interessado, a IC ou abre a conta ou, excecionalmente, recusa o pedido de acesso, em qualquer caso sem demora indevida e o mais tardar 10 dias

úteis após a receção do pedido (art. 4.º, n.º 3 do RSMB), sendo que a IC tem o poder-dever de recusar um pedido de abertura de conta de SMB sempre que: o consumidor já seja titular de uma conta de pagamento, junto de uma IC estabelecida em território nacional, que lhe permita utilizar os serviços que integram o elenco de SMB, a não ser que um dos contitulares da conta de SMB seja uma pessoa singular com mais de 65 anos ou dependente de terceiros ou que o consumidor declare ter sido notificado de que a conta de pagamento irá ser encerrada (arts. 4.º, n.ºs 1 e 5, al. a) e 4.º-B, n.º 3 do RSMB); o consumidor se recuse a emitir declaração sob compromisso de honra em que assegura que não é titular de outra conta de DO (art. 4.º, n.ºs 2 e 5, al. b) do RSMB); a abertura de tal conta resulte na violação das disposições em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e de combate ao financiamento do terrorismo estabelecidas na Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, transposta parcialmente para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

Se é certo que o Direito Bancário, enquanto ramo especial de Direito Privado, é norteado pelo princípio da liberdade contratual, no domínio particular do sistema de acesso aos SMB assiste-se a uma restrição de tal liberdade, seja ao nível da dimensão da liberdade de contratar, seja ao nível da dimensão da liberdade de escolher a contraparte (pelo que não se verifica o caráter *intuitu personae*), visto que qualquer interessado, desde que não seja titular de outra conta bancária de DO e o declare expressamente perante a IC, goza da prerrogativa de, por forma unilateral e independentemente da vontade da IC por si escolhida, abrir uma conta de SMB, ficando a instituição adstrita ao dever jurídico de contratar (obrigação *ex lege*), devendo abster-se de criar quaisquer entraves à conclusão do contrato.

A afirmação de um direito universal a (ter) conta, titulado pelo consumidor de serviços bancários, nos exatos termos descritos em xiii), deve levar-nos a questionar a adequação da construção teórico-dogmática do "*contrato bancário geral*" para caracterizar a relação bancária instituída pela abertura da conta de SMB.

No caso particular da abertura da conta de SMB, sem prejuízo de haver lugar à celebração de contrato de abertura de conta entre a IC e o cliente, a relação jurídica bancária é fundada na lei e o seu conteúdo é, em larga medida, hétero-determinado pelo direito objetivo, antes, portanto, de haver lugar à conclusão de qualquer contrato bancário, o que se traduz, também,

numa significativa limitação da liberdade de modelação do conteúdo desse contrato, pelo que, em detrimento da teoria do "*contrato bancário geral*", entendemos que a situação bancária de que aqui tratamos é melhor retratada pela teoria da "*relação obrigacional legal sem dever de prestação primário*", primeiramente defendida na Alemanha por Claus-Wilhelm Canaris.

A regulamentação dos deveres de informação a observar pelas IC por via do RSMB e de manifestações do poder regulamentar do BdP (em particular, o Aviso do BdP n.º 1/2018) ainda se revela insuficiente para assegurar a mais ampla divulgação dos SMB junto dos consumidores.

Na sequência das alterações ao quadro legal aplicável, do aumento da panóplia de serviços incluídos nos SMB, da própria obrigatoriedade de divulgação junto do público em geral da comercialização das contas de SMB, dos protocolos que foram sendo celebrados pelo BdP com entidades como o ISS, I.P., por exemplo, e, em paralelo, com a promoção dos SMB através do sítio da internet do BdP e do PCB e de iniciativas desenvolvidas no âmbito do PNFF, o número de contas de SMB vem crescendo desde 2007, tendo conhecido um significativo incremento desde 2013 até aos dias de hoje, ascendendo, no final de 2020, a um total de 129 586 contas, sendo que a esmagadora maioria dos titulares das contas de SMB correspondem a pessoas singulares com uma condição económico-financeira mais precária.

No encalço desta última referência aos principais destinatários das contas de SMB e porque a "Nova Agenda do Consumidor – Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável"[30] para o período 2020-2025 apresenta, como um dos domínios prioritários de atuação, as "necessidades específicas de determinados grupos de consumidores" particularmente vulneráveis, por força de fatores como "a idade (...), a literacia digital, a numeracia ou a situação financeira", e mais enfatiza que "[a] acessibilidade dos preços é crucial para garantir o acesso a produtos e serviços pelos consumidores de baixos rendimentos (...)", entendemos que o regime de SMB deve evoluir, no referido hiato temporal, no sentido da promoção de uma discriminação positiva dos consumidores com baixos rendimentos ou com necessidades sociais especiais (adotando,

---

[30] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 13.11.2020, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN.

eventualmente, a definição consagrada no art. 4.º do recém-adotado DL n.º 66/2021, de 30 de julho, para a aplicação da tarifa social de fornecimento de serviços de acesso à Internet em banda larga), estabelecendo, para estes, a gratuitidade das contas de SMB. Por outro lado, contrariamente a algumas vozes na doutrina que vão pugnando por tal progresso em prol da plena inclusão financeira, cremos que a previsão de medidas de proteção do acesso ao crédito no regime de SMB, conquanto favoreça a disponibilização de um instrumento útil (e, nalguns casos, mesmo necessário) para garantir o fornecimento de bens e serviços essenciais, pode encerrar um sério risco de agravamento da insustentabilidade financeira de muitos agregados familiares, por fomentar a adoção de práticas conducentes ao incumprimento e ao sobre-endividamento, e, por essa via, afetar a estabilidade financeira do setor bancário.

Bibliografia

Almeida, Carlos Ferreira de, "Contrato bancário geral e depósito bancário", *in E-Book "Direito Bancário"*, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro de 2015, pp. 19-29, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf

Ayuso, Cristina de la Cruz, "Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subordiscriminación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2016), pp. 91-114

Barros, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010

Cordeiro, António Menezes, *Direito Bancário*, 5.ª ed., Almedina, 2013

Frada, Manuel Carneiro da, "Deveres de informação e relação bancária (com vista para a intermediação financeira)", *in Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 3, 2021, pp. 184-196, acessível em https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/deveres-de-informacao-e-relacao-bancaria-manuel-carneiro-da-frada/

Gomes, Manuel Januário da Costa, *Contratos Comerciais*, Almedina, 2013

Gouveia, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, FDUC, Coimbra Editora, 2001

Liz, Jorge Pegado, "A 'lealdade' no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise critica da Directiva 2005/29/CE)", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, pp. 17-93

Monteiro, António Pinto, "A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor", *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), pp. 2315-2348

Monteiro, António Pinto, "Banca e Cláusulas Contratuais gerais (Breve apontamento)", *Coletânea "I Congresso de Direito Bancário"*, coord. Miguel Pestana de Vasconcelos, Almedina, 2015, pp. 101-111

Pastor, Fernando Zunzunegui, "Derechos del consumidor de servicios y productos financeiros como derechos básicos. Marco normativo en España y Europa. Soluciones en derecho comparado y buenas prácticas", in AA.VV., *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, Ararteko, Bilbao, 2013, pp. 33-47

Patrício, José Simões, "Serviços Mínimos Bancários", *in Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 219-248

Poças, Luís, "Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro", *Revista de Direito Comercial*, pp. 897-927, disponível em https://www.revistadedireitocomercial.com/os-novos-requisitos-formais-das-clausulas-contratuais-gerais.

Ribeiro, Joaquim Sousa, "Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato", Suplemento do BFDUC – Separata ao Vol. XXXV, 1990

Ribeiro, Joaquim Sousa, "*O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da diretiva sobre as cláusulas abusivas*", *in "Comemorações dos 35 Anos do CC e dos 25 Anos da Reforma de 1977"*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pp. 209-233

Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª Ed., Almedina, 2001

Segundo, Inmaculada Llorente San, "Exclusión financiera e igualdad de trato en el acceso a servicios bancários", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, n.º 1 (enero-marzo, 2019), Ensayos, pp. 399-443

Silva, João Calvão da, *Direito Bancário*, Almedina, 2002

Teixeira, Maria Emília, "Direito de igualdade no acesso e na manutenção no sistema bancário", *in El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: Homenaje a la Profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro*, María de la Paz Pando Ballesteros, Pedro Garrido Rodríguez e Alicia Muñoz Ramírez (eds.), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, febrero 2018, pp. 1913-1918

Urquijo, Laura Gómez, "El acceso a cuentas de pago básicas como elemento de cohesión e integración del mercado interior europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 32 (2014), pp. 1-19

Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed., Vol. I, Almedina, 2000.

III

Teses de Mestrado

Personalised Prices: Striving for Transparency from a Data Protection and European Consumer Law Perspective*

Elisa Schenfel de Arruda**

Abstract: Before the Digital Era, the personalisation of a price to match a consumer's willingness to pay was thought to be unattainable. However, this commercial practice can now be achieved through the processing of personal data and profiling of consumer behaviour utilising techniques related to Big Data and Big Analytics. This merited the attention of European Law, as shown by the new pre-contractual information requirement brought by the Modernisation Directive, currently awaiting transposition. Its wording is concise, and its context is expanded to some extent by the Recital 45, which points to the reason behind the need to inform consumers: to enable them to take into account the potential risks in their purchasing decision brought by price personalisation. This work starts by situating the matter conceptually, along with its economic background and the public's general perception about it. The perspective presumes no prior distinction between personalised prices that are either higher or lower than the uniform fee, with a few exceptions highlighted when relevant. This choice is justified by the notion that in either situation, a business employing this pricing strategy is doing so with the goal of maximising profits. In the legal analysis, it is argued that personal data processing (such as behaviour profiling) is an essential condition for estimating the consumer's reservation price. Thus, the General Data Protection Regulation is applicable. Additionally, the data subject's consent presents itself as the sole viable lawful grounds for this specific purpose. One caveat of prices derived from profiling is the risk of hidden biases turning out to reveal it was, in fact, based on a protected characteristic. The issue of transparency is central to the investigation under a consumer law perspective, as this legal framework strives to enable individuals with the knowledge they need to make informed decisions,

---

* Dissertation to obtain a Master's Degree in Law, in the specialty of International and European Law, NOVA School of Law (November 2020). Supervisor: Prof. Dr. Jorge Morais Carvalho, Professor of the NOVA School of Law.

** Law Degree from the Pontifical Catholic University of Campinas, Faculty of Law. Master's Degree in International and European Law from NOVA School of Law. Critical case management auditor at Uber Technologies Inc. Researcher at NOVA Consumer Lab.

while not hindering businesses' autonomy. Another provision from the Modernisation Directive regarding prices' transparency towards consumers is examined alongside the central topic – namely, price reduction rules, and their potential interplay. Lastly, the conclusive remarks offered point out that the new information requirement is a step in the right direction. However, it is necessary to broaden its scope to truly empower consumers to face the risks personalised prices could bring to their purchasing decisions.

Keywords: personalised prices; behavioural profiling; consumer law; data protection law; Modernisation Directive; Big Data; Big Analytics; information requirements; transparency

Resumo: Antes da Era Digital, a personalização de um preço para corresponder à disposição de pagar do consumidor era considerada inatingível. No entanto, essa prática comercial agora pode ser alcançada através do processamento de dados pessoais e da elaboração do perfil comportamental do consumidor, utilizando técnicas relacionadas com Big Data e Big Analytics. Isto mereceu a atenção do Direito Europeu, como o demonstra o novo requisito de informação pré-contratual trazido pela Diretiva de Modernização, atualmente a aguardar transposição. A sua redação é concisa e o seu contexto é alargado em certa medida pelo Considerando 45, que aponta para o motivo da necessidade de informar os consumidores: de modo a poderem ter em conta os potenciais riscos nas suas decisões de compra trazidos pela personalização dos preços. Este trabalho começa por situar o assunto conceitualmente, juntamente com seu fundo económico e a perceção geral do público acerca disto. A perspetiva adotada não pressupõe distinção prévia entre preços personalizados maiores ou menores do que o uniforme, com algumas exceções destacadas quando relevantes. Essa escolha é justificada pela noção de que, em qualquer situação, uma empresa que utiliza essa estratégia de preços fá-lo com o objetivo de maximizar os lucros. Na análise jurídica, argumenta-se que o processamento de dados pessoais (como a elaboração de perfis comportamentais) é uma condição essencial para estimar o preço de reserva do consumidor. Assim, o Regulamento Geral de Proteção de Dados é aplicável. Além disso, o consentimento do titular dos dados apresenta-se como o único fundamento legal viável para esse propósito específico. Uma ressalva sobre preços derivados de perfis comportamentais é o risco de vieses ocultos revelarem que, de fato, estes basearam-se em características protegidas. A questão da transparência é central para a investigação sob a perspetiva do direito do consumo, uma vez que este quadro jurídico se esforça por capacitar os indivíduos com o conhecimento que precisam para tomar decisões informadas, sem obstruir a autonomia das empresas. Outra disposição da Diretiva de Modernização relativa à transparência dos preços para os consumidores é examinada paralelamente ao tópico central – nomeadamente, as regras de redução de preços e a sua potencial interação. Por fim, as considerações conclusivas oferecidas apontam que o novo requisito de informação é um passo na direção certa. No entanto, é necessário ampliar o

seu escopo para realmente habilitar os consumidores para enfrentarem os riscos que os preços personalizados podem trazer para suas decisões de compra.

Palavras-chave: preços personalizados; perfis comportamentais; direito do consumidor; proteção de dados; Diretiva de Modernização; Big Data; Big Analytics; requisitos de informação; transparência

Quoting and other conventions

I. In the context of this dissertation, quoting other academic works will be done as follows: author or institution, title, year, and page. The complete reference to the publication, edition, and other identifying information is available in the References section.
II. For fluidity reasons, all legislative sources are briefly identified in the text or footnotes, and the corresponding complete reference can be found in the References section.
III. Similarly, jurisprudence is the Jurisprudence mentioned here refers to the deciding body, the case number, and the European Case Law Identifier, with further identifying information in the References section.
IV. The body of this dissertation has 183.085 characters, including spaces and footnotes.
V. Extensive quotes (more than 60 words) are highlighted from the body of the text for emphasis.

List of abbreviations and acronyms

A29WP	Article 29 Working Party
ACM	The Netherlands Authority for Consumers & Markets
AEPD	Spanish Data Protection Agency
CEO	Chief Executive Officer
CJEU	Court of Justice of the European Union
COVID-19	Coronavirus disease 2019 (SARS-CoV-2)
CRD	Consumer Rights Directive
DL	Decree-Law
DVD	Digital Versatile Disc
EC	European Commission
ECLI	European Case Law Identifier
EEC	European Economic Community
EDPB	European Data Protection Board

EDPS	European Data Protection Supervisor
EU	European Union
GDPR	General Data Protection Regulation
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
IP	Internet Protocol
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	Office of Fair Trading
PCAST	President's Council of Advisors on Science and Technology
PID	Price indication Directive
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
UCTD	Unfair Contract Terms Directive
UCPD	Unfair Commercial Practices Directive

1. Introduction

Perfect price discrimination, or the personalisation of a price to a certain individual, was thought to be unattainable in the past, considering the number of resources and effort that would need to be devoted to such a task, which would result in losses for the cost-effectiveness relationship. However, with the rise of the Digital Era and, more importantly, of Big Data and machine learning, it is increasingly cheaper and easier to collect and process data on individual consumers, enabling companies the opportunity to extract the knowledge needed to charge each individual consumer practically the equivalent to his or her willingness to pay for a specific product or service.

As indicated by the emphasis placed on the protection of personal data and the concurrent strengthening of confidence in the digital economy, in the context of the Communication from the European Commission on Completing a trusted Digital Single Market from 2018[1], the possibility of personalising prices to individuals is of rising interest to European Law in general, as it bears relevance both from personal data and consumer protection perspectives.

---

[1] EC – *Communication from the Commission: Completing a trusted Digital Single Market for all – The European Commission's contribution to the Informal EU Leaders' meeting on data protection and the Digital Single Market*, 2018, p. 3

Also in this sense, as a result of a fitness check carried out by the European Commission (hereafter referred to as "EC")[2], Directive 2019/2161 was adopted and currently awaits transposition to the Member States' legal regimes until November 2021. Such Directive brings a new, concise pre-contractual information duty to be added to the Consumer Rights Directive[3], compelling the trader to provide the consumer with a definite indication in case the price is personalised on the basis of automated decision-making.

Furthermore, Recital 45 of the Modernisation Directive dilates the context within which the new mandated disclosure is inserted, stating that a consumer may be offered a price devised according to their behaviour's profiling, based on the trader's ability to assess their purchasing power from processing their data. For this reason, it is necessary to provide the individual with clear information about the issue so that "they can take into account the potential risks in their purchasing decision", according to the Recital's wording.

Bearing in mind the new provision that will come into force in the near future regarding the matter at hand, along with its elucidating Recital, combined with the potential for the controversy surrounding it, this work undertakes to first look at the concept of personalised pricing, its modern--day enabling factors (which we argue lie on consumers' data processing) and the technological prerequisites that facilitate its implementation. Next, we turn to a concise evaluation of this pricing strategy's pros and cons from an economic point of view; then, we consider some empirical observations regarding the practice in the actual market[4], to finally consider the public's

---

[2] Recital 2, Directive 2161/2019 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (hereafter, "Modernisation Directive")

[3] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (hereafter, "Consumer Rights Directive" or simply "CRD")

[4] For the purposes of the present work, the market under analysis consists primarily of the Digital Single Market within the European Union's context

potentially negative opinion towards it. In particular, the preliminary results of a survey carried out with lusophone consumers are portrayed herein.

The subsequent Chapter will lay the foundations for the upcoming considerations, which will, in turn, delve into the matter of price personalisation from a legal point of view, within a European perspective, taking into consideration data protection and consumer law, with a brief note to anti-discrimination principles. The position herein subscribed is that these legal branches are not parallel but rather intertwined and complementary[5].

The third Chapter is devoted to the enabling factor behind the prospect of personalising prices, which we defend is the collection and processing of consumers' personal data in order to extract the insights needed to estimate their reservation price reliably. The analysis is carried out under the light of European Data Protection rules, especially the General Data Protection Regulation (hereinafter the GDPR[6]). The matter of under which lawful grounds may data processing take place for the purpose of employing this pricing strategy, or, in other words, under which fundament may businesses personalise their offers based on the profiling of consumer behaviour is scrutinized.

The fourth chapter dedicates itself to the task of situating price personalisation within the context of European consumer law, notably where it intersects with subjects such as online contracts, unfair commercial practices, and recent developments in the area, such as the Modernisation Directive indicated above, which arguably brought its first explicit mention to the field. The Chapter starts with considerations about some of the guiding notions from this legal branch that bear a significance to the matter at hand, then moves on towards the possible interplay with another innovation brought by the new Directive regarding pricing – namely, the rules about price reductions.

Lastly, the fifth Chapter serves the purpose of offering conclusive remarks to the present work, bearing in mind the fleeting nature of the Digital reality

---

[5] Helberger, N. [et.al.] – *The perfect match? A closer look at the relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, 2017, p. 1459

[6] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

we currently live in, in which the Legal discipline must strive for fluidity in order to constantly adapt and re-adapt itself to new technologies and their social employment. In particular, we return to the issue of the "potential risks in the (consumer's) purchasing decision" that price personalisation represents, according to Recital 45 of the Modernisation Directive.

Namely, regarding the issue of price personalisation based on automated decision-making and profiling of consumer behaviour, we conclude by arguing that a goal worthy of pursuing is ensuring the transparency of the practice by efficiently bridging the knowledge gap between the individual (consumer) and businesses (traders) in order to empower the individual to effectively decide on their own, in relation to what their data is used for and also as to their purchasing choices, particularly where profiting at the expense of personal data occurs.

2. Setting the scene – concept of personalised pricing and technological background

2.1. What is personalised pricing? Price discrimination and price personalisation

While developing a pricing strategy, a trader typically considers several different factors, such as production and distribution costs, stock levels, competition, and a general assessment of how much the potential consumers are willing to pay in exchange for a particular product or service. When the focus lies in estimating a specific consumer segment's willingness to pay, bearing little or no relation to the costs, price discrimination occurs. This pricing strategy is different from dynamic pricing, which, in turn, focuses on adjusting the price based on the shifting market conditions related to supply and demand[7].

---

[7] OFT, *Personalised Pricing – Increasing Transparency to Improve Trust*, 2013, p. 9. Moreover, Recital 45 of the Modernisation Directive specifically mentions that the new information requirement to be added to the CRD regarding personalised prices "should not apply to techniques such as 'dynamic' or 'real-time' pricing that involve changing the price in a highly flexible and quick manner in response to market demands when those techniques do not involve personalisation based on automated decision-making"

Price personalisation, a particular manifestation of the broader phenomenon of price discrimination, is by no means a fresh concept. One of the first times it was described in the literature was in Cecil Pigou's work "The Economics of Welfare", first published in 1920. In it, the author discerns three distinct instances or degrees in which price discrimination could be practised:

> *A first degree would involve the charge of a different price against all the different units of commodity, in such wise that the price exacted for each was equal to the demand price for it, and no consumers' surplus was left to the buyers. A second degree would obtain if a monopolist were able to make n separate prices, in such wise that all units with a demand price greater than x were sold at a price x, all with a demand price less than x and greater than y at a price y, and so on. A third degree would obtain if the monopolist were able to distinguish among his customers in different groups, separated from one another more or less by some practicable mark, and could charge a separate monopoly price to the members of each group. This degree, it will be noticed, differs fundamentally from either of the preceding degrees, in that it may involve the refusal to satisfy, in one market, demands represented by demand prices in excess of some of those which, in another market, are satisfied.*[8]

The notion of price discrimination and personalisation was built upon and developed over the decades. The Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter, the OECD) held a joint meeting between its Competition Committee and Committee on Consumer Policy in 2018, context within which several stakeholders prepared and presented their notes regarding the topic of personalised pricing. A summary definition of the three types or degrees originally described by Pigou was given in this context. First-degree or perfect price discrimination consists of a theoretical scenario in which every consumer is charged the equivalent of their willingness to pay. Second-degree or versioning occurs where the trader offers different versions of a product for different prices, allowing the consumer to choose which variety best suits their needs. Lastly, third-degree or group-pricing takes place when the seller takes their pricing decisions concerning different groups of consumers, taking into account the known collective characteristics[9].

---

[8] Pigou, A. C. – *The economics of welfare*, 1932, p. 279

[9] Bourreau, M.; De Streel; A. – *The regulation of personalised pricing in the digital era*, 2018, p. 2

It is important to note that personalised pricing – herein understood either as first- or third-degree price discrimination, where the price varies as a function of the individual consumer's or group of consumers' estimated willingness to pay, may either constitute a personalised discount or shape up to be, in fact, a price increase towards a particular individual.

In the present work, *a priori*, there will be no preeminent distinction between situations where the trader estimates the consumer might only be persuaded to conclude a purchase at a reduced price (thus being given a personalised discount) or, alternatively, the prediction pointing to a more price-insensitive customer, prone to paying a higher, individualised fee. While it is evident there may be remarkable and strikingly different consequences stemming from the trader's selection between these possibilities, and such considerations will not be the central focus here. This choice is made with the justification that in either situation, a trader employing personalised pricing is doing so intending to maximise their own profits, through offering consumers the precise price estimated to prod them into finalising the operation, thus arguably constituting two sides of one coin.

Subsequently, a few examples will lay out what forms these pricing strategies may take. A personalised discount could take the form of unique coupons granted to customers enrolled in a supermarket chain's loyalty program, for instance. By means of sifting through the purchase history of clients who joined the program, the supermarket chain is able to extract actionable knowledge[10] about which consumers (or group of consumers) would only be led to buy a particular item if offered a lowered price.

Another example features a business (a language school) selling a self-paced online language course. In this scenario, it is known that the production costs are invariable, as the course material only needs to be developed once, to be then sold to all interested consumers. Similarly, the distribution costs are fixed – the content can be accessed via the Internet, so there is no significant logistical difference between serving customers in different parts of the world. Now the seller has the choice to conduct a general assessment to estimate how much their target audience is willing

---

[10] The idea that the data collected in the context of customer loyalty programs are mainly used for market research and advertising purposes using profiling techniques was developed by Kamp, M.; Körffer, B.; Meints, M. *Profiling of Customers and Consumers-Customer Loyalty Programmes and Scoring Practices*. In: *Profiling the European Citizen*, 2008, p. 208

to pay in exchange for this course, or they can use their audience's personal data to refine the pricing strategy.

The language school's access to the consumers' data can have many sources – for example, it may consist of a billing address; browser and device used to access the seller's website; social media information ("sharing" the progress in the course, for example). Alternatively, the seller can purchase data regarding their intended audience from data brokers. Subsequently, all this information will be processed in order to extract conclusions regarding the consumers' willingness to pay for this online course.

In case the language school opts to individually estimate each consumer's reservation price for the online course by granularly evaluating their personal characteristics (for example, age, location, professional aspirations), then we are faced with first-degree price discrimination. On the other hand, if the seller makes available two versions of the course (one leading to a certificate and the other not) and the students can choose in which one to enrol, the pricing strategy fits into the second-degree definition. Lastly, if the school divides their target consumers into different groups according to their peculiarities to assess these groups' reservation price, then we have third-degree price discrimination. For example, single moms looking to increase their employability by learning a second language may be willing to pay more.

Turning back to Pigou's work, as a disclaimer to the very concepts he had described, he stated that "these three degrees of discriminating power, though all theoretically possible, are not, from a practical point of view, of equal importance. On the contrary, in real life, the third degree only is found"[11]. This impracticability would be dictated by the scale of effort necessary to ascertain each consumer's demand price, which could be conceivably achieved using "separate bargaining with every separate customer". Nonetheless, through the employment of versioning, second--degree price discrimination is not only viable but also relatively easy, as illustrated by the online language course example.

In a return to scale context, the endeavour necessary to implement first- or third-degree price discrimination would be far too costly, thus not justifying the struggle to price discriminate. In its report from 2013, the

[11] Pigou, A. C. – cit. 8, p. 279

late Office of Fair Trading (hereafter, the "OFT") noted that "historically, a business's ability to collect all the information necessary to help predict how much a consumer would be willing to pay for a product (a good or a service) has been too costly for businesses to implement"[12].

Nonetheless, one century has gone by, and the Digital Revolution has disrupted the reality in which we live. The amount of data routinely generated by individuals online is immense, whether it is information observed, volunteered, inferred, or collected. The market for such data is also a growing part of the global economy[13]. What was not feasible in the past – namely, ascertaining the amount each consumer is willing to pay for a particular product or service – can now be achieved relatively easily, employing technologies related to big data, machine learning, behavioural predictions, and consumer profiling.

In the examples of the unique supermarket coupons and the language school willing to charge different prices from its consumers despite the production and distribution costs of the online course being invariable, what enabled the price discrimination strategies were the insights derived from processing the consumers' data. In this context, the next section is dedicated to broadening the understanding of the technological aspects that facilitate price discrimination and personalisation, before the issue is considered from a legal perspective further on; namely, under data protection and consumer protection rules.

2.2. Technological prerequisites of personalised pricing in the Digital Era

The current epitome, "data is the new oil"[14], regardless of its debatable accuracy, is still representative of the paradigm shift that took place in the

---

[12] OFT – cit. 7, p. 7

[13] Carrière-Swallow, Y. & Haksar, V. – *The Economics and Implications of Data – An Integrated Perspective*, 2019, p. 1. The authors highlight: "Data has taken on a critical role with the rise of the digital economy. In the past decade, companies with data at the core of their business models have come to dominate the rankings of the world's most valuable corporations"

[14] The phrase is credited to Mathematician Clive Humby, who supposedly coined it back in 2006. Humby went on to elaborate that "*data is valuable, but if unrefined it cannot really be used. (Oil) has to be changed into gas, plastic, chemicals, etc to create a valuable entity that drives profitable activity; so, data must be broken down and analysed for it to have value*". The Economist published

last decade, signalling the increasing value attributed to the collection and processing of data. This change is significant in part due to the rise of artificial intelligence techniques.

The impracticability and difficulties first foreseen by Pigou, related to the sheer volume of work that would be necessary to implement price personalisation, seem to have met their match in the rise of artificial intelligence and machine learning, fuelled by Big Data and its counterpart, Big Analytics.

As computational processing tools exponentially develop and the costs associated with them decrease, the previously unattainable level of insight necessary to personalise prices for the individual consumer or specific group of consumers becomes an accessible possibility. This is but one of the vast possible myriads of socio-technological practices that artificial intelligence enables and is the subject of analysis here. The focal point is not merely the technology, but what different social players choose to use it for and what interests lay at stake, in consonance with what Jabłonowska and others[15] asserted.

Even if the application of technology is the true centre of the problematic here, in order to better comprehend the phenomenon at hand, much broader than the legal perspective in and of itself, it is necessary to broaden the understanding of the technological concepts and terminology associated with it, a task that the following lines are set to accomplish.

2.2.1. Big Data

According to Ezrachi and Stucke, Big Data has various broad and inclusive definitions[16]. These authors refer to a report from the United States' President's Council of Advisors on Science and Technology from 2014[17], within which the term's meaning varies according to different perspectives that deal with this reality.

---

a piece about this subject in 2017 ("The world's most valuable resource is no longer oil, but data"), later revisited by Forbes in 2019 ("Here's Why Data Is Not The New Oil")

[15] Jabłonowska, A. [et.al.] – *Consumer Law and Artificial Intelligence: Challenges to the EU Consumer Law and Policy Stemming from the Business' Use of Artificial Intelligence*, 2018, p. 12

[16] Ezrachi, A., & Stucke, M. E. – *Virtual Competition*, 2016, p. 15

[17] Pcast – *Report to the President: Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, 2014, p. 2

For example, this document highlights that in the field of computer science, a more technical description is given: "a term describing the storage and analysis of large and/or complex data sets using a series of techniques including, but not limited to, NoSQL, MapReduce, and machine learning". On the other hand, from a business point of view, it is understood as: "high-volume, high-velocity and high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing for enhanced insight and decision making". Finally, in a privacy context, Big Data typically means data about one individual or a group of them, or that might be analysed to make inferences about individuals.

Additionally, Big Data is commonly characterised by four V's: volume, meaning the sheer size of the data sets in question, that demand exceptional processing capabilities; velocity, referring to the speed with which new data is generated and used; variety, signalling that it comprises both structured and unstructured information and, finally, value, which translates the trustworthiness or quality of the data under analysis[18].

From a European perspective, Big Data was described as "gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organisations, which are then extensively analysed (hence the name: analytics) using computer algorithms"[19] by the late Article 29 Working Party (hereinafter A29WP[20]). At the time, it went on to say that "Big data can be used to identify more general trends and correlations but it can also be processed in order to directly affect individuals", which we argue is the case with personalised pricing, as the particular price charged for a product or service directly affects the individual consumer.

Of particular relevance for the issue of price personalisation is the collection and processing of personal data, a subcategory of Big Data that

---

[18] Ezrachi, A., & Stucke, M. E. – cit. 16, p. 19

[19] A29WP – *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2013, p. 35

[20] The Article 29 Working Party (A29WP) was the independent European working party that dealt with issues relating to the protection of privacy and personal data under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Although it has been replaced by the European Data Protection Board (EDPB) since May 2018 (entry into application of the GDPR), many of its works retain relevance and have thus been endorsed by its successor, as a number of the core elements from the Directive have been maintained within the GDPR

is subject to special legal treatment. What exactly can be considered as personal data? The GDPR defines it in broad terms in its Article 4(1) as "any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject')". In practical terms, this can relate to "tangible" things, such as past online purchases and social media posts and interactions, but also to technological identifiers and trackers, such as an IP address[21] or browser cookies[22], for example.

Still under Directive 95/46/EC, the A29WP had issued an opinion in 2007 about the concept of personal data (which remained mostly the same under the GDPR), indicating it consists of four elements: (i) any information; (ii) relating to; (iii) an identified or identifiable; (iv) natural person[23].

More recently, new and intricate implications have been added to the issue of personal data within consumer relationships, especially with the advent of Directive (EU) 2019/770[24], which strengthens the notion that data can be, in fact, a contractual counter-performance. This legal text brings intriguing innovations: its application scope includes contracts under which the consumer either pays a monetary price or provides personal data in exchange for the supply of digital content. Additionally, even its concept of 'price' is peculiar, encompassing both money or a digital representation of value[25].

It is undeniable that personal data (which conceivably could take the form of "a digital representation of value", when exchanged for the relevant

---

[21] According to AVAST, "*an IP address is a numerical representation of where a device is connected to the internet. It's how you identify where something is and, to some degree, what that thing is*"

[22] According to Norton, "*a computer "cookie" is more formally known as an HTTP cookie, a web cookie, an Internet cookie, or a browser cookie. The name is a shorter version of "magic cookie," which is a term for a packet of data that a computer receives, then sends back without changing or altering it. No matter what it's called, a computer cookie consists of information. When you visit a website, the website sends the cookie to your computer. Your computer stores it in a file located inside your web browser. The purpose of the cookie is to help the website keep track of your visits and activity*"

[23] A29WP, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data No. 01248/07/EN*, 2007, p. 6

[24] Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (hereafter, "Digital Content Sales Directive"). According to its Article 24(1), "[b]y 1 July 2021 Member States shall adopt and publish the measures necessary to comply with this Directive"

[25] Articles 3(1) and 2(7) of the Digital Content Sales Directive

service or content, as stated in the Digital Content Sales Directive) has an economic value – now, not only for companies that see it as Big Data that may lead to actionable knowledge, but to data subjects as well, who can benefit from different layers of protection, particularly from consumer contractual rules and data protection rules.

The fact that personal data may be provided by the consumer in exchange for the supply of digital content or digital services has implications to the businesses wishing to process said data to personalise its prices (admitting a business model that would encompass multiple transactions between the same parties, for instance). As developed in Chapter 3 of the present work, it is argued that the only available hypothesis allowing for the processing of personal data for the purposes of ascertaining a consumer's willingness to pay is the individual's freely given consent. Even if one postpones the analysis of whether consent can be considered as freely given in circumstances where the provision of personal data constitutes in and of itself a counter-performance to a later Chapter, the answer inclines towards the negative.

Putting the legal issues surrounding the economic value and the employment of Big Data aside for the moment, and returning to the matter which is the at the core of the present work, the next point will focus on the technological aspects of Big Data's refinement – circling back to the analogy with oil; the emphasis now lies on the techniques utilised to extract actionable insights from the source material, especially those related to the estimation of customer's reservation price.

2.2.2. Machine learning and Big Analytics

In order to obtain actionable information or valuable knowledge from Big Data, it is first necessary to process it. Considering the volume of the data sets, it would be unfeasible to subject it to human scrutiny. Thus, this is where artificial intelligence comes into the picture, and more specifically, machine learning techniques.

Within the Data Analytics industry, Analytics Software & Solutions defines machine learning as "a method of data analysis that automates analytical model building. It is a branch of artificial intelligence based on the idea that systems can learn from data, identify patterns, and make

decisions with minimal human intervention"[26]. From another point of view:

> *Instead of telling a machine how to do something, we provide it with a huge amount of input and output data (...) and let it "figure out" how to do this by itself. What the computer gets from humans is the learning algorithm (how to learn something) and data, but it "programs itself" when it comes to finding a recipe for solving a given problem.*[27]

Machine learning can be achieved through the employ of algorithms, many of which are proprietary. An algorithm can be defined as "a step by step method of solving a problem"[28], and is used to manipulate data in various ways. Ezrachi and Stucke note that "recent years have witnessed ground-breaking research and progress in the design and development of self-learning algorithms to assist in pricing decisions, planning, trade, and logistics. The field has attracted significant investment in deep learning by leading market players"[29].

The European Data Protection Supervisor (hereinafter, the EDPS) highlights that "deep learning computers teach themselves tasks by crunching large data sets using (among other things) neural networks that appear to emulate the brain"[30]. Ezrachi and Stucke point out the essential nature of the relationship between Big Data and Big Analytics, concluding that the former would be less valuable if it could not be rapidly analysed and acted upon. However, the algorithm's level of complexity is not the key, but rather, the size of the data set under scrutiny, as the belief is those simple algorithms with lots of data will eventually outperform sophisticated algorithms with little data.

One of the questions that remain is how to conciliate the growing demand for more data (one of the four V's of Big Data, velocity) with the principle of data minimisation, embodied in Article 5(c) of the GDPR. A ramification of this question is precisely how to frame the collection and processing of consumers' personal data for the purposes of price personalisation under

---

[26] Definition retrieved from the Analytics Software & Solutions Institute website.

[27] Jabłonowska, A. [et.al.] – cit. 15, p. 5

[28] Definition retrieved from the Techopedia – Technology Dictionary website

[29] Ezrachi, A., & Stucke, M. E. – cit. 16, p. 32

[30] EDPS – *Opinion 4/2015 Towards a New Digital Ethics*, 2015, p. 9

one of the possible lawfulness grounds allowed by the GDPR, and it will be the subject of the following considerations herein included, among others. As briefly mentioned in the preceding topic, it is argued in Chapter 3 that consent is the only viable option for this specific purpose.

Algorithms also play a key role in implementing price discrimination practices, as besides being employed in the construction of the behavioural profiles, they also empower automated decision-making mechanisms designed to act upon the estimation of the consumer's willingness to pay in a real-time manner not achievable by human intervention, in order to display the supposedly most attractive price for the "right" individual on cue, to maximise the chances of concluding a sale, thus justifying the name "pricing algorithms"[31].

In sum, as Jabłonowska and others have put, "what is actually happening now, under the label of 'artificial intelligence', is businesses using machine learning to make sense out of vast amounts of data (big data), to generate new knowledge, and act upon that knowledge in order to optimise certain processes, and undertake new tasks, previously impossible"[32]. That statement resonates exceptionally well in relation to price personalisation, as in the pre-digital context, one of its early scholars (Pigou) was sceptical about the possibility of actually employing this strategy.

Having first looked at the concept of price personalisation and then at the technological aspects brought by the Digital Era that counter the impracticability associated with "analogically" evaluating and bargaining with every separate consumer, the spotlight will now move on to the economic aspects that circumscribe this pricing strategy, before evaluating empirical findings and later moving on to the legal analysis.

---

[31] Seele, P.; Dierksmeier, C.; Hofstetter, R.; Schultz, M. D. – *Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing*, 2019, p. 6. The authors definition is the following: "Pricing algorithms process input data about markets and actors, accounting for numerous factors such as competitors' prices, consumer demand, or personal behavior and characteristics (such as gender, age, educational background etc.) to determine the output price in relation to the highest (i.e., profit-maximizing prices) achievable revenue"

[32] Jabłonowska, A. [et.al.] – cit. 15, p. 5

2.3. A brief economic perspective and market conditions

In addition to the previously discussed technological enabling factors, the phenomenon of price discrimination and, more specifically, price personalisation, pre-supposes certain market conditions are present. In the Background Note by the OECD's Secretariat on personalised pricing, the circumstances under which it is more likely to be observed are outlined. First, the relevant market mustn't be subject to arbitrage, signifying that re-selling of an item from an individual with a low willingness to pay to another with a higher valuation is not possible or is considerably troublesome. In the mentioned document by that international organisation, this is exemplified by digital content that must be accessed using a personal account or by non-transferrable tickets.[33]

Secondly, the trader wishing to engage in price personalisation will be more successful if it holds a certain element of market power. As indicated above, Pigou often refers to "the monopolist" in his work. However, it is sufficient that the relevant market is not perfectly competitive in favour of the trader: "personalised pricing may be particularly feasible in markets with some degree of economies of scale, economies of scope, network effects, entry costs or switching costs, enabling firms to exert some market power by differentiating prices above the marginal cost curve"[34].

Even though the focus of the present work lies in price personalisation, it is essential to note the existence of other closely-linked practices that are similarly data-driven and involve behavioural economics insights, such as the personalised ranking of offers and targeted online advertising, as highlighted in a market study sponsored by the EC[35], discussed below in the next topic. In particular, regarding the ranking of offers (personalised or otherwise), the Modernisation Directive significantly increments Directive 2005/29/EC[36] in terms of increasing transparency, determining that traders

---

[33] OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note by the Secretariat*, 2018, p. 12

[34] OECD – cit. 33, p. 13

[35] IPSOS, LONDON ECONOMICS & DELOITTE – *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union,* Final Report (hereafter, the "European consumer market study"), 2018, p. 264

[36] Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and

are responsible for informing consumers about "the main parameters determining the ranking of products presented to the consumer as a result of the search query and the relative importance of those parameters, as opposed to other parameters"[37].

Returning to the issue of price personalisation, aside from the market conditions most favourable to price personalisation and its related practices, Poort and Zuiderveen Borgesius argue that from an economic perspective, such pricing strategy actually has the potential to benefit both traders and consumers, by "[helping] the seller to regain its fixed costs without leaving many potential customers unserved"[38]. Such potential gain in efficiency is also noted by the OECD, alongside associated risks:

> *On the one hand, personalised pricing has the potential to substantially improve allocative efficiency, by enabling companies to supply to low-end consumers who would otherwise be underserved. On the other hand, personalised pricing has an unclear effect on distribution outcomes – among firms and different types of consumers – and on dynamic efficiency, since such practices can both promote innovation and rent-seeking behaviour. In some circumstances, personalised pricing can also be perceived by consumers as an unfair practice, potentially dampening trust in digital markets.*[39]

The key repercussions of the pricing strategy herein discussed upon consumer surplus were comprehensively explored by the OFT in its 2013 report regarding the economics surrounding it. Namely, these are the appropriation, output expansion, intensified competition and commitment effects. Depending upon the circumstances of the case, the outcome can be either positive or negative for consumers.

For instance, while it is possible that the trader may benefit from charging more from individuals with a higher willingness to pay (appropriation),

---

amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (hereafter "Unfair Commercial Practices Directive" or "UCPD")

[37] Article 3(4)(b) of the Modernisation Directive

[38] Poort, J., & Zuiderveen Borgesius, F. J. – *Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination*, 2019, p. 5

[39] OECD – cit. 33, p. 5

it is equally conceivable that consumers who would not be inclined to disburse the uniform price may now be identified by the company and be offered a price lower than what is feasible to offer to the general public (output expansion).

Most notably, the OFT's report appears to point that, within a market that is not a monopoly, price discrimination may actually intensify competition among traders, to the consumers' advantage – incentivising the trader to maintain a dynamic approach to its offers to try and prevent consumers from switching to the competitor's more appealing ones (intensified competition and commitment)[40].

One thought experiment might provide a valuable illustration of the potential perks of charging different prices from particular customers. Returning to the online language course pricing example, re-imagining it to fit the scenario first designed by Odlyzko, it has the potential to demonstrate how price discrimination can be "economically and socially desirable"[41]. Assuming two individuals are looking to purchase the self-paced online language course, which in this case still needs to be produced at a fixed cost of 150€. The first potential customer is willing to pay up to 70€ for it, while the second would be happy to pay 100€ for the same material.

Suppose the language school is obliged to charge the same from both individuals. In that case, the course is at risk of not getting produced at all – any price up to 70€ is capable of persuading both people to enrol, but will not bring in enough to cover the production costs. If the school charges any price between 70€ and 100€, the first individual will not be convinced to sign up, and the course will not be profitable either. Lastly, if the price for enrolment is in excess of 100€, there won't be any students at all.

Concluding Odlyzko's thought experiment, in case the language school is first able to extract actionable insights from its potential customers' data and, from that, determine their willingness to pay, ultimately charging personalised prices to each, everyone will be better off: both will pay an amount close to their valuation of the course; the production costs will be covered, and there will be profit for the language school.

Despite a general resistance towards price personalisation (as discussed in the following topic), there seem to be economic benefits to consumers as

---

[40] OFT – *The economics of online personalised pricing*, 2013, p. 25

[41] Odlyzko, A. – *Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet*, 2004, p. 5

a whole stemming from this pricing strategy that may even be, ultimately, in the individual's interest. For instance, it appears undeniable that a person would typically not oppose to being offered a personalised price that is lower than the uniform one; and even in cases where there's a surcharge, one might be convinced that it is for a good cause (e.g. charity donations).

Once again returning to the matter of the present work's boundaries, we highlight that its focus lies in the legal perspective (data and consumer protection rules) and that the issue concerning the distinction between personalised prices that are either above or below a hypothetical uniform price is not at the centre of the problematic, as opposed to their influence power. However, the examination of the key economic takeaways is crucial in order to measure the implications of certain regulatory and policy decisions more adequately. Subsequently, the analysis will now move to the public's understanding and perception regarding price personalisation.

2.4. Empirical Observations

A paradigmatic case illustrating the risk of potentially triggering consumer backlash took place in 2000, regarding the sales of DVDs on Amazon. At the time, it was discovered that the company sold certain DVDs to regular consumers at a higher price and that merely deleting the device's cookies would lead to lower prices being displayed. This incident led their CEO, Jeff Bezos, to issue a statement saying it was a mistake[42].

The previously mentioned empirical European consumer market study from 2018 has found that there is a substantial level of concern about online personalisation and that a considerable proportion of consumers do not perceive any benefits from it[43]. Moreover, less than half of the survey's respondents (44%) reported having some level of understanding about how price personalisation may work. However, in relation to the broader category of data-driven, behavioural practices, the same study also pointed out that "the findings from the consumer survey, behavioural experiment and stakeholder survey suggest that a (relative) majority of consumers see

---

[42] The online magazine Computerworld published an article about the story in September 2000

[43] IPSOS, LONDON ECONOMICS & DELOITTE – cit. 35, p. 264

both benefits and disadvantages of online personalisation. This applies in particular to online targeted advertising and personalised ranking of offers; opinions about personalised pricing tilted more to the negative"[44].

The authors Poort and Zuiderveen Borgesius conducted two surveys in the Netherlands in regards to the people's attitudes towards different forms of price discrimination. The results were published in 2019 and were starker than those from the study mentioned in the previous paragraph, although covering a much smaller population sample. By comparison, the former had respondents from all the 28 European Union Member States at the time, while the latter only comprised a representative sample of the Dutch population.

One of the interesting finds of the study mentioned above is that the way a price is personalised matters for the purposes of consumer perception and acceptance: "After being told that online price discrimination is possible, a vast majority finds it unacceptable and unfair. If online price discrimination is presented as a personalised discount based on online behaviour, the acceptance is slightly better"[45]. Even though the present work leans towards the notion that either by increasing the price in relation to the uniform one or through applying a reduction for a particular individual, the trader fundamentally does so with the aim of driving the consumer into completing the purchase (by means of echoing their willingness to pay), it is undeniable that the perception of a presumed advantage would be more pleasing in the eyes of the public.

In this sense, it is noteworthy that consumers react not only to the price personalisation practice itself, but the manner in which it is framed also plays a vital role in whether or not their perception will be negative. The authors van Boom, van der Rest, van den Bos and Dechesne carried out two "twin" studies, one among a sample of Dutch university students and another among participants in the United States of America, through the MTurk platform, with the aim of looking at how the way an individual is informed that price personalisation will take place impacts their decisions related to purchasing[46].

---

[44] IPSOS, LONDON ECONOMICS & DELOITTE – cit. 35, p. 265

[45] Poort, J., & Zuiderveen Borgesius, F. J. – cit. 38, p. 12

[46] Van Boom, W. H. [et.al.] – *Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase*, 2020, p. 5

Overall, the researchers observed that "participants did not feel treated fairly when a booking site offered a pricing policy in which personal buying habits were used to calculate individualised prices"[47]. However, after presenting different disclosure messages regarding pricing, varying the wording in order to reflect or not an alignment with the individual's self-interest (for example, highlighting the fact that the consumer's past shopping would be processed to potentially generate better deals to that person), the researchers also noted that "as the behavioural pricing information was more in line with self-interest, the intention to purchase increased"[48].

In addition to the analysis of what are the consumers' understanding and opinions about the topic, there is a concern regarding the fact that so little price personalisation seems to be taking place. Maggiolino notes that "the early empirically collected data suggests that that perfect price discrimination based solely on buyers' willingness to pay remains a phenomenon of very limited proportions"[49], citing the finds of a study conducted by the Executive Office of the President of the United States in 2015[50].

Lastly, as the year of 2020 brought a global health crisis that compelled the majority of the world's population to limit their in-person interactions in an effort to reduce the spread of COVID-19, people have been forced to live a greater proportion of their lives in the digital environment. Additionally, evidence shows that online shopping has increased in comparison to the pre-pandemic era[51], in a trend also observable in the context of the European digital market. Consequently, as people now carry out a larger portion of their purchases online, it is presumable that the opportunities for businesses wishing to personalise their prices equally multiply.

The following question that comes to mind is whether businesses are simply not engaging in the practice and thus "leaving money on the table" or, instead, if they personalise their prices but do so in a fashion that is not entirely transparent to the consumer. Such an issue is of pivotal importance, as it will be detailed in the following Chapters – first, from a

---

[47] Van Boom, W. H. [et.al.] – cit. 46, p. 9

[48] Van Boom, W. H. [et.al.] – cit. 46, p. 12

[49] Maggiolino, M. – *Personalized prices in European Competition Law*, 2017, p. 10

[50] See White House – *Big Data and differential pricing*, 2015

[51] PwC Study – Global Consumer Insights Survey, 2020, p. 14

data protection perspective and then, from a consumer law point of view – as the European legal framework allows price personalisation, provided it is done in a transparent manner. Nonetheless, the attention will first turn to the preliminary results obtained in a survey carried out mainly among consumers living in Portugal but also aimed at lusophone consumers in general and their viewpoint regarding price personalisation.

2.5. Survey carried out with lusophone consumers

In the context of the academic and empirical research developed within the NOVA Consumer Lab[52], a survey was designed to investigate what is the perception of lusophone consumers regarding personalised prices[53]. Until the completion of this work, the survey had not yet met the pre--established goal of four-hundred participants; nonetheless, with more than three-quarters of that already accounted for, it is conceivable to observe and draw out stable trends. In this sense, even though the survey results will require greater scrutiny in a separate opportunity, some of its most evident indications are preliminarily explored here. A complete transcript of the original questions in Portuguese and their respective translation into English can be found in the Annex.

The study was inspired by those mentioned in the previous topic, namely the European consumer market study and those carried out by Poort and Zuiderveen Borgesius and also by van Boom and others. Nevertheless, with the benefit of the Modernisation Directive already in existence, one of the main goals of this particular endeavour was to investigate what is likely to be consumers' understanding and reaction when faced with disclosures pertaining to price personalisation – whether or not these would impact their purchasing decisions, or even what would they perceive as an adequate level of information to be provided with, in case their personal data was processed to adjust commercial offers.

---

[52] The NOVA Consumer Lab defines itself as a hub that aggregates activities developed by the NOVA School of Law in the area of consumer law, namely related to information, training, research, studies and opinions, dispute resolution, editorial activities, internships, digital content, support to consumers, companies and other entities

[53] The project was conducted in a partnership with Prof. Dr. Fabrizio Esposito and Leonor Bettencourt

From a practical standpoint, the methodology involved a questionnaire built using the Google Forms platform that was propagated using the NOVA Consumer Lab's and its members' social media channels, through general requests for participation and sharing on Facebook, Instagram, LinkedIn, and WhatsApp. After a few months of careful preparation, the survey started accepting responses on 12 September 2020 and, a little over one month later, has gathered three hundred and twenty-three participations[54].

The questionnaire was comprised by an introduction, followed by which the participant was asked if they were at least 18 years old and also informed that their response data would be used solely for academic research purposes and would be kept anonymous. Following that, the first section was dedicated to gathering demographic data, before moving on to the inquiry on price personalisation itself.

Subsequently, the participant was faced with four groups of questions: first, concerning their online consumption habits, and especially their attitude concerning "terms and conditions" and "privacy policies" (related to legally mandated disclosures). Then, the survey moved on to their perception about price personalisation and whether or not they thought it already occurred to them, among other issues, such as their opinion regarding the practice's fairness. At this stage, it was also asked what level of information regarding this pricing strategy they thought should be provided to the consumer.

The third group of questions focused on price personalisation's impact upon consumption habits, and particularly upon the hypothesis of it varying in accordance with how the information about it was presented to the individual. Lastly, the fourth and final section was dedicated to investigating the participant's opinion about hypothetical instances in which it could occur – whether or not it would be unacceptable and unfair or the opposite, acceptable and fair.

As stated, the survey was aimed at lusophone consumers. Therefore, on the matter of sample base, out of the more than three-hundred participants that had filled the questionnaire until the completion of this work, approximately 82% declared residing in Portugal; the remaining subjects

[54] Up to 25 October 2020

were mostly in Brazil, and a few were in other places. The majority were female (about 70%) and declared to have at least some level of higher education (about two-thirds said to hold either a Graduate's, a Master's or a Postgraduate's degree). The largest age group was comprised of participants from 25 to 39 years (about 44%), and only a minority declared to be 60 or older (less than 6%).

In the context of the first group of questions regarding online consumption habits, when asked about their attitude towards a store or service provider's terms and conditions and privacy policies, the vast majority of the subjects said to agree at least in part with the phrase "I usually just scroll through the page quickly so that I can access the content faster". Participants were asked to place their agreement with the relevant phrase within a 1 to 7 scale, in which 1 represented total disagreement and 7 signified complete agreement. Approximately 81% of the participants chose either 5, 6 or 7 in this situation, indicating at least some level of assent. Most notably, out of this figure, the single most-chosen option was 7, with about 49% of the total selections, as it can be observed from Figure 1 below.

Foreseeably, yet on the matter of mandated disclosures, most of the participants said to disagree at least partially with the phrase "I always read the information in full, before completing my registration". Here, they were asked to place their concordance with the phrase above within a 1 to 7 scale, in which 1 represented total disagreement and 7 signified complete agreement (similar to the previous statement). Approximately 74% of the subjects chose either 1, 2 or 3 in this situation, suggesting that, in fact, most do not regularly engage in the scrutiny of the information made available by traders – additionally, the single most-chosen option was 1, with about 40% of the total responses.

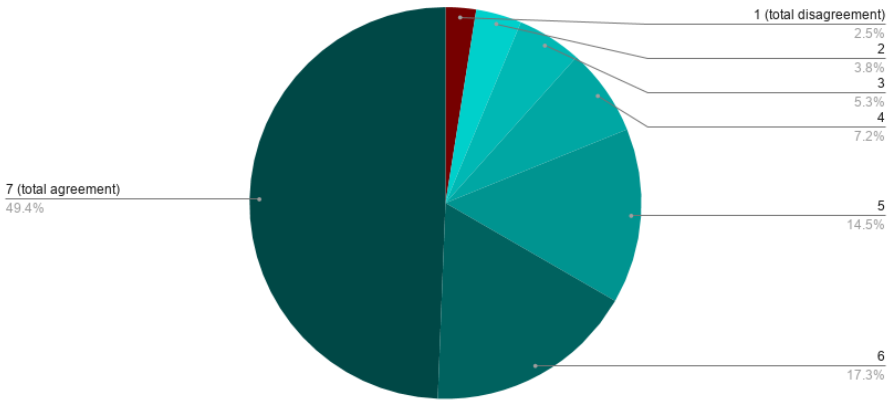

Figure 1 – *Regarding "Terms and Conditions" and "Privacy Policy", on a scale of 1 to 7, tell us how much you agree with the statement: I usually just scroll through the page quickly so that I can access the content faster.*

Moving on towards the second group of questions, now related to the consumers' perception and attitude toward price personalisation, the trend revealed in the survey until the completion of the present work is quite interesting. Firstly, there seems to be some level of uncertainty regarding the existence and prevalence of the commercial practice. This is indicated by the divide among participants when asked whether they thought they were already offered a price that was adjusted to them based on their data – roughly, 42% replied "yes", while 33% said "no" and 25% "maybe". Furthermore, when asked about how often they believed online offers vary based on user data utilizing a 1 to 7 scale, in which 1 represented none of the time and 7 signified every time, participants were scattered through the range – albeit the largest concentration of answers landed right in the middle, as almost 37% answered they thought it happened sometimes.

The split in the participants' answers is even more accentuated when faced with the question regarding what they suppose is more likely to have happened when presented the exiguous indication that a price had been personalised to them based on their digital profile – whether the price had either increased or decreased or if both were equally possible. In sum, while only a little over 15% of participants are confident the price increased, the remainder was divided among indefinite suppositions, as it can be seen

in Figure 2 below. What is indisputable is that armed with just this scant information, the majority (approximately 87%) answered they would either continue searching for the product or similar on other websites or employ techniques such as clearing their cookies and using an incognito browser.

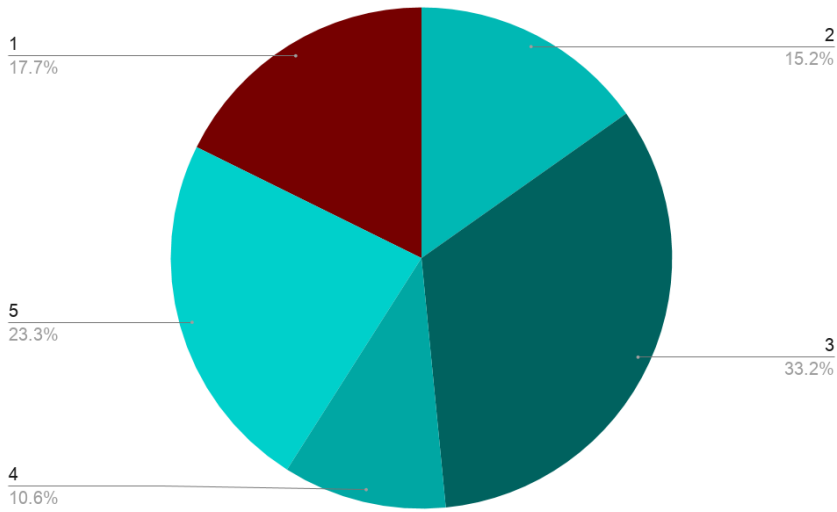

Figure 2 – *Imagine that you decided to buy a product online (for 10€). The website informs you that "this price has been personalised for you, based on your digital profile". Do you believe that:* ***1*** *– Do not know;* ***2*** *– The price increased;* ***3*** *– It is more likely that the price has increased, but it is also possible that it has decreased;* ***4*** *– It is more likely that the price has decreased, but it is also possible that it has increased;* ***5*** *– It is equally possible that the price has increased or decreased.*

It is important to note that despite the scattered responses when the participants were presented with exiguous information about the practice, as described above, once asked directly whether they thought price personalisation is unfair and should therefore be prohibited, the most-chosen option was "No, it is enough that the consumer is informed about it", with about 44% of the total responses. Nonetheless, most of the remaining responses were split between "Yes, it should be prohibited, but only when it occurs to the detriment of the consumer" and "Yes, it should be prohibited in all circumstances", with approximately 28% and 26% respectively. Lastly, only a negligible portion of participants answered: "No, it is a fair practice and should not be prohibited under any circumstances" (about 1.5%).

Most remarkably, when asked about what was their opinion regarding an "adequate" level of information consumers should be provided with in the case of price personalisation, the participants seemed to lean towards the general criteria around which the price may vary, according to the individual's characteristics, and even more so to the matter of how much the price was personalised, in terms of an increase or decrease. In a multiple-choice question, almost 56% of the respondents selected the option "the website should inform the main/general parameters according to which prices will vary based on the user's data" and approximately 68% selected "the website should inform the extent to which the price has been personalised for the particular consumer, in terms of how much the increase or discount was".

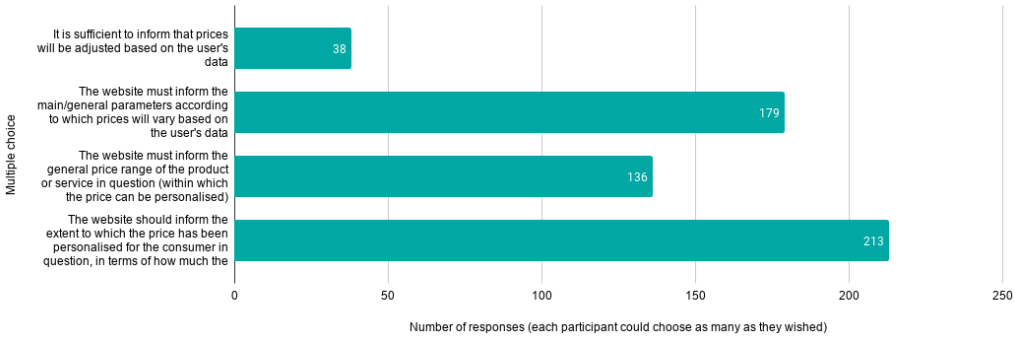

Figure 3 – *In view of price personalisation, in your opinion, what is the appropriate level of information that the website should be obliged to provide? You can select one or more options*

In the third section, the emphasis laid on the manner through which the consumer was made aware of the employment of price personalisation and how it impacted their purchasing decision. It contained three variables, differing mainly regarding how the disclosure to the consumer was framed. In the first instance, it indicated that the offer was more expensive, and it also pointed out how much the price had increased in relation to the uniform one. In the second occasion, it pointed towards only a price reduction being possible, without a clear indication whether or not it was in fact applied or how much it represented in terms of a discount. Lastly, the final one stated only that the price could either have suffered an increase or a reduction, without signalling how much or even if the personalisation effectively occurred.

On the one hand, when met with the unambiguous scenario where they knew how much the price offered to them had increased based on their digital profile, most of the individuals chose the option "Search for the product or similar on other websites" (about 70%), and only a minuscule part chose "Proceed with the purchase on this website" (about 1.5%). On the other hand, when faced with the inconclusive indication instances – that the offer could either be higher or lower than the uniform price, or even simply not knowing whether or not they benefit from the possibility of a personalised discount, the participants seem to have displayed an adverse reaction towards the lack of clarity – or, in other words, transparency. This is observable by the options "Negatively: the possibility of either an increase or a discount would decrease my desire to buy" and "Negatively: not knowing whether or not I benefited from the discount would decrease my desire to buy" concentrating the majority of the responses (approximately 71% and 45%, respectively). These preliminary results are better illustrated by the charts below.

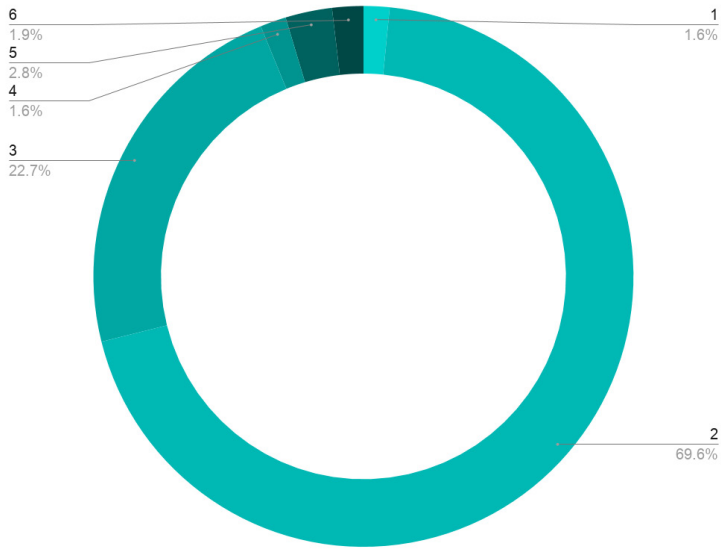

Figure 4 – *Imagine that you decided to buy a product online (for 100€). The website informs you that "the price has been increased by 5% based on your digital profile". What action would you take?* ***1*** *– Proceed with the purchase on this website;* ***2*** *– Search for the product or similar on other websites;* ***3*** *– Search the same website, but using the browser anonymously, after clearing cookies;* ***4*** *– Either one of the previous options;* ***5*** *– Would not buy;* ***6*** *– Other*

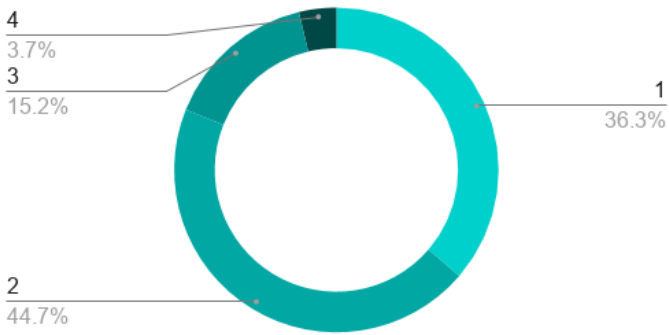

Figure 5 – *If the website indicated that only a price reduction would be possible based on your data, how would that affect your attitude?* ***1*** *– Positively: the mere possibility of a discount would increase my desire to buy;* ***2*** *– Negatively: not knowing whether or not I benefited from the discount would decrease my desire to buy;* ***3*** *– Indifferent: a possible discount based on my data does not interfere with my desire to buy;* ***4*** *– Other*

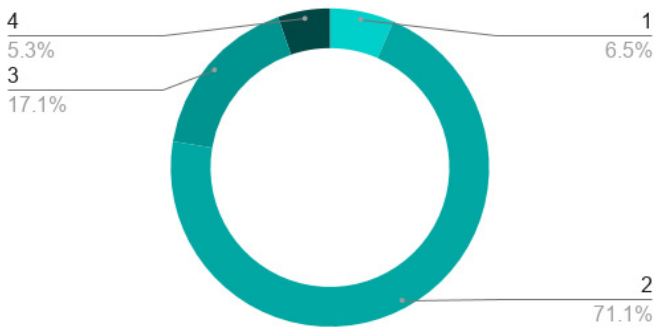

Figure 6 – *If the website indicated that either a reduction or an increase in price would be possible on the basis of your data, how would that affect your attitude?* ***1*** *– Positively: the possibility of either an increase or a discount would boost my desire to buy;* ***2*** *– Negatively: the possibility of either an increase or a discount would diminish my desire to buy;* ***3*** *– Indifferent: the possibility of either an increase or a discount does not interfere with my desire to buy;* ***4*** *– Other*

Subsequently, in the fourth and final question group, a list of situations in which price personalisation takes shape was presented to the participants, who were then asked to place each on a scale measuring its acceptability

and fairness, whereas 1 corresponds to "absolutely unacceptable/unfair" and 7 means "absolutely acceptable/fair". Out of the fourteen circumstances, the most distinguishable trend towards suitability is observed where the difference in prices is "justifiable" – when a museum offers discounts to senior citizens and students or when products are sold in family-sizes and the price per unit is lower, with more than 63% and 49% of participants selecting 7, respectively. Additionally, the responses regarding discounts offered by a supermarket to all customers that are loyalty cardholders were also positive (more than 52% chose absolutely acceptable/fair).

Conversely, the situations participants seem to have found most intolerable are those of a hotel that charges higher fees from users who access the website through Apple devices than those who access via Android or Windows devices and of an online language school that varies course prices based on the digital profile of each student (about 62% and 48% of the responses concentrated on absolutely unacceptable/unfair, respectively).

As mentioned earlier, the results herein described are preliminary in nature, considering the survey had not yet reached the final goal of participation until the completion of this work. However, bearing in mind that more than 80% of the target was already fulfilled and therefore, the observable trends were highly unlikely to shift, the remarks developed here hold their ground in regards to illustrating the lusophone consumer's understanding and opinion towards price personalisation based on the profiling of their behaviour.

The Modernisation Directive has brought the new information requirement to be added to the CRD, to which Recital 45 sheds some light. However, the scope of what must be included in this mandated disclosure remains overly broad. From what the results of this survey point at, in particular the third group of questions, the manner through which this information is framed substantially impacts the consumers' confidence and purchasing intentions. In this context, it is worthwhile to revisit the responses given to the inquiry into what the participants believe to be an appropriate level of information when a trader decides to implement this pricing strategy – namely, the general parameters and criteria around which the price may vary, according to the individual's characteristics, and even more so the extent to which the price was affected, in comparison to the uniform rate.

Having first looked at the concept of personalised pricing, the technologies that enable it, its economic implications and also how it is regarded by its addressees (the consumers), the analysis will now centralise on the legal structure within which this practice may occur – more precisely, data protection and consumer law. Although it is admitted that these legal disciplines are not detached or disconnected from one another, they will be examined one at a time, purely for methodological reasons. Additionally, while we recognise that other legal branches also bear significance to the matter at hand (for example, competition law), these fall outside the scope of the present work.

3. The use of the consumers' personal data for the purpose of personalised pricing

3.1. Personalised pricing and the applicability of the GDPR

As it was outlined in the previous Chapter, price personalisation (first or third degree price discrimination) in the current Digital Era may be effectively pursued through the collection and processing of consumers' personal data. In order to carry out this task, companies within the European Union or those dealing with data pertaining to subjects located therein must comply with the European data protection law, mainly consubstantiated in the GDPR[55]. According to Steppe:

> *In order to price discriminate, a provider must be able to identify different market segments as well as their respective price sensitivities. Such identification depends on the availability*

[55] The material scope of the GDPR is defined in its Article 2: "This Regulation applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system". The territorial applicability scope of the GDPR not only englobes companies established within the European Union but in accordance with Article 3(2), it also applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union

> *of market information, e.g. retrieved through 'big data'. More specifically, the processing of large datasets allows to build both predictive user profiles (i.e. data obtained by observing user behaviour over time) and explicit user profiles (i.e. data provided by users themselves, for instance when filling out registration forms), as well as a combination of both. The GDPR broadly interprets the concept of 'information', which covers both 'objective' (e.g. one's past retail purchases) and 'subjective' data (e.g. one's posts on social networking sites) (...). As a result, data used for market segmentation and subsequent price discrimination purposes will generally constitute 'information' in the sense of the GDPR.*[56]

Having established that personal data collection and processing is a *conditio sine qua non* of modern-day price personalisation, it is now relevant to analyse the legal framework within which such an operation may take place. Under its Articles 1 and 2, the GDPR lays down rules relating to the protection of natural persons concerning the processing of personal data and is applicable to the processing of personal data wholly or partly by automated means, thus englobing price personalisation that is carried out by means of processing the consumers' personal data in order to estimate their willingness to pay for a particular product or service.

In this context, the GDPR contains several essential elements such as definitions, principles and certain conditions inherent to personal data collection and processing. Similarly, to the exercise employed in the previous part of this work regarding the technological context, it is once again necessary to observe the conceptual rigour of the data protection features relevant to the price personalisation analysis.

3.1.1. Key concepts from the GDPR for the purposes of price personalisation

As explored in the preceding Chapter of this work, it is necessary to understand what is personal data for the purposes of the GDPR and for the operationalisation of personalised pricing. According to Article 4(1), it means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'). This definition is broad, as to englobe technology that is ever-changing and evolving.

---

[56] Steppe, R. – *Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective*, 2017, p. 773

Regarding the parties involved in data processing other than the data subject, there are the figures of the controller (the entity that determines the purposes and means of the processing of personal data)[57] and the processor (the entity that processes personal data on behalf of the controller)[58]. Bearing in mind that the present work subscribes to the idea that data protection and consumer law are complementary, especially in matters related to digital markets, these last terms will also be used interchangeably with "trader", "business" and "seller".

Processing means any operation or set of operations which are performed on personal data or sets of personal data, whether or not by automated means[59]. An arguably more intensive form of processing is profiling, defined as any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements[60].

In an Opinion from 2010, the A29WP noted that there are two main approaches to building user profiles: one being predictive profiles (established by inference from observing individual and collective user behaviour over time, particularly by monitoring visited pages and ads viewed or clicked on), and the other, explicit profiles (personal data that data subjects themselves provide to a web service, such as by registering to a certain website)[61]. These can be combined and used to extrapolate predictions about a user's future behaviour, including to ascertain their willingness to pay for a product or service, and consequently, setting a personalised price for it. As profiling holds a critical significance to the issue at hand (as made evident by the reference made by the Recital 45 to the Modernisation Directive), it will be examined in more detail under point 3.4.

The element of consent is constant throughout the GDPR, and given its importance, it will be scrutinised in greater detail later on. It is defined in Article 4(11) as any freely given, specific, informed and unambiguous

---

[57] Article 4(7), GDPR

[58] Article 4(8), GDPR

[59] Article 4(2), GDPR

[60] Article 4(4), GDPR

[61] A29WP – *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising No. 00909/10/EN*, 2010, p. 7

indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her.

With the conceptual framework of European data protection law in mind, the next step is to ponder over the guiding principles of personal data processing, especially those with greater relevance for price personalisation.

3.1.2. Principles of data processing with particular relevance for price personalisation

The principles for personal data processing are laid out in Article 5 of the GDPR. They dictate that personal data shall be processed lawfully, fairly, and transparently; collected for specific and explicit purposes; limited to what is relevant within the constraints of said purposes; kept accurate, among other provisions.

Each of these principles brings consequences for a business wishing to collect and process consumers' personal data with the aim of personalising its pricing practices, some in a more pronounced manner than others. To comply with its obligations under the GDPR while extracting the actionable knowledge needed to assess the consumers' willingness to pay, the trader must bear in mind the ramifications and implications of the Article mentioned above.

Lawfulness, fairness, and transparency must be preserved throughout the endeavour, which starts with the precise definition of what is the purpose of the collection and processing. This step is of fundamental importance, as it has implications on the decision regarding what will be the appropriate lawfulness ground for the data collection and processing operation. Furthermore, as it will be argued in the following topics, consent seems likely to be the only viable option for the purpose of personalising prices, which precludes the possibility from Article 6(4) of further processing for a purpose other than that for which the personal data have been collected.

One of the objectives pursued by these principles and their legal materialisation, in particular transparency, is to ensure that the individual is made aware of the possible outcomes from his or her data being collected and processed by businesses or later sold or shared with other processors. The negative effects associated with unpredicted data processing results

(from the consumer's point of view), one of which could be being charged a higher, personalised price for a certain item or service, are meant to be curbed by the legal imposition that collection must happen for specified, explicit and legitimate purposes.

Considering the wording used by Recital 45 of the Modernisation Directive, which we argue shows that the *raison d'être* behind the first explicit mention of price personalisation in European consumer legislation is to enable the individual to take into account the potential risks in their purchasing decision brought by this practice. The connection between the new information requirement to be added to the CRD and the principle of transparency from data protection, especially in relation to the individual's awareness of the possible outcomes from personal data processing, is made evident.

Moreover, the Recital mentioned above pointedly makes reference to a pricing strategy devised on the basis of consumer behaviour profiling. Also, it clarifies that the new mandated disclosure is without prejudice to the GDPR. Consequently, it is relevant to note that profiling is a distinctive variety of data processing that entails an increased level of scrutiny. Evidence of this can be found on Recitals 60 and 63 of the GDPR, both of which indicate that when profiling occurs, the individual should be informed about the consequences it will bring upon them.

In theory, the data subject should be conscious about these potential implications in a moment prior to their data being collected, but that is not always the case, as the regular consumer ordinarily checks the "I accept" option related to the privacy policy hastily, in order to enjoy whatever lies on the next page[62]. Later on, the effectiveness of mandatory information duties – the primary mechanism employed by the European legislator in pursuit of transparency and the mitigation of knowledge asymmetries – will be contemplated.

Momentarily going back to the empirical observations discussed in the previous Chapter, we highlight the lack of understanding reported by the majority of the participants in the European consumer market study and the divided responses gathered in the survey with lusophone consumers (eminently about what they thought had happened when faced with

[62] As noted in the European consumer market study – cit. 35, p. 92. Additionally, this behaviour was empirically observed on the trends emerging from the survey with lusophone consumers detailed in point 2.5 of Chapter 2.

the succinct information that their offer was personalised). Taking this into account, it is reasonable to expect the consequent lack of foresight regarding data processing directed at personalising prices to individual consumers, who might be thoroughly taken by surprise, despite being formally presented with the mandated disclosures both regarding the purposes of the data processing for which their consent is sought and, later on, once the Modernisation Directive comes into force, the specific information requirement it added to the CRD.

Having examined the general framework of data protection and its most relevant principles in relation to price personalisation, albeit, with the caveat regarding the individual's awareness of the implications the processing of their data may bring upon them, the subsequent topic will focus on the issue of the legitimacy of such a practice, to later aim the attention at what are the possibilities to ensure its lawfulness.

3.2. The legitimacy of data processing for the purpose of assessing the consumer's willingness to pay

According to Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the freedom to conduct business in accordance with Union Law and national laws and practices is recognised. Borrowing from the common law principle that everything that is not forbidden is allowed, which is loosely related to contractual freedom, the practice of personalising prices to different consumers, depending on their particular willingness to pay, has no legal preclusion.

In fact, as already mentioned in several of the previous points, price personalisation is mentioned in Recital 45 and Article 4 of the Modernisation Directive as a possibility put at the traders' disposal, granted it is carried out in a transparent manner, and certain informational requirements are met, both on the data protection and the consumer law fronts. These mechanisms, although at play during distinct moments from the individual's point of view, have similar goals, which will be the object of scrutiny further on; namely, on the next topic and Chapter, respectively.

Therefore, the conclusion reached is that in and of itself, the purpose of collecting and processing consumers' personal data for personalising the prices of the offers that will then be presented to them is, in theory, legitimate

under data protection law, as it is not forbidden – having established that, the question of what lawfulness grounds under which the actual operation will take place arises. Later on, the matter of legitimacy (theoretical) and compliance with the applicable data protection rules (practical) will also be relevant for consumer law rules, in particular those related to unfair commercial practices, as examined under point 4.4 of the present work.

In other words, the matter of legitimacy is assessed in a previous, theoretical moment, and the conclusion reached is that because there is no prohibition in the legal framework, the collection, and processing of consumers' data to estimate their reservation price is legitimate. In a subsequent moment, a concrete situation must be evaluated, in order to ascertain whether or not a particular processing purpose possesses an appropriate lawfulness ground to take place. Moving even further in the timeline, the adherence to data protection principles and rules will bear direct consequences in the assessment of a commercial practice under consumer law rules, particularly those concerning unfairness.

Consequently, the following subheading is dedicated to inspecting what are the options made available by the GDPR to the traders wishing to integrate this pricing strategy in their business, in terms of ensuring their data processing is based on solid lawful grounds.

3.3. Lawful grounds for data processing for price personalisation

The business wishing to personalise its services' or products' prices through the application of consumers' personal data processing – this being the specified and explicit purpose of the operation – must do so on the basis of one of the grounds described in the extensive list from Article 6 of the GDPR.

In the context of personalised pricing – namely, in a commercial, trader-consumer relationship – three out of the six possible hypotheses have more relevance than the others. This is because it is unlikely to envisage a situation where data processing with the goal of devising a pricing strategy corresponds to a legal obligation or is carried out for the protection of vital interests of the data subject or another natural person, or even conducted within the public interest or exercising official authority vested in the controller.

Therefore, it results that the remaining three possible lawfulness grounds – namely, the consent of the data subject for one or more specific purposes; the necessity for the performance of a contract and the legitimate interests pursued by the controller or by a third party – need to be analysed, to ascertain which is better delineated for the purpose of estimating and setting the highest price the consumer is inclined to pay.

3.3.1. Processing necessary for the performance of a contract

In the case of processing necessary for contract performance, the European Data Protection Board (hereinafter, the EDPB) issued guidelines about the applicability of the provision in the context for online services, in which the notions of "necessity" and "necessary for the performance of a contract with the data subject"[63] were explored.

In its above-mentioned guidelines, the EDPB states that "it is important to note that the concept of what is 'necessary for the performance of a contract' is not simply an assessment of what is permitted by or written into the terms", but rather relates to the specified purpose of the processing. There must be a nexus with what is objectively necessary for that particular contract's performance[64].

According to De Streel and Florian, two conditions must be fulfilled to achieve lawfulness in the operation: (i) the data subject must be a party to a contract and (ii) the data processing must be necessary for its performance[65]. The first condition is readily satisfied, as, depending on the business model, the trader and the data subject are parties at least of a contract for the purchase of a good or a service; at the same, it is not so easy to verify the second one. Said authors go on to highlight that the threshold of the necessity test is a high one, as the A29WP is of the opinion that it must be interpreted narrowly[66].

---

[63] EDPB – *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 2019, p. 9

[64] EDPB – cit. 63, p. 10

[65] De Streel, A. & Florian, J. – *Personalised pricing and EU Law*, 2019, p. 11

[66] A29WP – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2018, p. 13

The authors Poort and Zuiderveen Borgesius go even further, saying that "it is unlikely that personal data processing for personalised pricing could be based on this legal basis (...). The fact that a company sees personal data processing as useful or profitable does not make the processing necessary"[67], but rather merely useful for its purpose of achieving the highest level of profit possible, by means of extracting the entirety of the consumer's surplus.

As the hypothesis now examined does not seem favourable for the purpose at hand, and having in mind that the ultimate reason for employing price personalisation techniques is indeed to maximise a business' profit and not an essential condition for performing a contract with a consumer, it is necessary to analyse the legitimacy of this interest for the purposes of the next lawfulness ground for personal data processing, especially in relation to the interests or fundamental rights of the data subject.

3.3.2. Legitimate interests of the controller or a third party

In the case of processing carried out for the sake of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, it is essential to note that a balance must be struck, as these can be overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data. Similarly, the preceding lawfulness ground, this hypothesis also encompasses a necessity test, as highlighted by the A29WP in its Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller[68].

The author Steppe[69] notes that the A29WP, in its Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines, "considered it difficult to find a legitimate ground for personalised advertising (comparable to price discrimination in the sense that both techniques target consumers with personalised offers to increase corporate revenues) if users have not signed in on the basis of specific information regarding the processing

---

[67] POORT, J. & ZUIDERVEEN BORGESIUS, F. J. – *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, 2017, p. 360

[68] A29WP – *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC No. 844/14/EN*, 2014, p. 29

[69] STEPPE, R. – cit. 56, p. 780

purpose". Furthermore, said author mentions that the Court of Justice of the European Union (hereinafter, the "CJEU") "similarly derived, from a significant impact on the fundamental rights to privacy and protection of personal data, the inability to argue for justifications based on mere economic interests"[70].

It is relevant to summon to mind the fact that while the freedom to conduct business is valued by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the protection of personal data is also treasured in its Article 8. In this context, while seeking commercial success by profiling the consumer to assess their reservation price is, at first glance, a legitimate interest, when put into perspective compared to the individual's right to the protection of their personal data, it does not hold true as a viable alternative to substantiate the lawfulness of data processing on its own.

Lastly, as the scope for both of the hypotheses detailed above appears to be significantly narrow, the lawfulness ground for processing that holds the most promise for price personalisation purposes is the data subject's consent, subsequently analysed.

3.3.3. Consent – freely given, specific, informed and unambiguous

As none of the other possibilities brought by Article 6 of the GDPR quite fit the phenomenon of price personalisation, the option to carry out data processing based on the data subject's consent appears to be the sole viable alternative. The authors Poort and Zuiderveen Borgesius are of the opinion that "[i]n sum, the data subject's consent seems the only legal basis available in GDPR for personalising prices (...). If the consumer does not consent (and the company cannot rely on another legal basis), personal data processing is not allowed"[71], a view to which this work subscribes.

Bearing the above in mind, it is crucial to consider the elements that constitute valid consent, enunciated by Recital 32 and Article 7 of the

---

[70] Case C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González EU:C:2014:317 [2017] 3 C.M.L.R. 50, paras 80–81

[71] Poort, J., & Zuiderveen Borgesius, F. J. – cit. 67, p. 361

GDPR[72]. In this respect, the A29WP issued guidelines on the subject that were later endorsed and updated by the EDPB, highlighting that it must be (i) freely given, (ii) specific, (iii) informed and (iv) unambiguous[73].

The first requirement determines that consent must be freely given, which in turn has different levels of meaning. On one level, it entails that the data subject must have a real choice of whether or not to consent, without associated detriment. From another angle, the focus lies on conditionality, as in the analysis of whether or not it is formulated as a prerequisite to enter into a contract with the data processor, either in a situation "bundling" or "tying" or yet, in a circumstance in which the personal data is supplied in exchange for something (digital content, for instance).

Article 7(4) and Recital 43 to the GDPR provide pertinent insight, especially the latter's final part: "consent is presumed not to be freely given (...) if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance". This presumption is justified because it is evident that, when a trader conditions the access to a certain deal to the individual's supply of consent to the processing of their personal data, it can be reasonably inferred that said consent was given out of the wish not to be denied service (detriment), thus not being given in a free manner.

From another point of view, if the envisioned data processing is strictly necessary for the performance of a contract, the appropriate lawfulness ground under which it can take place should be Article 6(b) and not 6(a). If it extrapolates the scope of what is necessary (thus, failing the previously mentioned "necessity test"), then consent may be considered as the better option. In addition to an adequate choice of lawfulness grounds, the EDPB is of the opinion that "the GDPR ensures that the processing of personal data for which consent is sought cannot become directly or indirectly the counter-performance of a contract"[74], as it would then be presumed to be not freely given.

The issue of personal data as a counter-performance in the context of consumer contracts has gained further contours with the advent of the

---

[72] In addition, the notion of what is comprised as valid consent is ccomplemented specially by the interpretative guidance of Recitals 42 and 43 to the GDPR.

[73] EDPB, *Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679*, 2020, p. 7

[74] EDPB – cit. 73, p. 10

Digital Content Sales Directive, which would merit a much more detailed analysis that falls outside the scope of the present work. Nonetheless, the fact that the provision of personal data occurs precisely in exchange for the supply of digital content or services seems to demonstrate that, in such situations, the consent granted for its processing cannot possibly be "freely given".

In case a business seeks the data subject's consent for processing decoupled from the possibility of entering into a contract (thus not "tied" or "bundled" to it), in addition to the data itself not constituting a counter--performance to the trader's contractual instalment, even then the consent will only be inherently free in case there is no detriment for the individual if they refuse, including assurance of the possibility of still entering into the agreement with the trader despite not giving consent to their data being processed.

In the specific case of price personalisation, a refusal by the data subject entails the impossibility of offering them a personalised price (simply because it is not possible to estimate it, due to the lack of insight), but would compel the trader to conclude the deal nonetheless, otherwise being at risk of invalidating its lawful grounds for data processing. Within a business model that includes multiple transactions between the same parties, this would be particularly relevant for maintaining the trader's compliance with data protection regulations. To better illustrate this notion, we return to the online language school example. In case it combines a "social network" element to its teaching methods ("sharing" the progress in the course, learning with friends etc.) and a student denies their consent to the processing of their data for price personalisation purposes, the business will then not be able to use it to estimate how much they are willing to pay, but will be required to sell them a course nevertheless.

Having analysed what is comprised within the notion of "freely given" consent to a certain extent, the following prerequisites for valid consent aim at balancing the informational asymmetry that exists between the data controller and processor, on the one side, and the data subject, on the other. We argue that these are another one of the materialisations of the transparency principle from Article 5(a) of the GDPR, and it dictates that at least certain aspects must be communicated to the individual prior to the processing, such as the controller's identity, the processing purpose for which consent is sought, among others.

In this sense, the second and third requirements for consent are inherently connected and are related to the data subject's knowledge ("informed") of what exactly ("specific") he or she is consenting that their personal data is processed for. This is a particular stress point for data processing with the purpose of estimating consumers' willingness to pay, as there is empirical evidence that people may find price personalisation unfair and unacceptable[75]. Additionally, as the Modernisation Directive refers to price personalisation based on profiling, there is yet another layer to the trader's obligation to inform the individual about the possible outcomes and consequences of said profiling, as indicated by Recitals 60 and 63 to the GDPR, as it configures a particularly intense form of processing.

Considering it is highly unlikely that an individual grants their consent to the processing of data with the specific purpose of setting the highest price they would be willing to pay, whether it is formulated under the guise of a discount or not, it then becomes a veritable challenge of legal meandering to comply with these provisions for obtaining valid consent. Nonetheless, despite the rigorous nature of the GDPR's conditions, the typical consumer behaviour of hurriedly browsing through "terms and conditions" and "privacy policy"[76], allied with a lack of foresight regarding the potential implications and repercussions of data processing, lead to the scenario in which it is entirely compliant (from a purely technical point of view) to obtain valid consent for the purpose of personalising prices.

Lastly, consent must be unambiguous to be considered valid, in the form of affirmative action from the data subject. Thus, it is not sufficient to merely offer no resistance to a specific data processing or collection, but it rather entails confirmation on the part of the individual that they, in fact, express their consent for a particular purpose.

---

[75] As mentioned in the preceding Chapter, in the study published by Poort, J., & Zuiderveen Borgesius, F. J. [cit. 38], more than 80% of the respondents perceived online price discrimination as unacceptable and unfair (p. 7). Nonetheless, the trend that emerged from the survey carried out with lusophone consumers seems to point at a different direction, as the responses to the question about the unfairness of the practice were split, with the most--chosen answer (44%) being that it is not unfair, as long as the consumer is informed about it

[76] As noted in the European consumer market study – cit. 35, p. 92. 92. Additionally, this behaviour was empirically observed on the trends emerging from the survey with lusophone consumers detailed in point 2.5 of Chapter 2

After evaluating what option is a better fit for ensuring the lawfulness of an operation aimed at estimating the consumer's reservation price, the attention will now be directed to a specific form of data processing, undeniably more extensive and intruding: profiling. The emphasis is justified by the explicit mention to the practice made by Recital 45 of the Modernisation Directive, along with the caveat about the potential risks it may bring for the consumers' purchasing decisions.

3.4. Profiling and predictive algorithms for setting a personalised price

The definition of profiling within European Law is essentially given by Article 4(4) of the GDPR, as briefly discussed at the beginning of this Chapter. It bears sizable relevance to the matter of price personalisation, considering that as mentioned above, Recital 45 to the Modernisation Directive makes explicit reference to this form of data processing when elucidating the content of the new information requirement to be included in the CRD, along with automated decision-making.

The author Hildebrandt defined profiling as a process aimed at detecting correlations between different data points and databases, which can be then turned into representations of human or nonhuman subjects (an individual or a group) and applied to identify said subjects as members of a group or category, in addition to providing a kind of prediction, based on past behaviour. These predictions stand for a probability that certain events will have similar outcomes in the future, based on the correlations drawn from the data[77]. To depict this notion, one could think about how their purchasing history may reveal what brands they prefer or how often they re-stock on toothpaste, for example. Then, applying correlations to these (and other) data may unveil when they are more likely to pick up this item from the grocery store.

In its Guidelines later endorsed during the EDPB's first meeting, the A29WP expands the notion contained in the GDPR, stating it is comprised of three elements: it has to be an automated form of processing; it has to be carried out concerning personal data, and its objective must be to

---

[77] Hildebrandt, M. – Defining Profiling: A New Type of Knowledge? In: *Profiling the European Citizen*, 2008, p. 19

evaluate particular aspects about a natural person[78]. The A29WP went on to say that "profiling is a procedure which may involve a series of statistical deductions. It is often used to make predictions about people, using data from various sources to infer something about an individual, based on the qualities of others who appear statistically similar"[79].

The potential relationship between profiling and personalised prices is self-evident – not only deriving from it being mentioned in the Recital regarding the new information duty to be added to the CRD but also because, as previously highlighted, in order to estimate a consumer's (or a group of consumers') willingness to pay, the controller carries out an analysis of the personal data (input) to assess correlations and identify characteristics of present or future behaviour (output), which can include the reservation price to guarantee the acquisition of a particular item or service.

Nonetheless, considering the fleeting environment of online shopping, "merely" profiling a customer to predict at what price they are more likely to conclude a purchase is not enough. There must be a mechanism to almost instantaneously act upon this knowledge by displaying the right price to the right individual or group, without the delay that would have been caused by human intervention. As indicated previously in Chapter 2 when discussing the technological aspects that enable personalisation practices online, such necessity for celerity leads to the following topic: automated decision-making, and more specifically, pricing algorithms programmed to reflect the insight derived from the consumers' behaviour profiling.

Profiling and automated decision-making may take place separately or jointly. For example, returning to the language school previously discussed. The business could employ an algorithm to perform automated decisions about how much to charge different customers based on readily-observable characteristics (for example, browser and device used), without relying on extensive profiling to conduct price discrimination. Alternatively, it could purchase a database regarding potential customers from a data broker – who merely gathered the data and built the profiles, without performing any sort of automated decision-making. Then, the language

---

[78] A29WP – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2018, p. 6

[79] A29WP – cit. 78, p. 7

school could apply the pertinent statistical deductions to this database and, in the same processing context, run an algorithm to set different prices according to the profiles – thus utilising profiling and automated decision-making concurrently.

As noted earlier, profiling and automated decision-making merit an enhanced level of care and transparency. This is demonstrated by the contents of Recitals 60 and 63 to the GDPR, and determined by the specific commands to make individuals aware in case these forms of data processing take place, in accordance to Articles 13(2)(f) and 14(2)(g), which expressly refer to the provision of "meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject".

The importance of being made aware of the anticipated repercussions is also mirrored by the Modernisation Directive's Recital 45 when it acknowledges the potential risks it might represent to the consumers' purchasing decisions. This is because this form of processing (profiling), particularly when allied with robust pricing algorithms, carry the ability to exacerbate the knowledge gap that exists between the individual and the data processor, making it abysmal and allowing the trader to go beyond predicting consumer behaviour, and actually start to manipulate it, as noted by Seele and others in their literature review on the issue[80].

Particularly regarding price personalisation powered by consumer profiling and operationalised by automated decision-making (pricing algorithms), since this practice consists essentially in a form of discrimination, the danger of it turning out to be based on a protected characteristic or, in other words, special categories of personal data in the sense of Recital 71 to the GDPR, is not dismissible. This danger holds true even in a situation where the data points evaluated are not sensitive by themselves, as the correlations involved in the process may end up revealing hidden biases, as pointed out by Drechsler and Sánchez[81].

For this reason and with the aim at minimising the potential drawbacks that hidden biases may inflict upon this pricing strategy, a step towards enhancing the transparency of the whole operation may be to compel

---

[80] Seele, P. [et.al.] – cit. 31, p. 6

[81] Drechsler, L. & Sánchez, J. C. B. – *The Price Is (Not) Right: Data Protection and Discrimination in the Age of Pricing Algorithms*, 2018, p. 3

the trader to disclose the main profiling parameters and their relative importance in the personalisation of the offer – similarly to what the Modernisation Directive has brought to the ranking of offers presented as a result of a search query, and as already implied by Articles13(2)(f) and 14(2)(g) of the GDPR. Additionally, it even seems to be one of the details consumers would like to have included in the mandated disclosure for an adequate level of information, as it was observed within the survey carried out with lusophone consumers described in Chapter 2.

Once again highlighting the connection between data protection and consumer law, and as the Modernisation Directive Recital 45 refers explicitly to automated decision-making and profiling in relation to the subject-matter examined here, these topics were analysed, and their potential risks were outlined, along with possible avenues for mitigation. Subsequently, the right not to be subject to a decision based solely on automated processing and its pertinence (or lack thereof) to price personalisation will be investigated.

3.5. Outline of the right not to be subject to a decision based solely on automated processing – applicability and effectiveness in regard to price personalisation

Article 22(1) of the GDPR states that "the data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her". At first glance, this might seem promising for the individual (concurrently data subject and consumer) who wishes to avoid being subject to price personalisation. However, it is necessary first to examine its applicability to the situation at hand and, then, the possible exceptions enumerated in the Article's following paragraph.

The threshold set by this provision is, in fact, relatively high: (i) the decision must be fully automated (without human intervention at any stage of its rendering); (ii) it must produce legal effects upon the person concerned or (iii) affect them in a similarly significant manner. For instance, it is debatably enough that a human reviews the consumer profiles before the setting of personalised prices to jeopardise the possibility of the individual affected by it to object based on Article 22(1).

Despite the GDPR not expressly defining what qualifies as "legal" or "similarly significant", the requirement related to the effects of the automated decision upon the individual is stringent, as the interpretation results that the right to object only extends to situations in which they are substantial. To ascertain whether or not price personalisation fits the bill for the exercise of this right, it arguably depends on the cost-range of a particular item. For instance, if the price of a costlier item is personalised, then it is reasonable to suppose that the automated decision involved in the process notably affects the consumer, given the sheer cost of the purchase.

However, a different perspective leads to the conclusion that price personalisation has a significant impact on the individual without so much regard for the cost range of the items involved. This is because the very premise behind setting a price as close as possible to the consumer's willingness to pay is to coax them into finalising the purchase, thus significantly affecting the behaviour or choices of the individual concerned[82]. From this point of view, the economic value of the transaction is not the most relevant point, but rather the manipulation of human will in the face of an automated decision that set the price in a manner as to induce a purchase.

Nonetheless, perhaps the single greatest hurdle to the applicability of this right to price personalisation instances is Article 22(2), which excludes the preceding paragraph in some instances – notably when the decision reached solely through automated processing is based on the data subject's explicit consent. This is because recalling the proposition drawn previously within this Chapter (that the individual's consent is the most likely option as regards lawful grounds for data processing for the purposes of personalising prices), it results that Article 22(2) significantly impairs the prospect of the data subject's insurgence against the practice based on this legal provision, as the processing was supposedly based on their consent in the first place.

In case an individual that had previously given their consent for the processing of their data would later wish not to be subject to an offer personalised based on it, considering that the right not to be subject to a decision based solely on automated processing cannot assist them, he or

[82] A29WP – cit. 78, p. 21

she would likely need to follow a sinuous procedure to avoid said offer, as described by Esposito[83]. First, they would need to withdraw their consent under Article 7(3); to subsequently exercise the right to be forgotten from Article 17(1)(b) and only then, he or she would need to begin their relationship with the trader anew, this time denying consent to data processing. In addition to the expected lengthiness of this procedure, in case the consumer is not effectively aware of the logic behind the personalisation employed by the trader and its envisaged consequences, it is not clear that the individual would decide to defy it in the first place.

In this Chapter, having first ascertained the applicability of data protection rules to the processing intended for price personalisation purposes, in particular, the GDPR; then having examined its framework with an emphasis on what we argue is the sole viable option for assuring the lawfulness of the operation (the individual's consent) and, after that, having analysed profiling, automated decision-making, and how to avoid being subject to it, the present work will now turn more distinctively to the scrutiny of the issue at hand from the perspective of consumer law. This division is made for methodological reasons only, as these legal disciplines act in concert.

4. Personalised Pricing under European Consumer Law

This Chapter aims at establishing the normative foundation for the analysis of personalised pricing practices in the European Union Digital Single Market, from a consumer law perspective. Additionally, it focuses on the constraints and requirements that must be observed by businesses wishing to employ big data analytics for this purpose, as well as the protection offered to individuals as consumers.

The previous Chapter focused on data protection law. It explored the issue from a prerequisite point of view, considering that personal data processing is what enables first- or third-degree price personalisation in the first place. Now the focal point is shifted and narrowed towards consumer law and the role it plays in the context of a business practice consisting in

[83] Esposito, F. – *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, p. 30 – CeDIE Working Papers 2020/02

setting the product or service's price as close as possible to the consumer's assessed willingness to pay for it.

First, some of the principles that permeate European consumer law are highlighted, followed by an outline of the "consumer" concept within this legal system. Subsequently, the emphasis is relocated to the digital element, specifically towards online consumer contracts and their particularities. Later, there is a study of potential unfair commercial practices in relation to price personalisation. The analysis is carried out, bearing in mind that the year of 2019 brought new additions to the existing European consumer law framework, one of which (the Modernisation Directive) expressly addresses this work's central matter.

In particular, the emphasis is placed on said Modernisation Directive as it is marked by the literal reference to price personalisation. This Directive addresses the topic in its Recital 45 and also Article 4(4)(a)(ii), where it amends Article 6(1) of the CRD by means of adding a pre-contractual information duty for distance and off-premises contracts where the price was personalised on the basis of automated decision-making.

One issue is explored: the potential interplay between price personalisation and price reduction rules, as, after all, both topics merited new provisions added by the same legal document. Such clash deserves a detailed investigation, especially in light of above-mentioned Modernisation Directive, which on the one hand, dictates a new information duty when the price is personalised on the basis of automated decision-making, and on the other, establishes rules on the transparency of price reductions and the indication of the prior price applied to a particular good or service. When and if the two things are juxtaposed, how to assure compliance with the consumer protection rules regarding both? Meaning that, for example, when a price is personalised for each consumer, what is the reference point for the application of the price reduction? Would it be the absolute lowest price offered to any given individual, even though this may seem excessive? And how to ensure transparency is maintained in this case, if the general idea of personalised prices is that they are offered only to a certain individual or group of consumers? The present work does not suppose to answer any of these inquiries definitively but rather to offer an additional point of view to the matter.

4.1. Principles derived from European Consumer Law

In a nutshell, consumer law in general concerns itself with the adequate protection of the individual within the context of a consumer relationship with a trader acting in a professional capacity. Despite much earlier signs of interest in regulating consumer protection[84], the beginning of the subject as it is viewed today was marked by the emblematic speech given by John F. Kennedy in 1962, in which he said the following:

> *All of us are consumers. All of us deserve the right to be protected against fraudulent or misleading advertisements and labels – the right to be protected against unsafe or worthless drugs and other products – the right to choose from a variety of products at competitive prices. (...) Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. (...) But they are the only important group in the economy who are not effectively organised, whose views are often not heard.*[85]

Building upon these notions, in a European context, the consumer protection theme has evolved during the last decades of the previous century and into the current one, now consisting in a shared competence between the Union and the Member States[86]. These developments mainly focused on two intertwined approaches: the functioning of the internal market and the protection of the individual.

While consumer law is highlighted as one of the areas in which the approximation of laws aims for a high level of protection within the Union, there are other values taken into account, such as the freedom to conduct business. Article 38 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union recognises the former and Article 16 advocates the latter, as mentioned in the preceding Chapter.

As consumer protection is not, by any means, the solitary goal pursued by European Law, the paradigm has been mainly focused on maximum

---

[84] Carvalho, J. M. – *Manual de direito do consumo*, 2019, p. 21

[85] Kennedy, J. F. – *Special message to congress on protecting consumer interest*, 1962, p. 1

[86] Articles 4, 169 and others from the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, "TFEU")

harmonisation tools[87], which restrict the possibility of the Member States introducing more stringent provisions to ensure a different level of consumer protection. For this reason, the principles that help structure the legal framework reflect the fact that while the attainment of a high level of protection is the goal, there are other values concurrently at stake.

With that said, it is vital to recognise the prominent place occupied by transparency in the European consumer law framework, as this standard informs the legal structure as a whole. As the following sub-topics set out to demonstrate, transparency bears more than one significance and may manifest itself in the protection of the weaker party and also in relation to private autonomy (through empowering the individual with awareness about the potential economic consequences of their choices, for instance). Additionally, it is also relevant in regards to non-discrimination, mainly where automated-decision making based on the processing of personal data that affect consumers is at stake, as it must be made clear upon which data such decision was built on and the logic behind the process, and consequently, whether or not it creates a disadvantage based upon a certain protected characteristic.

4.1.1. Protection of the weaker party

The notion that the relationship between the consumer and the trader is not one between equals sets the tone on the legal framework. As stated by the case-law of the CJEU, "the consumer is in a weaker position vis-à-vis the seller or supplier, as regards both his bargaining power and his level of knowledge"[88]. In this sense, there is an essential imbalance: an asymmetry in the level of information each party has, which is directly related to the very concept of who is a consumer under European Law (explored in a subsequent topic) – essentially, while the trader is acting in a professional capacity, the consumer is not.

---

[87] Such is the case of the following Directives, for example: UCPD (Recital n. 15); CRD (Article 4); Digital Content Sales Directive (Article 4); Directive 2019/771/EU on certain aspects concerning contracts for the sale of goods (Article 4).

[88] Case C-147/16 *Karel de Grote* – ECLI:EU:C:2018:320, para. 54

This realisation might also be translated and correlated to data protection law. As examined in the previous Chapter, Recital 43 to the GDPR signals towards a presumption that consent is not freely given in cases "where there is a clear imbalance between the data subject and the controller", particularly if it is sought as a condition to enter into a contract, despite not being necessary for its performance.

As an example of the embodiment of this principle within consumer law, one can mention certain provisions from the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (hereafter, the "Unfair Contract Terms Directive" or, simply, the "UCTD")[89]. For instance, this legal document limits the customary contractual freedom that informs private law, while also deviating from the usual *pacta sunt servanda*. This is evident from the obligation set upon the Member States by Article 6(1) to, within their national law, determine that unfair terms in a contract between a consumer and a trader not be binding upon the former.

Another materialisation of the effort to bridge the gap between the parties of a business-to-consumer relationship are information obligations, a self-evident pull towards transparency. Authors Seizov and others even go on to say that "conversely, as of the 1990s information obligations became a standard part of drafting European consumer protection measures and found their way into such legal acts as (...), most recently, the Consumer Rights Directive (the CRD)"[90]. Additionally, similar mechanisms are not exclusively used by consumer law – for example, as discussed before, they are employed by data protection law as well[91].

The imbalance in knowledge between the trader and the consumer is accentuated in the context of Big Data analytics and its use to generate business intelligence, translated into actionable insights about consumers' behaviour and how it can be influenced. There are even those who claim that "the internet knows you better than your spouse does"[92]. The Netherlands

---

[89] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

[90] Seizov, O. [et.al.] – *The transparent trap: A multidisciplinary perspective on the design of transparent online disclosures in the EU*, 2019, p. 153

[91] For example, Article 12(1) of the GDPR states: "The controller shall take appropriate measures to provide any information referred to in Articles 13 and 14 (...)"

[92] The quote is credited to cybersecurity expert Bruce Schneier, and the complete citation is: "I used to say that Google knows more about what I'm thinking of than my wife does. But

Authority for Consumers & Markets has also recently manifested itself in this sense, pointing out that due to technological advances allowing for the prediction of consumer behaviour, businesses might know these individuals better than themselves[93].

The author Bar-Gill points out that the knowledge asymmetry discussed above allows the trader to explore not only the consumers' preferences but also their misperceptions, in a way that over-projects his or her willingness to pay. In this demand-inflating scenario, the consumer is led to spending more than they would have under a more equitable setting[94]. This is particularly alarming in case the correlations established through behavioural profiling go beyond predicting future choices and start to aim at influencing the individual's behaviour, as discussed in Chapter 3.

Faced with the possibility that not only consumers' characteristics and preferences are taken into account, but also that their misperceptions might be exploited and even their behaviour might fall prey to undue commercial prodding, we argue that it is not sufficient to impose a duty to merely inform that price personalisation based on automated decision-making took place, as the plain wording of new information requirement brought by the Modernisation Directive seems to indicate.

Instead, we hold that it is also necessary to empower the individual with some level of understanding of how the personalisation took place, as well as a real and readily-available choice to accept it or not. Pointedly, as already mentioned here, another new transparency obligation brought by the new Directive (regarding the ranking of products presented as a result of a search query) dictates that the main parameters and their relative importance must be made known to the consumer.

A similar command would be advantageous for price discrimination, by means of providing a broader perception of what data points were analysed and how they relate to other variables, thus ensuring that the consequences

---

that doesn't go far enough. Google knows more about what I'm thinking of than I do, because Google remembers all of it perfectly and forever". Scientific American published a piece titled *The Internet Knows You Better Than Your Spouse Does* in 2019.

[93] ACM – *Guidelines on the Protection of the online consume: Boundaries of online persuasion*, 2020, p. 18

[94] Bar-Gill, O. – *Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions*, 2019, p. 230

from the behavioural profiling do not stem from protected grounds. This would be a positive increment to the consumer acquis, as the party that is customarily considered to be in a less knowledgeable position than the trader. Furthermore, as previously stated here, information about the "main/general parameters according to which prices will vary based on the user's data" was deemed relevant by more than half of the participants in the survey carried out with lusophone consumers described in Chapter 2.

Having looked at this first aspect, the focus will now be shifted towards what the legal framework enables the parties (traders and consumers) to do in the context of their commercial relationship.

4.1.2. Private Autonomy

Another guiding principle present in European consumer law relates to the freedom to conduct business, assured by the European Union's framework, albeit under the circumscription of the applicable legal instruments (consumer law among them, accompanied by competition law, contract law, health and safety regulations, amongst others). This bears similarity to the legitimacy of personal data processing, as analysed in the previous Chapter, as long as the trader complies with the regulations concerning their businesses practices, they are free to pursue their goals however they deem fit.

Building upon the preceding paragraph, one extent of this principle pertains to the trader's ability to structure and carry out their commercial practices whichever way they prefer (as long as in observance of the law). However, there is yet another dimension to it, concerning the individual and their right to make informed decisions while playing the role of a consumer.

In relation to the second magnitude, this principle also manifests by the already mentioned widespread use of information duties by European Law, which is also closely related to the preceding topic, as they simultaneously aim at closing the informational gap between trader and consumer and also at empowering the individual to choose consciously. By way of illustration, this is the case of the pre-contractual information requirements brought by the CRD, to which the Modernisation Directive has added the new one related to price personalisation herein discussed.

In other words, the theoretical idea behind the information duty mechanism is to bridge the knowledge asymmetry between the parties[95] (consumer and trader within the context of consumer law) in order to ensure the possibility of a conscious choice by the individuals. However, similarly to what takes place in the realm of informed consent before personal data processing, theory and practice are not always in alignment, especially taking into account the general consumer behaviour of quickly scanning through the usually lengthy "terms and conditions"[96] section prior to bounding him or herself to a contract.

The case-law of the CJEU emphasises transparency as a means to facilitate the individual's agency, meaning that before being bound by an agreement with a trader, the consumer must be made aware of the economic consequences of its terms: "it must be highlighted that the information, before concluding a contract, on the terms of the contract and the consequences of concluding it is of fundamental importance for a consumer. It is on the basis of that information in particular that the consumer decides whether he wishes to be bound by the terms previously drawn up by the seller"[97].

Specifically speaking about price personalisation, this is precisely the approach chosen by the Modernisation Directive, as made evident by the context within which it added the command regarding this commercial practice. As previously mentioned more than once in the present work, this Directive's Article 4 inserts a new item within the context of Article 6(1) of the CRD, which regulates the pre-contractual information requirements for distance and off-premises contracts. Pointedly, this new subheading determines the obligation to inform the consumer "where applicable, that the price was personalised on the basis of automated decision-making".

As advocated in the preceding Chapter, the understanding of what economic consequences will be brought by certain contract terms is linked with the awareness about exactly what personal data was processed by the trader and what was the general criterion utilised to generate a personalised

---

[95] Seizov, O. [et.al.] – cit. 90, p. 167

[96] As noted in the European consumer market study – cit. 35, p. 92. 92. Additionally, this behaviour was empirically observed on the trends emerging from the survey with lusophone consumers detailed in point 2.5 of Chapter 2

[97] Case C-310/15, *Deroo-Blanquart*, ECLI:EU:C:2016:633, para. 40

price, along with the envisaged consequences of such automated decision--making and profiling towards the individual[98]. Comprehension of these issues would be pivotal in supporting the consumer's private autonomy. Nonetheless, whether or not the consumer takes advantage of the information the trader is obliged to provide either under data protection or consumer law is more closely related to efficacy.

Finally, turning back to the very incentive behind the trader's decision to implement a pricing strategy oriented towards reflecting the consumer's willingness to pay, it is none other than inciting the conclusion of a purchase and thus, making a profit. This premise brings consequences to the individual's autonomy, notably concerning how the nudge is perceived by the one affected by it[99] and, consequently, how they are impacted in a practical sense.

Despite the earlier statement that there would be no marked distinction between situations in which the trader advertises the possibility of applying personalised discounts and those where the communication limits itself to the indication that prices may be personalised, the contrast amid the two is crucial in regards to the consumer's self-determination. Thinking about the former (namely, advertisement of personalised discounts), following their empirical study previously mentioned in Chapter 2, authors van Boom and others concluded their data indicated that "as the behavioural pricing information was more in line with self-interest, the intention to purchase increased"[100]. This also seems to be the direction towards which the survey carried out with lusophone consumers points at (in this sense, Figure 5, which indicates that more than a third of the participants' intention to purchase would be positively impacted by the information that the price of their offer could only be personalised in the form of a discount).

Bearing in mind the above – that price personalisation practices may quite possibly lead the consumer to take a transactional decision that he or she

---

[98] Especially following Articles 13(2)(f) and 14(2)(g) of the GDPR

[99] In an article containing a review of the book "*Nudge and the Law. A European Perspective*", edited by Alemanno and Sibony, Hacker highlights that behaviourally informed interventions (something which we argue a personalised price is) have a significance in terms of transparency and autonomy. Hacker, P. *Nudge 2.0: The Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond*, 2016, p. 308

[100] Van Boom, W. H. [et.al.] – cit. 46, p. 12

would not have taken otherwise (particularly when profiling extrapolates the realm of behaviour prediction and enters into the sphere of influencing it), the present work undertakes to further explore this in sub-heading 4.4 of the present Chapter. For the time being, the analysis will now pass on to the next materialisation of transparency within consumer law that is significant to the matter at hand – namely, about non-discrimination commands.

4.1.3. Non-discrimination

Equality and non-discrimination are highly regarded values in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, figuring in its Title III. Notwithstanding, they require further substantiation in order to apply to concrete situations, especially between private parties. Despite their importance, the legal framework is uneven, as it relies mainly on sectorial legal acts[101], such as racial and ethnic origin and sex.

In general, European Law prohibits both direct and indirect discrimination. Direct discrimination occurs when a person is treated less favourably on grounds of a protected characteristic than another is, has been, or would be treated in a comparable situation[102]. On the other hand, indirect discrimination takes place where an apparently neutral provision, criterion, or practice would put persons with a certain protected characteristic at a particular disadvantage compared with others; unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary[103].

At first glance, automated decision-making carried out using algorithms and artificial intelligence seems to eliminate human prejudice from the process, thus privileging non-discrimination, but that is not necessarily true. Drechsler and Sánchez highlight that "it must be kept in mind that

---

[101] For example, the Directive 2000/43/EC on racial and ethnic origin and the Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

[102] For example: Article 2(a) of Directive 2004/113/EC

[103] For example: Article 2(b) of Directive 2004/113/EC

algorithms are not neutral, since they are programmed by people for people"[104].

As noted by Seele and others in their literature review on the subject, "algorithmic discrimination based on gender, ethnicity... or disability might not be readily apparent or purposefully coded, but the result of (biased) machine learning, arising even without bad intention on part of programmers or firms"[105]. As highlighted in Chapter 3, even if profiling is employed to assess seemingly harmless data points (not sensitive data, thus not readily revealing protected characteristics related racial or ethnic origin or sexual orientation, for example), the results may still turn out to infringe a non-discrimination command, as an effect of the hidden biases either in the dataset or in the algorithm itself.

The example given by author Vale is a helpful illustration of the potential for resulting in indirect discrimination carried by profiling practices. Taking, for instance, an individual's personal mobile phone location history between 11 pm and 7 am over a month, it is reasonable to infer where they live. Moving on from this inference, in case the specific area is known for a high habitational concentration of a specific ethnic group, it is subsequently deduced that said individual is likely a member of that group. If a pricing algorithm processing this seemingly not sensitive data regarding the mobile phone's location history resulted in a disadvantage for the particular consumer, it could be concluded that what was effectively at stake was their ethnicity, thus resulting in a prohibited discrimination under Article 2(2) of Directive 2000/43/EC[106].

Specifically regarding price personalisation in the digital era, as it essentially consists in a form of discrimination, there is an added layer of intricacy, related to the inner workings of the algorithms used to estimate an individual's willingness to pay and also to the datasets built for this reason, as the "black box" effect may mask the presence of a hidden bias in either one of these elements. This hidden bias could, in turn, result in a prohibited discrimination such as the one from the example above, depending on which protected characteristic the personalised price ended

---

[104] Drechsler, L. & Sánchez, J. C. B. – cit. 81, p. 3

[105] Seele, P. [et.al.] – cit. 31, p. 19

[106] Vale, S. B. – *The Omnibus directive and online price personalization: a mere duty to inform?* 2020, n. 21

up being most likely based on. However, in practice, said effect might result in prices where it is virtually impossible to discern on which grounds they were personalised, and subsequently if there was an instance of prohibited direct or indirect discrimination[107].

Additionally, the consumer population's collective notion of "fairness" (intrinsically associated with those of "equality" and "discrimination") is of high relevance for the issue of price personalisation. The researchers involved in the European consumer market study note that "[a]n important restraint on price personalisation is consumers' distaste of practices that they feel are unfair. A clear example is Amazon's famous experiment with price personalisation, which led to strong consumer backlash"[108]. Such is the weight of the public opinion, in the sense that practices that are perceived as discriminatory may harm a business's profit.

While the issue of non-discrimination in relation to the profiling of consumer behaviour admittedly merits a more detailed examination, this falls outside the scope of the present work. However, bringing back the attention towards what was already mentioned in the previous Chapter regarding profiling, it is advocated here that the transparency concerning the main parameters and their relative importance in the personalisation of the offer is a goal worth pursuing, as it has the potential to curb the possibility of price personalisation turning out to be a prohibited discrimination, in case it is based on a protected characteristic, even if initially masked by the algorithmic "black box" effect.

Having looked at transparency from different points of view from within consumer law, namely concerning the protection of the weaker party, the maintenance of private autonomy and lastly, the importance of a clear indication regarding what exactly are the variables considered for personalisation purposes in order to avoid prohibited discrimination, the analysis will now move on towards the notion of "consumer", as it is crucial for the scope of the new information requirement introduced by

---

[107] Drechsler, L. & Sánchez, J. C. B. – cit. 81, p. 3

[108] EC, European consumer market study – cit. 35, p. 264. Nonetheless, the trend that emerged from the survey carried out with lusophone consumers seems to point at a different direction, as the responses to the question about the unfairness of the practice were split, with the most-chosen answer (44%) being that it is not unfair, as long as the consumer is informed about it

the Modernisation Directive, and more broadly, for the consumer law framework as a whole.

4.2. Concept of the consumer in the context of European Law

In order to benefit from the provisions contained in European consumer law, it is first necessary to ascertain if an individual, in a given contractual context, fits the legal concept of "consumer". Similarly, to analyse the price personalisation phenomenon in light of this particular legal framework, it is indispensable to delimitate the contours of said concept beforehand, to only then move on to more concrete scrutiny of how it may take place.

While each normative text brings its own particular definitions, the consumer law Directives follow a pattern when characterising the consumer as "any natural person who is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession"[109]. This concept can be broken down into requirements that must be fulfilled for a specific commercial relationship to be subject to consumer law. These relate to the subjective, objective, and teleological elements, with an additional relational aspect.

The subjective element customarily determines that any natural person can be considered a consumer (granted the other factors are equally present), thus limiting the possibility that a legal person might fit into the definition[110].

In its turn, the objective element concerns the applicability scope of the legal act in question. For example, taking into consideration Directive (EU) 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, its Article 3(1) determines it applies to "sales contracts between a consumer and a seller". Thus, it is reasonable to conclude that the objective

---

[109] In this sense, see for example: UCPD – Article 2(a); CRD – Article 2(1) and UCTD – Article 2(b)

[110] As an informative note, the exclusion of legal persons from the scope of the "consumer" concept is not the sole legislative approach possible. For example, the Brazilian Consumer Defense Code (Law No. 8,078 of September 11th, 1990), in its Article 2 establishes that "[c]onsumer is any physical or legal person that acquires or uses a product or service as a final user"

element regarding this Directive, concerning a service contract, would not be fulfilled.

Next, there is the teleological element, related to the purpose for which the individual enters into the commercial relationship, which cannot be linked to his or her profession. This element merits a case-by-case analysis, as there is an infinite number of situations in which the purchase of the same item could relate to one's profession, while being alien to someone else's.

Finally, the relational aspect associates the concepts of "consumer" and "trader", signalling that an individual may be considered a consumer in the context of a commercial relationship with a trader as a counterpart. Incidentally, the "trader" is "any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession"[111].

Bearing in mind the context within which the Modernisation Directive inserts the new provision regarding price personalisation – namely, into Article 6 of the CRD, which contains the information requirements for distance and off-premises contracts concluded between traders and consumers and having already reviewed the notion of the latter, the next point of relevance is precisely this type of contract, more precisely in their digital form, which is the subject of the following topic.

4.3. Online consumer contracts

Having first looked at some of the principles that inform European consumer law in terms of transparency and then at the concept of the consumer within this legal framework, the analysis will now concentrate on the primary instrument upon which the consumer relationships are based: the contract between the parties. Narrowing down the scope, the focus is placed upon online consumer contracts, as these bear more considerable significance for the issue of price personalisation.

---

[111] In accordance with Article 2(2) of the CRD. Other designations applied throughout European consumer law are "seller" or "supplier" – Article 2(b) of the UCTD); Article 2(3) of Directive (EU) 2019/771, for example

As defended herein, the increasing permeation of the digital component in people's daily lives – and the accompanying accumulation of vast amounts of data about their preferences and behaviours online – is precisely one of the enabling factors behind the possibility of personalising prices to an individual level, through the processing of this data in order to establish correlations that reveal patterns and for the prediction of future behaviour, and that may even work towards influencing said behaviour.

For this reason, online consumer contracts are of crucial importance to the matter. They are part of a retro-feeding cycle, in which the consumer shops online leaving data points that are then processed along with others, with the aim at estimating his or her future willingness to pay for other items or services, which will, in turn, be liable to be price-personalised. This is particularly relevant for business models that include multiple transactions between the same parties, granted the consent for data processing is not sought as a condition for entering into the agreement, despite not being necessary for it – because, as seen in the previous Chapter, this would lead to the presumption that said consent was not freely given.

Consumer contracts concluded via the Internet are a kind of distance contract, as there is no physical proximity between the parties involved[112]. As such, they are subject to a specific set of rules that include reinforced pre-contractual information requirements and the right of withdrawal[113]. With particular relevance to price personalisation are the information requirements related to the display of the price, contained mostly in Article 6(1)(e) of the CRD. According to this provision, before the consumer is bound by a distance contract, the trader shall communicate the total price of the goods or services inclusive of taxes or the manner in which the price is to be calculated (where the nature of the products or services is such that the price cannot reasonably be calculated in advance), along with any applicable accessory charge.

---

[112] "Distance contract" is defined by Article 2(7) of the CRD as "any contract concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded"

[113] Article 9 and onward of the CRD

As already vastly mentioned here, currently awaiting transposition to the Member States' legal regimes[114], the pre-contractual information requirements were modified by the Modernisation Directive, and a new one was added to the trader's obligations regarding distance contracts. This new information requirement is pointedly about price personalisation, indicating that it is imperative to communicate to the consumer when this practice took place based on automated decision-making.

The addition of the new mandated disclosure to the list from Article 6 of the CRD is ostensibly a substantiation of the transparency that must inform the relationship between consumer and trader, bearing in mind the considerations from the beginning of the present Chapter – that there is an inherent knowledge imbalance between these parties. Therefore, this is particularly linked with the consumer's prerogative of being made aware of the potential economic consequences of the term, as highlighted in the CJEU case-law[115] – namely, being potentially charged more or less, depending on the estimation of their willingness to pay.

After looking at the general instrument that operationalises the relation between the consumer and the trader, we will now move on towards the scrutiny of possible unfairness that may take place in this context, especially in regards to commercial practices involving personalised prices.

4.4. Unfairness in relation to commercial practices involving personalised pricing

4.4.1. Unfair Contract Terms Directive

As mentioned earlier in the Chapter, the relationship between the consumer and the trader is not one in which the knowledge levels are usually balanced. For this reason, the consumer protection legislation concerns itself with preventing and sanctioning practices that are deemed unfair towards the consumer, especially in matters related to lack of transparency.

---

[114] According to Article 7 of the Modernisation Directive, Member States have until 28 November 2021 to adopt and publish the measures necessary to comply with the Directive

[115] Case C-186/16 – cit. 121, para. 44 and 45

The UCTD refers to contractual terms that may be considered unfair according to its standards when concluded between a business (seller, trader) and a consumer. Its relevance to the issue of price personalisation may seem limited at first, as it states in Article 4(2) that "the assessment of the unfair nature of the terms shall [not] relate (...) to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language".

However, the case-law of the CJEU has considerably widened the requirement of transparency of contractual terms brought by the UCTD within this formulation, which must be understood in a broad sense, going well beyond what is formally and grammatically intelligible language, but rather, conveying the notion that the consumer must be made aware of the potential economic consequences of the term[116], as already pointed out in the previous topics.

Bearing in mind the jurisprudentially extended scope of the transparency required by this Directive, coupled with the fact that the European legislator deemed it relevant enough to introduce a new mandated disclosure to the CRD to compel traders to inform the consumer whenever the price was personalised on the basis of automated decision-making within the Modernisation Directive, it is reasonable to conclude that if a personalised price fails to be deemed transparent, it is thus liable to be subject to the unfairness assessment from Article 4(1) of the UCTD.

However, it is necessary to reinforce what we defend consists in a "transparent personalised price", that would assure the practice would fall under the shield of Article 4(2). As the interpretation of consumer law determines that the individual must be made aware of the economic consequences of their choices, in addition to the command from data protection rules that the subject has to be informed about the envisaged repercussions of the profiling carried out with their data, in order to be fully transparent, we argue that a personalised price must be accompanied by meaningful information regarding the general parameters and criteria involved in the automated decision-making process, and around which the price may vary, according to the individual's characteristics. This is also

---

[116] Case C-186/16, *Andriciuc and Others*, ECLI:EU:C:2017:703, para. 44 and 45, as referred to by Esposito, F. [cit. 83]

justified by being a potentially powerful tool to curb biases that may hide beneath the "black box" effect related to algorithmic pricing, as mentioned on topic 3.4.

On yet another exception to the otherwise undifferentiated treatment dispensed by the present work to the situations where the personalised offer is devised either as a discount or as an increase in relation to what would be the uniform price, it is admitted here that when the trader derives an insight from the consumer's behaviour profiling that they will probably only be persuaded to make a purchase in case they are offered a discount, said trader has a clear marketing interest in disclosing the fact that the individual is being presented with a lowered, personalised price.

Nonetheless, we highlight that even in the circumstances such as this (in which the trader has an added incentive to disclose extra details regarding the personalised offer), it may not yet be a sufficiently transparent situation. Turning back once again to the empirical observations described in Chapter 2, in particular to the instance in which the lusophone participants were asked to answer a multiple-choice question about what they thought was an appropriate level of information to be provided in case of price personalisation, we highlight that more than half selected they would like to know the main parameters used for their data's evaluation, and an even larger proportion also chose the option that included a disclosure regarding the extent to which the price had been adjusted to the particular consumer.

In other words, despite the concise articulation of the information requirement regarding price personalisation brought by the Modernisation Directive, this work maintains that in order for this practice to be deemed transparent – and thus not subject to the unfairness test from Article 4(1) of the UCTD, the consumer that is given a personalised offered should be made aware of the meaningful logic behind their data processing and the resulting economic consequences, in order to be able to make a conscious purchasing decision.

Having reviewed the possibility of applying the unfairness test from the UCTD to personalised prices that fail to be transparent, the examination will move forward in relation to the wider scope of unfair commercial practices.

4.4.2. Unfair Commercial Practices Directive

Besides the hypothesis of subjecting a personalised price to the unfairness assessment from Article 4(1) of the UCTD if it is deemed not to be transparent, there is also the broader concept of unfair commercial practices to consider, essentially given by the UCPD, which covers misleading or aggressive actions and omissions, and also bears significance to the matter discussed here – namely, the personalisation of prices to reflect consumers' reservation price.

This full harmonisation Directive determines a practice shall be considered unfair if it is contrary to the requirements of professional diligence and materially distorts (or is likely to do so) the economic behaviour of the average consumer (or the average member of the group, when the commercial practice is addressed to a particular group of consumers, according to Article 5(2)).

Regarding misleading actions, Article 6(1)(d) is particularly relevant for traders wishing to engage in price personalisation, as it determines that a commercial practice shall be regarded as misleading if it is deceitful to the average consumer and is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise, especially in relation to the price or the manner in which the price is calculated (or the existence of a specific price advantage).

Following the reasoning of Bar-Gill, according to whom "sellers and service providers design their products, contracts, and pricing schemes to create or enhance misperceptions that increase consumers' willingness to pay"[117], the fact that a price personalisation strategy may be developed by the trader with the intent to materially distort the economic behaviour of the average consumer is concerning. If it can be established that this practice led the customer to take a transactional decision that they would not have taken otherwise – namely, purchasing a product because of a demand-inflating misperception[118] – it could, in turn, lead to the categorisation of an unfair commercial practice.

In its Guidance on the Implementation and Application of Directive 2005/29/EC On Unfair Commercial Practices, the EC noted that "under

---

[117] Bar-Gill, O. – cit. 94, p. 230

[118] Bar-Gill, O. – cit. 94, p. 242

the UCPD traders are free to determine their prices if they duly inform consumers about the prices or how they are calculated"[119], but also that "personalised pricing [and] marketing could be combined with unfair commercial practices in breach of the UCPD"[120]. Nonetheless and bearing in mind the possibility of distorting the consumers' economic behaviour by enhancing demand-inflating misperceptions, as each potential scenario of personalised pricing is unique, it should be tested on a case-by-case basis against the criteria set by the UCPD, for the verification or not of an unfair commercial practice.

When a business wishing to personalise its prices relies on profiling and automated decision-making (such as pricing algorithms), there are enhanced duties in relation to personal data processing. This is especially relevant, bearing in mind the interplay between the provisions from the UCPD with data protection rules. A failure to inform the consumer that their data "will be used for commercial purposes going beyond the transaction at hand could qualify as a misleading omission of material information"[121], thus rendering the price personalisation into an unfair commercial practice.

Data protection rules are essential in assessing the "fairness" of a personalised pricing strategy in light of the UCPD's provisions. As advocated in the preceding Chapter, consent seems to be the most appropriate lawfulness ground for data processing aimed at establishing personalised prices. Thus, a flaw in the premise (defective consent) will lead to the conclusion that the operation violates the UCPD's prohibition of unfair commercial practices. For example, when a data subject grants consent while not adequately informed about the ramifications of the data processing (premise), one of which is precisely price personalisation (consequence), this constitutes a violation of the Directive.

Additionally, it is worth looking back into instances in which profiling extrapolates the plane of making predictions about what choices they may take in the future, and outright strives to influence or even materially distort the economic behaviour that was previously merely observed, causing the consumer to take transactional decisions that he or she would not have

---

[119] EC – *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, 2016, p. 134

[120] EC – cit. 119, p. 135

[121] EC – cit. 120, p. 63

taken otherwise, in what could also be understood as a misleading action on the part of the trader engaging in such practice. This is relevant for price personalisation insofar as it carries to potential to prod the individual into finalising a purchase by means of making them the exact offer, they "cannot" refuse.

After investigating the potential dark side of personalised prices, namely their relationship with the two primary Directives from consumer law that regulate unfair contract terms and commercial practices, the analysis will subsequently progress towards another subject addressed in the Modernisation Directive – the rules concerning an announcement of a price reduction and their possible interplay with the matter at hand.

4.5. Price reduction rules potential interactions with personalised pricing practices

4.5.1. Changes brought to the Directive 98/6/CE in 2019

The matter of price indication in consumer contracts in the European Union is essentially regulated by Directive 98/6/EC[122]. Differently than several other consumer law texts (as mentioned in point 4.1.), this Directive does not prevent Member States "from adopting or maintaining provisions which are more favourable as regards consumer information and comparison of price"[123], thus not constituting a maximum harmonisation instrument.

Particularly regarding the indication of price reductions, Portugal, for example, had adopted its own rules in Decree-Law no. 70/2007 (hereinafter, "DL no. 70/2007"), later modified by DL no. 10/2015 and DL no. 109/2019. According to this legal act, three types of commercial practices of this nature may be implemented by traders, as defined in its Article 3: sales, promotions and clearance ("*saldos*", "*promoções*" and "*liquidação*" in the original Portuguese).

---

[122] Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers (hereafter, the "Price indication Directive" or, simply, "PID")

[123] Article 10 of said Directive

Notably, in the Portuguese regime, importance is given to the reference price[124] to be taken into account for the evaluation of the genuineness of the price reduction in question. The concept of 'reference price' is associated with the lowest price previously practised by the same trader during the 90-day period prior to the price reduction in question, except in case of another, eventual price reduction[125]. To some extent, this constitutes an anticipation of the changes brought to the PID by the Modernisation Directive.

Returning to the broader European framework, Article 2 of the Modernisation Directive determines the inclusion of a new Article 6a to the Price Indication Directive, precisely on the matter of price reduction practices. Here, in place of reference price, the term used is simply "prior price", meaning "lowest price applied by the trader during a period not shorter than 30 days prior to the application of the price reduction"[126], with an exception similar to that granted by Portuguese Law in case of progressively increasing price reductions[127], albeit considering the shortened time-frame.

In summary, it can be reasonably concluded that the rules applicable to the announcement of price reduction practices bear a close relationship to the general transparency duty and information requirements imposed upon traders that wish to contract with consumers. This is so as to reduce the knowledge asymmetry between the parties, leaving the consumer in a position to compare prices and, ultimately to make a better-informed decision, as Recitals 1, 6, and 12 to the PID make evident.

In other words, as the trader is performing their professional activity, their knowledge about the product or service and its price is presumably far greater than the consumer's; therefore, the legal rules determine that there must be transparency when said price is reduced in an effort to nudge the consumer to enter into the contract, so as to not mislead him or her into believing the price reduction is more sizable than it effectively is. As appropriately highlighted by the author Esposito, it is crucial to bear in mind that the PID and its new article regarding the announcement of price

---

[124] Article 5 of DL no. 70/2007

[125] Article 3(2)(a) of DL no. 70/2007

[126] Article 6a(2) of the PID

[127] Article 6a(5) of the PID

reductions are part of the broader European consumer law framework, which equally includes the UCTD and the UCPD previously discussed. For this reason, the consumer must be made aware of the economic consequences of this term (namely, the reduced price)[128].

As previously mentioned, the Modernisation Directive has brought innovations regarding both price reduction rules and personalised prices. For this reason and following the logical structure of the analysis carried herein about price personalisation, the question that now puts itself is how (if possible) to conciliate said price reduction rules with potentially personalised prices and the implications that may arise from situations where both practices could be simultaneously employed, which is the subject of the following topic.

4.5.2. Reference price where personalisation took place

As advocated in the first Chapters, first- or third-degree price discrimination was thought to be unattainable in the past. But, in the Digital Era, where an ever-increasing portion of people's lives happen online, the personalisation of a price to a certain individual can be achieved relatively easily through the collection and processing of data accumulated about that person, particularly by profiling their behaviour online.

As this phenomenon can happen on a granular level, one person may be presented with a certain price while visiting their favourite shop's website, while at the same time, their neighbour sees a radically different, lower price, based on some obscure interpretation derived from an algorithm that processed their personal data. In another example, someone is given a personal coupon to subscribe to a certain service with a discount applied to the fee, while this specific price reduction is not advertised to the general public.

Differently than the treatment dispensed to the ranking of offers within the additions brought to the UCPD by the Modernisation Directive, concerning information on the parameters determining the products' order of presentation being considered 'material' for the purposes of

[128] Esposito, F. – cit. 83, p. 34

verifying whether or not a practice constitutes a misleading omission[129], there is neither an explicit imposition related the disclosure of any of the analytical framework through which the consumer's data is subjected with the aim of assessing their willingness to pay nor in regard as to how this translates into a personalised offer.

It is equally omitted if the disclosure of a personalised price should automatically entail the necessity of providing the consumer with a "reference price", understood here differently than the concept brought by the Portuguese DL no. 70/2007, but rather as the parameter or criterion in relation to which the personalisation occurred – or, in other words, the uniform price. This appears to go on the contrary direction of what is consumers' opinion about an adequate level of information[130].

Although both price personalisation and price reductions are approached by the modifications brought by the Modernisation Directive – albeit to be included within different instruments of European consumer law, respectively, the CRD and the PID – the new legal act does not elaborate about the possibility of the two overlapping. So, the inquiries herein formulated might be summarized into one: can a personalised discount be understood as a "personalised price reduction", and thus have to abide by the rules from Article 6a?

In other words, even though these commands emerge within the same legal document, it is relevant to indicate that the Modernisation Directive does not appear to anticipate any instance within which the two phenomena might have an interplay, even though both carry the possibility of similar effects. For example, these similar effects could arguably consist in the consumer paying a lower price – either because they received a personalised offer that was less expensive than the uniform price or as a result of a general price reduction.

---

[129] Article 3(4)(b) of the Modernisation Directive, which determines the addition of a new paragraph to Article 7 of the UCPD

[130] As previously pointed out, in the survey carried out with the lusophone consumers detailed in Chapter 2, more than half of the participants indicated that they would like to know the main parameters used for their data's evaluation, and an even larger proportion also chose the option that included a disclosure regarding the extent to which the price had been adjusted to the particular consumer

Once again, excepting the default uniform approach employed herein to personalised offers that are either lower (discount) or higher (surcharge) in relation to a uniform price, in the face of the laconic information requirement concerning price personalisation on the basis of automated decision-making, it is necessary to evaluate whether a lower price or discount offered solely to one consumer (or restricted group of consumers) shall abide by the standard contained in the new Article 6a added to the PID regarding price reductions.

One of the key inflection points in the examples of the neighbours being shown different prices and the unique discount coupon offered to a particular customer to incentivise subscription is the reach of the prices (and price reductions) presented by the trader to the consumers. Consequently, the matter of how to legally qualify these prices (or, more broadly, these commercial practices) poses issues that must be considered in conjunction with the system of European consumer law, but also in light of the guiding notion of transparency, which is essential to the well-functioning of the internal market and the empowerment of consumers through enabling them to take mindful purchasing decisions.

In the first example, what gives rise to the difference between prices may bear significance. As it is feasible that a person visiting their favourite shop's website can be estimated to be willing to pay more, they might be shown a personalised surcharge. However, it is equally conceivable that their neighbour might actually be shown a personalised discount, in case it is assessed from their data that they'd only complete a purchase at a lower cost (for instance, because they've bought similar items from other vendors in the past). In sum, one may be facing either a "personalised surcharge" or a "personalised discount", being the latter more relevant to the current analysis.

Under the disclaimer from Chapter 2, the intrinsic and extrinsic characteristics, as well as the benefits and detriments of either "type" of personalised price (surcharge and discount)[131] are not central to the present work. Instead, we reiterate that the focus now lies upon identifying whether or not a personalised discount might be subject to the new Article 6a of the PID. The wording of this new provision refers specifically to an

[131] This problematic is discussed in detail in Esposito, F. – cit. 83

"announcement" of a price reduction, thus being relevant to spell out the scope of what exactly is to announce something, and whether or not being offered a personalised price may be considered as such. As the Modernisation Directive does not contain a Recital on the matter, we resort to the lexical meaning of the verb "to announce", which is to make known publicly.

Suppose an announcement is taken as synonymous with a public advertisement, as price personalisation practices are intrinsically aimed at being communicated on a one-on-one basis by their very nature. In that case, it becomes more challenging to submit a personalised discount to the rules regarding price reductions from Article 6a of the PID, as these presuppose the existence of an announcement about the practice.

Despite the caveat of the previous paragraph, in case an individual is shown a lower, personalised price that could be qualified as a price reduction under the meaning of the PID, what would then be the scope of the information requirement related to price personalisation? At the outset, it would necessarily have to include the prior price applied by the trader by force of Article 6a – however, what exactly would be considered as the prior price? The second paragraph of the Article makes a temporal reference ("lowest price applied by the trader during a period not shorter than 30 days prior to the application of the price reduction"), but in case of these commercial practices overlapping, it may subsequently become unclear what should be taken as the lowest price – whether it is the uniform price (if it even exists), the average charged to different consumers in the preceding period, or yet, the absolute lowest amount asked by the trader during the relevant time-frame.

Extrapolating the point, in relation to the second example (individualised discount coupon), it would seem grotesque if an eventual general price reduction should be affected by the personalised discount offered to that particular consumer, in the form of the "lowest price applied by the trader" during the preceding period for the purpose of Article 6a(2), bearing in mind that the coupon in question was not advertised to the general public.

As outlined in the previous point 4.5.1., one of the goals behind the rules applicable to the announcement of price reduction practices is to assure transparency in the trader's conduct and to allow the consumer to ascertain the genuineness of the price reduction in question. As demonstrated by these two examples, in a situation with these two variables are involved – namely, price personalisation and price reduction practices, it becomes

increasingly difficult to verify if the announced price reduction was, in fact, in compliance with the legal requirements.

One manner to tentatively work out the dichotomies pondered above that could bring about even more complications by means of impairing the possible positive impacts of price personalisation upon consumers' economic welfare, as discussed in Chapter 2 (point 2.3), would be to relativize the importance of the publicity associated with the notion of an "announcement", while concurrently qualifying personalised prices that are lower than the uniform one as "personalised price reductions", in order to apply Article 6a of the PID. Under this perspective, although consumer law is usually concerned with the protection of the individual consumer in relation to the trader, a collective approach is argued for, based on the reasons described below.

Recapping the wording of Article 6a, it is essential to note that the legal provision makes no exclusion to the singular consumer-trader relationship. In other words, the text is clear in its reference to the (absolute) lowest price applied by the trader, regardless if it is offered only to one customer. From this point of view, to assess compliance with the rules from Article 6a, the absolute lowest price applied by the trader must be taken into account, regardless if presented to one single customer in the form of a personalised price and not advertised to the general public by any means.

It is evident that this position entails foreseeable implementation difficulties, granted the granular nature of personalised prices, but it seems to be aligned with a radical approach towards the transparency principle that guides European consumer law. Additionally, by considering the prior price for the purposes of Article 6a(2) as the lowest price applied by the trader within the context of a personalised price reduction, the general consumer population will be made aware of how particular discounts benefitted other customers and would gain an overall clearer notion of the price personalisation practices previously carried out, thus informing their future economic behaviour towards that specific trader.

Admittedly, such perspective may add up to an insurmountable obstacle to the employment of price personalisation by businesses, by the simple reason of preventing that a personalised discount is offered to a singular individual, given it would then potentially turn into the "lowest price applied by the trader" within the meaning of Article 6a(2) and thus forcefully informing all sort of other price reductions the business may

wish to implement. This "hollowing" of the commercial practice surely was not the intent of the European legislator, considering the Modernisation Directive brought its first explicit mention to the field of consumer law.

While the present work limits itself to remarking that a possible interplay between price personalisation and price reduction rules would not be a straightforward one, in addition to pondering about what conceivably undesirable results a drastic approach might yield, it is recognised that the matter would merit more detailed scrutiny in case it turns out to be relevant for a particular business model, once the Modernisation Directive is transposed to the Member States' legal regimes by November 2021. Having said that, the next topic serves the purpose of offering conclusive remarks to the considerations herein developed.

5. Conclusive Remarks

5.1. Key elements of the legal framework regarding price personalisation moving forward

This work has aimed at establishing a correlation between the collection and processing of an individual's personal data (prerequisite) and the extraction of actionable insights about themselves to determine their reservation price for products or services (objective). Thus, the legal issue of price personalisation was primarily analysed from the data protection and consumer law points of view – under the understanding that these legal disciplines are not severed from one another, the analysis was nonetheless carried out sequentially for the sake of methodological reasons.

Emphasis was granted to the vital role played by transparency within the European legal framework under scrutiny, as shown by its widespread influence in terms of empowering the individuals to make their own informed decisions, both in regards to how their data is used and also in relation to their purchases as consumers. In this sense, it was noted that the European legislator relies heavily on information duties as a way to bridge the knowledge gap between said individuals (herein, data subjects and consumers) and the entities with whom they develop commercial relationships within the digital environment (traders, data brokers, processors, among others). This legislative and policy-shaping choice results from

many reasons, some of which mentioned by Seizov and others: "disclosure is effective, widely supported across party lines, and costs almost nothing to implement and enforce, since the costs of these activities usually land onto third parties"[132].

Following the advent of the new information requirement about price personalisation brought by the Modernisation Directive, the analysis herein developed started by building upon the conceptual structure and the premise established in Chapter 2 regarding the practice's benefits and disadvantages from an economic point of view and also according to the consumers' opinion about it, as empirically observed.

Moving forward from this base and having established in Chapter 3 that consent is the most likely lawfulness grounds for data processing for which the purpose is that of personalising prices, we highlight its informational aspect, as it is one of the essential requirements for the validity of said consent[133]. In an even broader approach, bearing in mind the principles laid out by the GDPR (transparent, purposeful processing), the data subject should be conscious about the potential implications of the operation – namely, the personalisation of prices to match their willingness to pay.

Additionally, considering that the Modernisation Directive refers to a specific form of personal data processing – namely, automated decision--making and the profiling of consumer behaviour, the connection between these two facets that an individual may inhabit is highlighted. Thus, as a data subject that is concurrently a consumer, he or she is entitled to receive meaningful information about the logic involved in the operation so that they can take it into account the potential risks in their purchasing decision.

This also bears relevance to a point of view more akin to consumer law, once it is remarked upon the context within which the new mandated disclosure regarding price personalisation is inserted – precisely the CRD, along with other pre-contractual information duties for distance and off-premises contracts. Advancing to the expansion of the notion of transparency through the case-law of the CJEU, it is reasonable to conclude that the consumer must be made aware of the economic consequences that it is likely to bring upon them, otherwise chancing the configuration of an unfair situation.

---

[132] Seizov, O. [et.al.] – cit. 90, p. 151

[133] Article 4(11), GDPR

Lastly, while the practice of personalising prices towards consumers does not seem to be overly widespread yet, as highlighted in Chapter 2, it undoubtedly possesses a considerable growth potential, bearing in mind the contemporary tendency towards digitalisation of people's lives. Thus, despite the conciseness of the treatment dispensed to this matter by the legal discipline, in addition to it not yet being entirely clear how the interaction with other rules will play out, especially as examined in the last part of Chapter 4, it holds a latent perspective to affect consumers' quotidian.

5.2. Information asymmetry in the information era – efficient disclosures in the case of personalised prices

Notwithstanding the nominal value of the information duties provisions from data protection and consumer law, especially in regards to increasing transparency for individuals' sake in relation to businesses wishing to extract the maximum possible profit, this tool may not be sufficiently empowering in terms of safeguarding against manipulation of consumer behaviour – at least not if implemented in an isolated, formalistic fashion. This appears to be the general opinion held in relation to the matter, as only a small parcel of the participants from the survey carried out with lusophone consumers indicated that a minimum level of information was adequate (in this sense, Figure 3 points that only approximately a tenth of the responses was in this direction).

As argued by Seizov and others, "whilst they are well-intentioned, some recent research suggests that it is, at best, unclear whether current information obligation practices achieve their purposes. At worst, excessive disclosure requirements may even have a detrimental effect as they do little to educate and empower but create compliance costs for traders that in competitive markets will be passed on to consumers". For this reason, we argue that this mechanism must be interpreted and implemented in ways aimed at attaining its maximum effectiveness. In order to "boost" mandated disclosures that relate to online behavioural-nudging commercial techniques (such as personalised pricing and the akin practices of targeted advertising and personalised ranking of offers), it is necessary to go beyond "unhelpful general descriptions, such as mandating traders to use 'clear

and comprehensible' language, without additional elaboration, attention to context, or examples"[134].

In this sense, we argue that it is necessary to provide clear, meaningful information about the approximate logic behind how the personalisation works; the extent to which the price was personalised (pre-supposing here the disclosure regarding the price range within which the personalised price is inserted) as well as a real choice to opt-out of it.

The broadening of the scope of the information to be shared in case of price personalisation based on behavioural profiling – namely, going beyond the simple literal content of the provision, in favour of an understanding similar to that contained in Recital 23 to the Modernisation Directive (regarding the ranking of offers presented to the consumer), is justified by the close nature shared by these two behavioural commercial practices. This is because both are rooted in extensive personal data processing and comparably aimed at coaxing the individual into a certain economic action – either preferring one offer over another, ranked lower; or, concluding a purchase as a result of being presented with "just the right discount".

In this regard, the amplified scope of the disclosure regarding price personalisation to include the general parameters and criteria involved in the automated decision-making process, and around which the price may vary according to the individual's characteristics, in addition to the extent to which the adjustment was made, can prove to be a useful mechanism to safeguard the individual's interests, while at the same time not impairing the businesses' capabilities to engage in the commercial practice.

In other words, knowing the general logic involved in the profiling of their behaviour, while ensuring compliance with the business' obligations under data protection law, also act towards preventing that hidden biases in the algorithm result in prohibited discrimination against the individual. Moreover, by way of making the consumer aware about the extent to which the price was adjusted to them enables their foresight regarding the economic consequences it will bring upon them while taking it into account for the assessment of the risks involved in their purchasing decision.

---

[134] Seizov, O. [et.al.] – cit. 90, p. 153 & 158

In sum, it is argued here that through the dilation of the information requirement to encompass these relevant details, it will be possible to achieve a high level of protection of the individuals (data subjects and consumers), while concurrently not hindering the functioning of the Digital Single Market.

Finally, addressing Shakespeare's inquiry from "As You Like It" on whether "can a person ever have too much of a good thing?", while bridging the knowledge gap between the trader and the consumer leads the empowerment of the latter to make better-informed decisions and is thus a worthwhile goal to be pursued, it is also true that information overload is a real problem in the 21st century[135].

For this reason, compliance with the new point 6(1)(a) added to the CRD by the Modernisation Directive should translate into a practical improvement of the consumers' acquis, consubstantiated by accessible and straightforward nuggets about the approximate parameters involved in determining the personalisation, in a similar fashion to the ranking of offers. Namely, this would equally entail the disclosure of what is the spectrum within which the personalised price is located so that the individual may situate themselves within it.

References

Bibliography

Bar-Gill, Oren – Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions. *The University of Chicago Law Review*. 86:2 (2019), pp. 217-254. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3184533> ISSN 1939-859X

Benito Sanchez, Juan Carlos; Drechsler, Laura – The Price Is (Not) Right: Data Protection and Discrimination in the Age of Pricing Algorithms. *European Journal of Law and Technology*. 9:3 (2018), pp. 1-23. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://hdl.handle.net/2078.1/213141> ISSN 2042-115X

Bourreau, Marc; De Streel; Alexandre – The regulation of personalised pricing in the digital era. DAF/COMP/WD (2018) 150. OECD, 2018. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3312158>

[135] Gorman, S. & Gorman, J. M., *Is Information Overload Hurting Mental Health?* 2020

Carrière-Swallow, Yan; Haksar, Vikram – *The economics and implications of data: an integrated perspective*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019. ISBN 978-1513511436

Carvalho, Jorge Morais – *Manual de direito do consumo*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7833-5

De Streel, Alexandre; & Florian, Jacques – *Personalised pricing and EU Law*. Calgary: International Telecommunications Society (ITS), 2019. Presented at the 30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Towards a Connected and Automated Society", Helsinki, Finland, 16th-19th June, 2019. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://hdl.handle.net/10419/205221>

Esposito, F., *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, CeDIE Working Papers 2020/02. [Last visited on 13th September 2021] Available at WWW: <uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie>

Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice E. – *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. ISBN 9780674241589

Hacker, Philipp – Nudge 2.0: The Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond. *European Review of Private Law*. 24:2 (2016), pp. 297-322. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/24.2/ERPL2016019> ISSN 1875-8371

Helberger, Natali; Zuiderveen Borgesius, Frederik J.; Reyna, Agustin – The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law. *Common Market Law Review*. 54:5 (2017), pp. 1427-1465. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/54.5/COLA201711> ISSN 1875-8320

Hildebrandt, Mireille – Defining Profiling: A New Type of Knowledge? In Hildebrandt, Mireille; Gutwirth, Serge (eds) – *Profiling the European Citizen*. Dordrecht: Springer, 2008. pp. 17-45 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6914-7_2> ISBN 978-1-4020-6914-7

Jabłonowska, Agnieszka; Kuziemski, Maciej; Nowak, Anna Maria; Micklitz, Hans-W.; Pałka, Przemysław; Sartor, Giovanni – *Consumer Law and Artificial Intelligence: Challenges to the EU Consumer Law and Policy Stemming from the Business' Use of Artificial Intelligence*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2018. (Final report of the ARTSY project, EUI Department of Law Research Paper No. 2018/11) [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3228051> ISSN 1725-6739

Kamp, Meike; Körffer, Barbara; Meints, Martin – Profiling of Customers and Consumers – Customer Loyalty Programmes and Scoring Practices. In Hildebrandt, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds) – *Profiling the European Citizen*. Dordrecht: Springer, 2008. pp. 201-211 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6914-7_11> ISBN 978-1-4020-6914-7

Maggiolino, Mariateresa – *Personalized Prices in European Competition Law*. Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 (2017). [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2984840>

Odlyzko, Andrew – Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. In Camp, L. Jean; Lewis, Stephen (eds) – *Economics of Information Security*. Advances in Information Security, vol. 12. Boston: Springer, 2004. pp. 187-211 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/1-4020-8090-5_15> ISBN 978-1402080890

Pigou, Arthur Cecil – *The economics of welfare*. 4 ed. London: Palgrave Macmillan, 2013. ISBN 978-0-230-24931-8

Poort, Joost; Zuiderveen Borgesius, Frederik J. – Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review*. 8:1 (2019), pp. 1-20. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://policyreview.info/articles/analysis/does--everyone-have-price-understanding-peoples-attitude-towards-online-and-offline> ISSN 2197-6775

Poort, Joost; Zuiderveen Borgesius, Frederik J. – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of consumer policy*. 40:3 (2017), pp. 347-366. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/s10603-017-9354-z> ISSN 0168-7034

Seele, Peter; Dierksmeier, Claus; Hofstetter, Reto; Schultz, Mario D. – Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing. *Journal of Business Ethics*. (2019), p. 1-23. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w> ISSN 1573-0697

Schofield, Alex – Personalized pricing in the digital era. *Competition Law Journal*. 18:1 (2019), pp. 35-44. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.4337/clj.2019.01.05> ISSN 2516-5771

Schneier, Bruce – *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. New York: WW Norton & Company, 2015. ISBN 978-0393352177

Sears, Alan M. – The Limits of Online Price Discrimination in Europe. *Columbia Science and Technology Law Review*. 21:1 (2019), pp. 1-42. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.7916/stlr.v21i1.5761> ISSN 1938-0976

Seizov, Ognyan; Wulf, Alexander J.; Luzak, Joasia – The transparent trap: A multidisciplinary perspective on the design of transparent online disclosures in the EU. *Journal of Consumer Policy*. 42:1 (2019), pp. 149-173. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/s10603-018-9393-01> ISSN 0168-7034

Steppe, Richard – Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective. *Computer law & security review*. 33:6 (2017), pp. 768-785. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.008> ISSN 0267-3649

Vale, Sebastião Barros – The Omnibus directive and online price personalization: a mere duty to inform? *European Journal of Privacy Law & Technologies*. 2 (2020) [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=213&idn=7&idi=-1&idu=-1> ISSN 2704-8012

Van Boom, Willem H.; Van Der Rest, Jean-Pierre I.; Van Den Bos, Kees; Dechesne, Mark – Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase. *Social Justice Research*. 33 (2020), pp. 331-351. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://doi.org/10.1007/s11211-020-00348-7> ISSN 0885-7466

Zuiderveen Borgesius, Frederik J. – Price Discrimination, Algorithmic Decision-Making, and European Non-Discrimination Law. *European Business Law Review*. 31:3 (2020), pp. 401-422. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Business+Law+Review/31.3/EULR2020017> ISSN 1875-841X

Legal texts

Brazilian Consumer Defense Code (Law No. 8,078 of 11 September 1990) [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>

Charter of Fundamental Rights of the European Union [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which

adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016ME/TXT&qid=1602969334704&from=EN>

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN>

Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0006&from=en>

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0043&from=EN>

Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=en>

Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ("Unfair Commercial Practices Directive") [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [Last visited on 25th October

2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>

Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN>

Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0771&from=EN>

Directive (EU) 2161/2019 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L2161&from=EN>

Portuguese Decree-Law no. 70/2007 bearing the modifications from Decree-Law no. 10/2015 and Decree-Law no. 109/2019 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=selected&nid=1069&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=>

Documents

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*. 2007 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. 2010 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf>

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Opinion 03/2013 on purpose limitation*. 2013 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf>

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. 2014 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf>

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679*. 2018 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=622227>

ARTICLE 29 WORKING PARTY – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. 2018 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>

EUROPEAN COMMISSION – *Commission staff working document: Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*. 2016 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN>

EUROPEAN COMMISSION – *Communication from the Commission: Completing a trusted Digital Single Market for all – The European Commission's contribution to the Informal EU Leaders' meeting on data protection and the Digital Single Market in Sofia on 16 May 2018*. 2018 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0320&from=en>

EUROPEAN COMMISSION – *Commission notice: Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts*. 2019 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&qid=1602971938693&from=EN>

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD – *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*. 2019 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf>

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD – *Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679*. 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf>

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR – *Opinion 4/2015 Towards a New Digital Ethics*. 2015 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf>

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES – *Big Data and Differential Pricing*. 2015 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW:

<https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf>

IPSOS, LONDON ECONOMICS & DELOITTE – *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*. Final Report, 2018. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf> ISBN 978-92-9200-929-8

NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS – *Guidelines on the Protection of the online consumer: Boundaries of online persuasion*. 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-guidelines-on-the-protection-of-the-online-consumer.pdf>

OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note by the Secretariat*. DAF/COMP (2018) 13. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf>

PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY – *Report to the President: Big Data and Privacy: A Technological Perspective*. 2014 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf>

PwC Study – *Global Consumer Insights Survey*. 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.pwc.com/gx/en/consumer-markets/consumer-insights-survey/2020/pwc-consumer-insights-survey-2020.pdf>

UK OFFICE OF FAIR TRADING (now the Competition and Markets Authority) – *Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust*. 2013 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised--pricing/oft1489.pdf>

UK OFFICE OF FAIR TRADING (now the Competition and Markets Authority) – *The economics of online personalised pricing*. 2013 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402154756/http:/oft.gov.uk/shared_oft/research/oft1488.pdf>

Jurisprudence

CJEU (2014). Case C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*. ECLI:EU:C:2014:317

CJEU (2016). C-310/15 *Vincent Deroo-Blanquart v Sony Europe Limited*. ECLI:EU:C:2016:633

CJEU (2017). Case C-186/16 *Ruxandra Paula Andriciuc and Others v Banca Românească SA*. ECLI:EU:C:2017:703

CJEU (2018). Case C-147/16 *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v Susan Romy Jozef Kuijpers*. ECLI:EU:C:2018:320

Journalistic and multimedia content

ANALYTICS SOFTWARE & SOLUTIONS INSTITUTE – *Machine Learning: What it is and why it matters*. 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.sas.com/pt_pt/insights/analytics/machine-learning.html>

AVAST – *What is an IP Address?* 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.avast.com/c-what-is-an-ip-address>

GORMAN, Sarah; GORMAN, Jack M. – *Is Information Overload Hurting Mental Health?* 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/denying-the-grave/202006/is-information-overload-hurting-mental-health>

KENNEDY, John F. – *Special message to congress on protecting consumer interest*. Speech given on 15 March 1962. [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>

LUERWEG, Frank – *The Internet Knows You Better Than Your Spouse Does*. 2019 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.scientificamerican.com/article/the-internet-knows-you-better-than-your-spouse-does/>

MARR, Bernard – *Here's Why Data Is Not The New Oil*. 2018 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/>

NORTON – *What are cookies?* 2019 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://us.norton.com/internetsecurity-privacy-what-are-cookies.html>

TECHOPEDIA – *Algorithm definition*. 2020 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.techopedia.com/definition/3739/algorithm>

THE ECONOMIST – *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. 2017 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>

WEISS, Tod R. – *Amazon apologizes for price-testing program that angered customers*. 2000 [Last visited on 25th October 2020] Available at WWW: <https://www.computerworld.com/article/2588337/amazon-apologizes-for-price-testing--program-that-angered-customers.html>

ANNEXE:

TRANSCRIPT OF THE SURVEY CARRIED OUT WITH LUSOPHONE CONSUMERS

PORTUGUÊS

Introdução – Personalização de preços (introdução)

Qual é a sua opinião sobre preços personalizados? Temos muito interesse em saber.

Pode disponibilizar-nos 5 minutos do seu tempo?

A sua opinião ajudar-nos-á a perceber melhor como é possível proteger todos os consumidores contra os perigos da personalização dos preços, bem como beneficiar das suas vantagens.

QUEM SOMOS:
Fabrizio Esposito (Professor da NOVA School of Law)
Leonor Bettencourt (Investigadora em Psicologia na Universidade NOVA de Lisboa)
Elisa Arruda (Mestranda da NOVA School of Law)
Jorge Morais Carvalho (Professor da NOVA School of Law)

ENGLISH

Introduction – Price personalisation (introduction)

What is your opinion on personalised pricing? We are very interested in knowing.

Can you give us 5 minutes of your time?

Your opinion will help us to better understand how it is possible to protect all consumers against the dangers of price personalisation, as well as how to benefit from its advantages.

WHO WE ARE:
Fabrizio Esposito (Professor at NOVA School of Law)
Leonor Bettencourt (Psychology Researcher at Universidade NOVA de Lisboa)
Elisa Arruda (Master student at NOVA School of Law)
Jorge Morais Carvalho (Professor at NOVA School of Law)

Maria Miguel Oliveira da Silva (Mestre pela NOVA School of Law)
Membros do NOVA Consumer Lab, o centro de investigação da NOVA School of Law focado no Direito do Consumo.

OS SEUS DADOS ESTÃO PROTEGIDOS
Os dados recolhidos são anónimos e serão tratados confidencialmente. Os resultados serão apresentados de forma agregada, impedindo a sua identificação.

Para quaisquer esclarecimentos contacte-nos através dos seguintes meios:
https://novaconsumerlab.fd.unl.pt
https://www.instagram.com/novaconsumerlab
https://www.facebook.com/novaconsumerlab/
novaconsumerlab@novalaw.unl.pt

Muito obrigado!
Por favor, informe-nos se é maior de 18 anos:
( ) Sim
( ) Não
Após a leitura da informação disponibilizada acima, aceita participar neste estudo e dá a sua permissão para que os resultados sejam utilizados num contexto de investigação científica?
( ) Sim
( ) Não

Seção 1 – Análise demográfica

Género
( ) Feminino
( ) Masculino
( ) Prefiro não dizer
Idade
( ) 18-24
( ) 25-39
( ) 40-60
( ) 60 ou mais
País onde reside
( ) Portugal
( ) Outro (por favor, especificar a seguir)

Maria Miguel Oliveira da Silva (Master by NOVA School of Law)
Members of NOVA Consumer Lab, the research centre of NOVA School of Law focused on Consumer Law.

YOUR DATA IS PROTECTED
The data collected is anonymous and will be treated confidentially. The results will be presented in an aggregated form, preventing their identification.

For any clarifications, contact us through the following means:
https://novaconsumerlab.fd.unl.pt
https://www.instagram.com/novaconsumerlab
https://www.facebook.com/novaconsumerlab/
novaconsumerlab@novalaw.unl.pt

Thank you!
Please let us know if you are over 18:
( ) Yes
( ) No
After having read the information provided above, do you agree to participate in this study and give your permission for the results to be used in a context of scientific research?
( ) Yes
( ) No

Section 1 – Demographic analysis

Gender
( ) Female
( ) Male
( ) Prefer not to say
Age
( ) 18-24
( ) 25-39
( ) 40-60
( ) 60 or more
Country of residence
( ) Portugal
( ) Other (please specify below)

Concelho onde reside (se não reside em Portugal, por favor, selecione "OUTRO")
[Lista contendo os 308 municípios existentes em Portugal e a opção "Outro"]
Local onde reside (caso tenha respondido "outro" nas perguntas anteriores)
[Pergunta aberta]
Habilitações literárias
( ) Ensino básico
( ) Ensino secundário
( ) Curso tecnológico, profissional ou outro
( ) Bacharelato
( ) Licenciatura
( ) Pós-graduação
( ) Mestrado
( ) Doutoramento
( ) Prefiro não informar
Quantas pessoas compõem o seu agregado familiar, contando consigo?
( ) 1-2
( ) 3-5
( ) Mais de 5 pessoas
( ) Prefiro não informar
Tem um perfil nas seguintes redes sociais ou utiliza os seus serviços? (múltipla escolha)
( ) Instagram
( ) Facebook
( ) Twitter
( ) LinkedIn
( ) WhatsApp
( ) Conta de e-mail pessoal
( ) Outro:

Seção 2 – Hábitos de consumo

1. Por favor, indique-nos se tem o hábito de efetuar compras através da Internet. Efetuou pelo menos uma compra online durante os últimos seis meses?
( ) Sim
( ) Não

2. Por favor, indique-nos com que frequência costuma efetuar compras através da Internet
( ) Pelo menos uma vez a cada seis meses

Municipality where you live (if you do not live in Portugal, please select "OTHER")
[List containing the 308 Portuguese municipalities and the option "Other"]
Place of residence (if you answered "other" in the previous questions)
[Open-ended question]
Literary abilities
( ) Basic education
( ) High school
( ) Technological, professional or other course
( ) Bachelor's Degree
( ) Graduate's Degree
( ) Postgraduate studies
( ) Master's Degree
( ) Doctorate
( ) Prefer not to say
How many people make up your household, counting with you?
( ) 1-2
( ) 3-5
( ) More than 5 people
( ) Prefer not to say
Do you have a profile on the following social networks or use their services? (multiple choice)
( ) Instagram
( ) Facebook
( ) Twitter
( ) LinkedIn
( ) WhatsApp
( ) Conta de e-mail pessoal
( ) Outro:

Section 2 – Consumption habits

1. Please let us know if you are in the habit of making purchases over the Internet. Have you made at least one purchase online during the past six months?
( ) Yes
( ) No

2. Please tell us how often you shop online

( ) At least once every six months

( ) Pelo menos uma vez a cada três meses
( ) Pelo menos uma vez a cada mês
( ) Pelo menos uma vez a cada 15 dias
( ) Todas as semanas

3. Quando se inscreve num serviço ou numa loja virtual, pense no que costuma fazer quando se depara com a informação sobre os "Termos e Condições" e a "Política de Privacidade". Por favor, numa escala de 1 a 7, indique-nos até que ponto concorda com as seguintes afirmações: Costumo apenas percorrer rapidamente a página para poder ter acesso ao conteúdo rapidamente.

• Responder numa escala de 1 a 7, em que 1 significa "discordo totalmente" e 7 significa "concordo totalmente"

4. Tendo em mente a questão anterior e a informação sobre os "Termos e Condições" e a "Política de Privacidade", por favor, numa escala de 1 a 7, indique-nos até que ponto concorda com a seguinte afirmação: Leio sempre a informação integralmente, antes de finalizar a minha inscrição.

• Responder numa escala de 1 a 7, em que 1 significa "discordo totalmente" e 7 significa "concordo totalmente"

Seção 3 – Percepção acerca da personalização dos preços

As lojas virtuais podem ajustar os preços com base nos dados de um determinado utilizador da Internet, como o país em que está, o horário em que visita a loja virtual ou o seu histórico de compras anterior. Estes dados sobre uma pessoa ou sobre um grupo específico podem ser observados pela própria loja ou, em alternativa, podem ser adquiridos a intermediários. Isto possibilita que duas pessoas que visitem a mesma loja virtual ao mesmo tempo vejam preços diferentes para o mesmo produto.

1. Acredita que já lhe foi proposto um preço personalizado? Nomeadamente, acredita que o preço de um produto ou

( ) At least once every three months
( ) At least once a month
( ) At least once every 15 days
( ) Every week

3. When you sign up for a service or at an online store, think about what you usually do when you are faced with information about the "Terms and Conditions" and the "Privacy Policy". Please, on a scale of 1 to 7, tell us to what extent you agree with the following statement: I usually just scroll through the page quickly so that I can access the content faster.

• Answer on a scale from 1 to 7, where 1 means "strongly disagree" and 7 means "strongly agree"

4. Bearing in mind the previous question and the information on the "Terms and Conditions" and the "Privacy Policy", on a scale of 1 to 7, please tell us to what extent you agree with the following statement: I always read the information in full, before completing my registration.

• Answer on a scale from 1 to 7, where 1 means "strongly disagree" and 7 means "strongly agree"

Section 3 – Perception about price personalisation

Virtual stores can adjust prices based on data from a particular Internet user, such as the country they are in, the time they visit the virtual store or their previous purchase history. This data about a person or a specific group can be observed by the store itself or, alternatively, can be acquired from intermediaries. This makes it possible that two people who visit the same online store at the same time may end up seeing different prices for the same product.

1. Do you believe that you have already been offered a personalised price? In particular, do you believe that the price of

serviço foi ajustado para si, com base nos seus dados?
( ) Sim
( ) Não
( ) Talvez

2. Numa escala de 1 a 7, com que frequência considera que a personalização dos preços com base nos dados do utilizador acontece durante as transações online? (Escala: a opção "4" corresponde a "em algumas ocasiões")
• Responder numa escala de 1 a 7, em que 1 significa "em nenhuma ocasião" e 7 significa "em todas as ocasiões"

3. Imagine que decidiu comprar um produto online (por 10€). O website informa-lhe que "este preço foi personalizado para si, com base no seu perfil digital". Acredita que:
( ) O preço aumentou
( ) É mais provável que o preço tenha aumentado, mas também é possível que tenha diminuído
( ) É mais provável que o preço tenha diminuído, mas também é possível que tenha aumentado
( ) É igualmente possível que o preço tenha aumentado ou diminuído
( ) Não sei

4. Imagine que decidiu comprar um produto online (por 10€). O website transmite-lhe a informação de que "este preço foi personalizado para si, com base no seu perfil digital". Que atitude tomaria?
( ) Prosseguir com a compra neste website
( ) Procurar pelo produto ou por um similar noutros websites
( ) Procurar no mesmo website, mas utilizando o navegador em modo anónimo, após limpar as cookies
( ) Outro:

5. Acredita que a personalização dos preços é injusta e portanto deverá ser proibida?
( ) Sim, deverá ser proibida em todas as circunstâncias

a product or service has been adjusted for you based on your data?
( ) Yes
( ) No
( ) Maybe

2. On a scale of 1 to 7, how often do you think that personalisation of prices based on user data occurs during online transactions? (Scale: option "4" corresponds to "sometimes")
• Answer on a scale of 1 to 7, where 1 means "none of the time" and 7 means "every time"

3. Imagine that you decided to buy a product online (for 10€). The website informs you that "this price has been personalised for you, based on your digital profile". Do you believe that:
( ) The price increased
( ) It is more likely that the price has increased, but it is also possible that it has decreased
( ) It is more likely that the price has decreased, but it is also possible that it has increased
( ) It is equally possible that the price has increased or decreased
( ) Do not know

4. Imagine that you decided to buy a product online (for 10€). The website informs you that "this price has been personalised for you, based on your digital profile". What action would you take?
( ) Proceed with the purchase on this website
( ) Search for the product or similar on other websites
( ) Search the same website, but using the browser anonymously, after clearing cookies
( ) Other:

5. Do you believe that price personalisation is unfair and therefore should be prohibited?
( ) Yes, it should be prohibited in all circumstances

( ) Sim, deverá ser proibida, mas somente quando ocorrer em detrimento do consumidor

( ) Não, basta que o consumidor seja informado acerca da personalização do preço

( ) Não, é uma prática justa e não deverá ser proibida em nenhuma circunstância

6. Perante a personalização dos preços, na sua opinião, qual é o nível de informação adequado que se deve obrigar o website a fornecer? Pode selecionar uma ou mais opções.

( ) É suficiente informar que os preços serão ajustados com base nos dados do utilizador

( ) O website deve informar quais os parâmetros principais/gerais segundo os quais os preços irão variar com base nos dados do utilizador

( ) O website deve informar qual é a faixa geral de preço do produto ou serviço em questão (parâmetros dentro dos quais o preço poderá ser personalizado)

( ) O website deve informar até que ponto o preço foi personalizado para o consumidor em questão, em termos de quanto foi o aumento ou o desconto

7. Além do dever de informação discutido na questão anterior, na sua opinião, que medidas complementares serão pertinentes adotar, de modo a fazer face à personalização dos preços? A seguir, são elencadas medidas, desde a menos até à mais restritiva para o vendedor. Pode selecionar uma ou mais medidas.

( ) A personalização dos preços é sempre aceitável e não carece de medidas adicionais

( ) Os consumidores devem ter o direito de optar por um preço não personalizado

( ) O vendedor poderá apenas oferecer descontos personalizados

( ) O vendedor poderá apenas oferecer descontos personalizados E os consumidores devem ter o direito de optar por um preço não personalizado

( ) Yes, it should be prohibited, but only when it occurs to the detriment of the consumer

( ) No, it is enough that the consumer is informed about the price personalisation

( ) No, it is a fair practice and should not be prohibited under any circumstances

6. In view of price personalisation, in your opinion, what is the appropriate level of information that the website should be obliged to provide? You can select one or more options.

( ) It is sufficient to inform that prices will be adjusted based on the user's data

( ) The website must inform the main/general parameters according to which prices will vary based on the user's data

( ) The website must inform the general price range of the product or service in question (within which the price can be personalised)

( ) The website should inform the extent to which the price has been personalised for the consumer in question, in terms of how much the increase or discount was

7. In addition to the information duty discussed in the previous question, in your opinion, what complementary measures will be pertinent to adopt, in order to face price personalisation? Next, measures are listed, from the least to the most restrictive for the seller. You can select one or more options.

( ) Price personalisation is always acceptable and does not require additional measures

( ) Consumers should have the right to opt for a non-personalised price

( ) The seller can only offer personalised discounts

( ) The seller can only offer personalised discounts AND consumers must have the right to opt for a non-personalised price

( ) A personalização dos preços é uma prática injusta e não deverá ser permitida em nenhuma circunstância

Seção 4 – Impacto da personalização dos preços sobre os hábitos de consumo

1. Imagine que decidiu comprar um produto online (por 100€). O website presta a informação de que "o preço foi aumentado em 5% com base no seu perfil digital". Que atitude tomaria?

( ) Prosseguir com a compra neste website

( ) Procurar pelo produto ou por um similar noutros websites

( ) Procurar no mesmo website, mas utilizando o navegador em modo anónimo, após limpar as cookies

( ) Outro:

2. Se o website indicasse que somente seria possível uma redução do preço com base nos seus dados, como é que isso afetaria a sua atitude?

( ) Positivamente: a mera possibilidade do desconto aumentaria a minha vontade de comprar

( ) Negativamente: não saber se fui ou não beneficiado pelo desconto diminuiria a minha vontade de comprar

( ) Indiferente: um possível desconto com base nos meus dados não interfere na minha vontade de comprar

( ) Outro:

3. Se o website indicasse que seria possível tanto uma redução como também um aumento do preço com base nos seus dados, como é que isso afetaria a sua atitude?

( ) Positivamente: a possibilidade quer de aumento quer de desconto aumentaria a minha vontade de comprar

( ) Negativamente: a possibilidade quer de aumento quer de desconto diminuiria a minha vontade de comprar

( ) Indiferente: a possibilidade quer de aumento quer de desconto não interfere na minha vontade de comprar

( ) Outro:

( ) Personalising prices is an unfair practice and should not be allowed under any circumstances

Section 4 – Impact of price personalisation on consumption habits

1. Imagine that you decided to buy a product online (for 100€). The website informs you that "the price has been increased by 5% based on your digital profile". What action would you take?

( ) Proceed with the purchase on this website

( ) Search for the product or similar on other websites

( ) Search the same website, but using the browser anonymously, after clearing cookies

( ) Other:

2. If the website indicated that only a price reduction would be possible based on your data, how would that affect your attitude?

( ) Positively: the mere possibility of a discount would increase my desire to buy

( ) Negatively: not knowing whether or not I benefited from the discount would decrease my desire to buy

( ) Indifferent: a possible discount based on my data does not interfere with my desire to buy

( ) Other:

3. If the website indicated that either a reduction or an increase in price would be possible on the basis of your data would be possible, how would that affect your attitude?

( ) Positively: the possibility of either an increase or a discount would increase my desire to buy

( ) Negatively: the possibility of either an increase or a discount would decrease my desire to buy

( ) Indifferent: the possibility of either an increase or a discount does not interfere with my desire to buy

( ) Other:

Seção 5 – Situações em que existe a personalização dos preços

Nesta seção, ser-lhe-ão apresentados exemplos práticos da personalização dos preços em ação. Por favor, numa escala de 1 a 7, indique-nos o quão aceitável ou não acredita ser cada uma das situações.

• Responder numa escala de 1 a 7, em que 1 significa "Absolutamente inaceitável/injusto" e 7 significa "Absolutamente aceitável/justo"

Exemplo 1: Um supermercado oferece descontos a todos os clientes portadores do seu cartão-fidelidade

Exemplo 2: Um supermercado oferece descontos personalizados a alguns clientes portadores do seu cartão-fidelidade, com base nos hábitos de consumo revelados pelo histórico individualizado de compras

Exemplo 3: Um museu privado oferece descontos a cidadãos reformados e a estudantes

Exemplo 4: Produtos vendidos em versões "familiares" / "poupança" (maior quantidade) têm o preço por unidade / peso / volume menor do que produtos vendidos em versões tradicionais de tamanho

Exemplo 5: Companhia aérea que aumenta os preços das passagens em voos próximos da lotação máxima

Exemplo 6: Companhia aérea que altera os preços das passagens com base no histórico individualizado de viagens de um passageiro frequente

Exemplo 7: Vivenda na praia mais cara durante as férias de verão do que em outras épocas do ano

Exemplo 8: Chapéu de chuva mais caro quando está a chover e o stock do vendedor está próximo do fim

Exemplo 9: Chapéu de chuva mais caro quando está a chover, sem que o stock do vendedor esteja próximo do fim

Exemplo 10: Supermercado que pratica preços mais altos numa localidade em que os valores das rendas são maiores e preços mais baixos noutra, na qual as rendas são mais baratas

Section 5 – Situations where price personalisation takes place

In this section, you will be presented with practical examples of price personalisation in action. Please, on a scale of 1 to 7, tell us how acceptable or disagreeable each situation is.

• Answer on a scale of 1 to 7, where 1 means "absolutely unacceptable/unfair" and 7 means "absolutely acceptable/fair"

Example 1: A supermarket offers discounts to all customers that are also loyalty cardholders

Example 2: A supermarket offers personalised discounts to some customers with their loyalty card, based on the consumption habits revealed by the individualized purchase history

Example 3: A private museum offers discounts to senior citizens and students

Example 4: Products sold in "bulk" / "savings" (higher quantity) versions cost less per unit / weight / volume than products sold in traditional size versions

Example 5: Airline that raises ticket prices on flights close to maximum passenger capacity

Example 6: Airline that changes its ticket prices based on the individualized travel history of a frequent flyer

Example 7: Beach villa that is more expensive during summer holidays than at other times of the year

Example 8: Umbrella that is more expensive when it is raining and the seller's stock is near the end

Example 9: Umbrella that is more expensive when it is raining without the seller's stock being near the end

Example 10: Supermarket that practices higher prices in one location where rent is higher and lower prices in another, where rent is cheaper

Example 11: Fast-food restaurant that practices higher prices in the franchise located at the airport, even though the costs are similar to those of other franchises

Exemplo 11: Restaurante fast-food que pratica preços mais altos na unidade localizada no aeroporto, mesmo que os custos sejam semelhantes aos de outras unidades

Exemplo 12: Hotel que cobra valores mais altos a utilizadores que acedem ao website através de dispositivos Apple do que àqueles que acedem através de dispositivos Android ou Windows

Exemplo 13: Escola de idiomas online que varia os preços dos cursos com base no perfil digital de cada aluno (localidade, dispositivo, idade, aspirações profissionais, etc)

Exemplo 14: Uma rede social que oferece acesso de maneira alegadamente gratuita, mas que recolhe dados pessoais dos utilizadores, para depois os revender e, assim, obter lucro

Example 12: Hotel that charges higher fees from users who access the website through Apple devices than those who access via Android or Windows devices

Example 13: Online language school that varies course prices based on the digital profile of each student (location, device, age, professional aspirations, etc.)

Example 14: A social network that offers access for allegedly free of charge, but which collects users' personal data, to then resell them and thus make a profit

E-contracts B2C: O Confronto entre as Regras de Transferência do Risco e o Direito de Arrependimento. Uma Análise à Luz da Compra e Venda Celebrada através da Internet*

João Pinto Monjardino**

Resumo: A presente dissertação tem como principal objetivo refletir sobre a existência ou não de um conflito entre o regime da transferência do risco nos contratos bilaterais, celebrados através da internet entre consumidor e profissional, e o direito de arrependimento. Para tanto, é feita uma análise do que são os *e-contracts B2C*, os contratos celebrados à distância, e o direito de arrependimento, direito especial e obrigatório dos contratos de consumo celebrados à distância. Em seguida, é construída uma abordagem sobre as regras gerais de transferência do risco, à luz da lei portuguesa, e das específicas, dos contratos de consumo. Por último, é realizada uma abordagem entre as regras do direito de arrependimento e a sua eventual incompatibilidade com as regras da transferência do risco, e bem assim, a influência daquele direito nestas regras.

Palavras-chave: *e-commerce*; e-*contracts*; B2C; direito do consumo; consumidor; ciberconsumidor; internet; contratos celebrados à distância; direito de arrependimento; risco.

Abstract: The main purpose of this dissertation is to reflect on the existence or not of a conflict between the risk transfer regime in bilateral contracts, concluded through the internet, entered between consumer and professional, and the right of withdrawal. For this purpose, we dissect the concept of B2C e-contracts, distance contracts, and the right

---

* Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito e Gestão, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Ano Letivo 2020/2021), sob a orientação do Professor Doutor António Agostinho Cardoso Conceição Guedes.

** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direito e Gestão pela Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados - Sociedade de Advogados, SP, RL.

of withdrawal, a special and mandatory right for consumers who enter distance contracts. Furthermore, we explain the general rules on risk transfer, under Portuguese law, and the specific rules on this matter, applicable to consumer contracts. Finally, an approach is made between the rules of the right of withdrawal and its possible incompatibility with the rules of risk transfer, as well as the influence of the right of withdrawal on those rules.

Keywords: *e-commerce*; e-*contracts*; B2C; consumer rights; consumer; cyber consumer; internet; distance contracts; right of withdrawal; risk.

Lista de siglas e abreviaturas

A.	Autor
AA.	Autores
AAVV.	Autores Vários
al.	alínea
art.	artigo
arts.	artigos
atu.	atualizada
aum.	aumentada
B2C	*business-to-consumer*
CC	Código Civil
CCEsp.	Código Civil Espanhol
CCFr.	Código Civil Francês
CCIt.	Código Civil Italiano
cfr.	conforme
CNIACC	Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo
Coord.	Coordenação
COVID-19	*Coronavirus disease 2019*
CRP	Constituição da República Portuguesa
DCE	Diretiva do Comércio Eletrónico
dir	diretor
DL	Decreto-Lei
DL 143/2001	Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril
DL 24/2014	Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro
DL 446/85	Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro
DL 67/2003	Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de abril
LCCD	Lei dos Contratos Celebrados à Distância
LCE	Lei do Comércio Eletrónico
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
i.e.	*id est*
n.º	número

n.ºs	números
n.b.	*nota bene*
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
pp.	páginas
p. ex.	por exemplo
Proc.	Processo
ref.	reformulada
reimp.	reimpressão
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
s.m.o	salvo melhor opinião
ss.	seguintes
v.g.	*verbi gratia*
vol.	volume
vs.	*versus*

Introdução

O interesse da discussão que sustenta a presente dissertação surgiu de uma questão hipotética: como se compaginam as regras gerais da transferência do risco da deterioração e perecimento da coisa com o exercício do direito de arrependimento nos contratos de consumo celebrados à distância?

Compulsado o DL 24/2014, não conseguiremos alcançar qualquer resposta à questão, sendo o diploma omisso quanto a esta temática, regulando maioritariamente as obrigações das partes, sem que, contudo, discipline em específico esta matéria (que, como compreenderemos mais adiante, é regulada, pelo menos em parte, pela LDC).

Em paralelo, suscita-nos especial interesse o galopante domínio da internet sobre todas as áreas da vida e, em especial, como é que o Direito responde aos desafios lançados por esta realidade.

Concretamente, pretendemos analisar de que modo é que a contratação eletrónica entre profissionais e consumidores é regulada em Portugal, e se as normas que lhe são aplicáveis se demonstram atuais, propondo-nos a analisar os problemas que surgem e as soluções que se alcançam.

Faremos esta análise de modo integrado com a regulamentação aplicável à contratação à distância (assumindo os *e-contracts* B2C como contratos

celebrados à distância), descortinando quais os mecanismos de que o consumidor dispõe nesta modalidade contratual, tendentes a nivelar um tipo de contratação que se assume, *a priori*, desnivelada.

Será, neste conspecto, que procuraremos compreender o que é a contratação eletrónica, a contração à distância e, bem assim, o que é o direito de arrependimento, qual a sua natureza e escopo de aplicação.

Partiremos daqui para a análise das regras de transferência do risco de perecimento e deterioração da coisa durante o calvário contratual e, a partir da mesma, concluiremos se há ou não algum tipo de conflito entre o direito de arrependimento e as regras de transferência de risco.

I. Contratos celebrados à distância

Na al. f) do art. 3.º do DL 24/2014, encontramos a definição de contrato celebrado à distância como sendo "um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração".

Primus, estamos perante um contrato[1].

Secundus, importa aludir ao facto de que, neste tipo de contratos, estarmos perante um contrato celebrado entre um "consumidor e fornecedor de bens ou prestador de serviços sem a presença física simultaneamente de ambos". Ou seja, relevam apenas os contratos B2C (*business-to-consumer*)[2],

---

[1] Almeida (2017; p. 39), formulando sinteticamente o conceito de contrato refere que "enquanto acto, o contrato qualifica-se como negócio jurídico plurilateral. Enquanto acordo, o contrato caracteriza-se pela natureza dos efeitos que produz – jurídicos, performativos e reflexivos. Contrato define-se assim como o *acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido*."

[2] Hörster e E. Silva (2019; p. 519) referem que "devemos distinguir entre várias possibilidades de celebração de contratos por via eletrónica. Podemos estar perante a celebração de contratos entre empresas (B2B: *Business-to-Business*), entre empresas e consumidores (B2C: *Business-to-Consumer*), entre empresas e a Administração (B2A: *Business-to-Administration*) e entre consumidores e a Administração (C2A: *Consumer-to-Administration*)."

sendo da mais elevada importância compreender quem é o consumidor e se todo o consumidor está abrangido pela aplicação deste DL.

Nas palavras de Ferreira de Almeida[3], "não há qualquer grupo económico ou social formado pelos consumidores". Em boa verdade, aqui jaz a dificuldade em definir de modo uno o conceito de consumidor: todos em algum momento da vida o somos, não havendo na lei, um conceito inequívoco de consumidor.

Para o estudo *sub judice*, em face do tema da dissertação privilegiaremos a utilização da definição presente no DL 24/2014, que define consumidor de um modo mais cerceado do que a LDC, ilustrando este como "a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional"[4]. Delimita subjetivamente o consumidor enquanto pessoa singular, que atue com fins alheios a uma atividade que não a sua mera atividade pessoal.

No lado oposto do sinalagma, estará, portanto, "o empresário, pessoa singular ou coletiva titular de um estabelecimento comercial atuando no âmbito da sua atividade profissional diretamente ou através de terceiro"[5].

Finalizando a análise do presente requisito, resta-nos aludir à pedra angular deste tipo de contratação, que é o facto de os contraentes não se encontrarem na presença física um do outro, *in contrahendo* e no momento da celebração do contrato, contratando mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância. Para clarificar, o DL define como técnica de comunicação à distância "qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes"[6].

Tertius, quanto ao escopo objetivo deste tipo contratual, salvo as exclusões do art. 2.º do DL, o regime dos contratos celebrados a distância aplica-se a qualquer contrato, desde que este incida sobre bens ou serviços[7].

---

[3] Almeida (2005; p. 44).

[4] Cfr. art. 3.º, al. c) do DL 24/2014.

[5] Antunes (2019; p. 172).

[6] Cfr. art. 3.º, al. m) do DL 24/2014.

[7] Carvalho (2021; p. 212); Barata (2016; p. 887; nota 77) refere ainda que "dentro dos limites gerais, qualquer contrato, típico ou atípico".

Quartus, o negócio celebrado tem de se encontrar "integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância".

Da mesma sorte, não é exigível que o fornecedor se dedique exclusivamente[8] à contratação à distância, podendo, por exemplo, comercializar os seus produtos numa loja física e, ao mesmo tempo, promover e vender os seus produtos através de uma plataforma de *e-commerce*.

1. E-contracts B2C, como contratos celebrados à distância

O *boom* tecnológico do século XXI, aliado à galopante dependência da internet, seja em relação às redes sociais, seja em relação a plataformas de comércio *on-line*, alavancam, de modo claro, o interesse em dissecar esta modalidade contratual, em relação a outras tantas, como sejam a contratação por contacto telefónico, por carta, pela televisão, que não serão objeto de escrutínio na presente dissertação.

Principiando, Engrácia Antunes[9] ensina que *e-commerce* "abrange hoje o conjunto das atividades, relações ou transações juseconómicas realizadas por via telemática através de equipamentos de processamento e transmissão eletrónica de dados (computadores, "tablets", "smartphones")". É do *e-commerce* que retiramos a modalidade contratual a que damos o nome de contratação eletrónica[10], "caracterizad[a] pelo facto de as declarações de vontade dos contraentes serem produzidas por meios informáticos, "maxime", através dos sítios "web" colocados em rede ("internet") e do correio eletrónico ("e-mail")".

É esculpindo o conceito de contratação eletrónica que chegamos ao conceito de *e-contracts* B2C. Esta modalidade contratual reporta-se, portanto, aos contratos celebrados através da internet, entre um profissional e um consumidor[11]. Tem a doutrina entendido que um contrato celebrado nestes termos é sempre um contrato celebrado à distância[12], estando

---

[8] Pinto-Ferreira e Carvalho (2016; p. 97).

[9] Antunes (2019; p. 177).

[10] Sobre o conceito de contratação eletrónica, ver Telles (2010; p. 151).

[11] Antunes (2019; p. 176).

[12] Neste sentido: Antunes (2019; p. 183); Carvalho (2018; p. 73); D. SILVA (2003; p. 433); Homem (2013; pp. 9 e 10).

consequentemente abrangido pelo âmbito de aplicação do DL 24/2014. Sendo a legislação do comércio eletrónico incompleta[13] aplicar-se-ão ainda, a estes contratos, as normas da LCE[14], naturalmente as normas da LDC e, em tudo o que não seja regulado em diploma especial, regerá o disposto no CC.

Relativamente ao conceito de ciberconsumidor, não nos alongaremos na sua definição, remetendo para o dito no capítulo anterior e acompanhando a doutrina[15] quando refere que o conceito de ciberconsumidor se deve reconduzir ao conceito geral de consumidor.

Para a celebração destes contratos vigora o princípio geral da liberdade de forma, nos termos do art. 219.º do CC e do art. 25.º n.º 1 da LCE[16].

Ora, do lado do profissional, as vantagens deste tipo de contratação são óbvias. A possibilidade de contratar eletronicamente confere-lhe o benefício da ubiquidade, instantaneidade, interatividade e acessibilidade[17], ao que acresce o facto de os bens serem acessíveis ao público em geral, a qualquer hora, representando este tipo de contratação um volume de negócios mundial, superior a 1,8 triliões de dólares[18].

Quanto aos consumidores, e na esteira de Menezes Cordeiro[19], "praticamente tudo pode ser adquirido ou contratado. O interessado pode, num espaço de segundos, comparar preços, características e qualidades. Além disso, poupam-se intermediários e múltiplos custos de transação".

Segundo dados da OCDE, o advento da crise mundial gerada pela pandemia da doença COVID-19 acelerou a expansão do *e-commerce*, providenciando aos consumidores uma variedade significativa de produtos a partir da conveniência e segurança dos seus lares, e permitindo às empresas continuar a operar, apesar das restrições de contacto e outras medidas de

---

[13] A. Leitão (2012; p. 33).

[14] Entre outros diplomas legais que não teremos oportunidade de analisar com detalhe no presente estudo, mas que referiremos *ad hoc*, de onde destacamos o DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto (relativa aos documentos eletrónicos e assinatura digital) e DL n.º 446/85, de 25 de outubro, relativo às Cláusulas Contratuais Gerais.

[15] Antunes (2019; p. 182); Carvalho (2018; p. 69); D. Silva (2003; pp. 423-456); Oliveira (2002; p. 58).

[16] Para uma análise mais profunda quanto à validade dos documentos eletrónicos, assinatura eletrónica exigências de forma e capacidades probatórias, ver Antunes (2019; pp. 192-196).

[17] Ascenção (2008; p. 41).

[18] Antunes (2019; p. 178).

[19] Cordeiro (2014; p. 348).

confinamento impostas pelos desígnios de saúde pública. No Reino Unido, a crise pandémica viu aumentar a quota de *e-commerce* nas vendas a retalho, de aproximadamente 20%, para aproximadamente 30%[20].

De todo o modo, esta modalidade contratual não vive só de benefícios, sendo diversos, também, os perigos que encerra (perigos exacerbados pela transição digital *à força* imposta pelo confinamento pandémico) – mais do lado do consumidor – mas também do lado do profissional[21].

Do lado do consumidor[22], a necessidade de proteção reforçada na contratação à distância deve-se, em primeira linha, à inexistência de proximidade com o profissional e com os bens[23], e, daqui, à incapacidade de, com calma, ver as suas características, avaliar os mesmos, confirmar se tais bens (ou serviços) oferecidos vão de encontro às suas expectativas[24] e, bem assim, formar, de modo pleno, a sua vontade em contratar.

A agressividade deste processo contratual aumenta exponencialmente quando nos referimos à contratação eletrónica, atento o facto de o consumidor ter dificuldade em conhecer a real identidade do profissional (potenciando fraudes), este processo negocial ser assombrosamente fácil e atrativo[25] (à distância de um *click*), massificado e ostensivo (constante bombardeamento de publicidade e *marketing* direto), a existência de exposição dos seus dados pessoais (muitas vezes utilizados com o intuito de *profiling*[26], assim promovendo técnicas de *marketing* predatório, com o intuito de promover produtos de acordo com as preferências do consumidor) e dados bancários.

---

[20] "E-commerce in the time of COVID-19", disponível em https://bit.ly/3fRs2L6.

[21] Antunes (2019; pp. 178-179) ressalta a dificuldade em conhecer a identidade dos consumidores, a sua capacidade jurídica ou o seu domicílio; D. Silva (2003; pp. 436-437) refere, e bem, que "a internet é cega à idade do consumidor" concluindo que, à luz das regras do CC quanto à capacidade de exercício que "os negócios celebrados pelo menor podem ser anulados". Por último, e numa análise curiosa, refere ainda que "há negócios celebrados pelo menor que são plenamente válidos, insusceptíveis de anulação: negócios relativos à profissão ou ofício do menor, exemplo: o menor de 15 anos pode ser um webmaster e celebrar contratos de criação de um website, estes negócios não são susceptíveis de anulação".

[22] Cordeiro (2014; p. 348).

[23] Carvalho (2021; p. 210).

[24] Loos (2009; p. 8).

[25] Antunes (2019; p. 179).

[26] Cfr. (4) do art. 4.º do RGPD.

Será sobre os remédios legais que visam colmatar estas discrepâncias, que nos iremos agora debruçar.

2. *Deveres pré-contratuais*

Na fase negocial do contrato, uma vez que estamos perante um contrato eletrónico, e um contrato celebrado à distância, sobre o profissional impendem pesados deveres de informação, que surgem pela aplicação conjugada do DL 24/2014, do DL 7/2004 e da LDC[27].

Este direito subjetivo, que surge na esfera do consumidor em momento pré-contratual, encontra, entre nós, consagração constitucional, desde 1982, no art. 60.º da CRP[28].

O direito à informação surge, nestes termos, como salvaguarda fundamental da "*vítima* moderna da *sociedade de consumo*"[29], visando diminuir o fosso informativo entre o profissional e o consumidor.

Recorrendo *in prima facie* ao DL 24/2014, é no seu art. 4.º que encontramos a base informativa que tem de se assegurar a todo consumidor que contrate à distância, consistindo esta no "conteúdo mínimo da declaração que deve ser emitida pelo profissional, e na forma pela qual esse conteúdo mínimo deve ser comunicado"[30]. Este elenco é taxativo e imperativo[31], não podendo ser diminuído por vontade do profissional[32].

Nos termos deste art., estas informações devem incluir, entre outros, quatro elementos essenciais: (1) informações e identificação sobre o fornecedor dos bens ou serviços; (2) características essenciais do bem ou serviço; (3) o preço e outros encargos (p. ex. despesas postais); (4) a existência ou não do direito de arrependimento, bem como o prazo e forma de exercício desse direito, quando exista.

---

[27] Cordeiro (2015; p. 45-50) refere que "ninguém estará jamais seguro de ter esgotado o *iter* informativo em vigor".

[28] Rebelo (2012; 104).

[29] Monteiro (2000; p. 334).

[30] Carvalho (2021; p. 223).

[31] Rebelo (2012; p. 124).

[32] Cfr. art. 29.º do DL 24/2014.

Entendemos, ainda, que a anterioridade em relação à formação do contrato não pode ser negligenciada[33], sendo isto confirmado pelo art. 28.º do DL 7/2004, ainda que o art. se refira a um número mais reduzido de informações.

O conteúdo da declaração deve ainda ser indicado "de forma clara e compreensível". Dissecando este conceito, definiremos como clara a informação prestada por forma a conferir ao consumidor facilidade em aceder ao conteúdo da declaração do profissional. Por seu turno, compreensível será a comunicação realizada com um diminuto grau de complexidade, inteligível pelo *bonus pater famílias*, na língua do destinatário[34].

Como se coadunam estas exigências com um processo contratual que se tem como simples, rápido e inovador?

Como bem refere Morais Carvalho[35], e na sua esteira, "a informação deve ser colocada num local de fácil acesso, nunca através de uma ligação facultativa".

Mais ainda, este dever informativo não pode ser entendido, nem representar para o profissional, uma obrigação de garantia do conhecimento efetivo por parte do consumidor[36].

Mais ainda, nos termos do n.º 2 do art. 5.º do DL 24/2014, em sede de *e-contracts*, sempre que a encomenda pelo consumidor resultar numa obrigação de pagamento, o profissional deve assegurar a existência de uma confirmação expressa e consciente dessa obrigação por parte do consumidor e de um alargado conjunto de informações, como sejam: "características essenciais do bem ou serviço, preço e restantes encargos, ou despesas associadas ao contrato e, quando aplicável, prazo de duração mínima do contrato e das obrigações do consumidor"[37].

O n.º 4 do art. 5.º do mesmo normativo faz ainda referência aos casos em que a contratação se dá por efeito de um mero *click*, exigindo que o

---

[33] Rebelo (2012; p. 135); Carvalho (2021; p. 225).

[34] Para uma análise mais aprofundada sobre a questão da língua em que devem ser fornecidas as informações e a sua correlação com o requisito da compreensibilidade da declaração, ver Maia (2015; pp. 174-176).

[35] Carvalho (2021; p. 233).

[36] Antunes (2019; p. 185); Oliveira (2002; p. 82), rejeitando os AA. a passividade do consumidor.

[37] Carvalho (2021; p. 234).

campo ou função onde o *click* é efetuado contenha uma identificação, inequívoca e facilmente legível, igual ou equivalente a "encomenda com obrigação de pagar".

A este elenco informativo, acrescem – de modo complementar e não excludente[38] – os deveres de idêntica natureza que decorrem do art. 10.º da LCE (deveres gerais a cargo do fornecedor de serviço aos seus destinatários), devendo as informações em referência estar permanentemente disponíveis em linha; e os deveres de informação referentes à contratação eletrónica, presentes no art. 28.º, n.º 1 da LCE, que elenca a informação mínima que o profissional deve fornecer ao consumidor, em momento anterior à ordem de encomenda.

3. *Formação do contrato*

A temática que se abordou no capítulo anterior levanta, desde logo, uma questão, que tem vindo a ser amplamente discutida na doutrina, quanto ao momento em que os *e-contracts* se consideram celebrados, a que aludiremos por dever académico e de modo meramente telegráfico, não sendo este o objeto do presente estudo.

Conforme alvitra Engrácia Antunes em análise aos arts. 29.º a 32.º do DL 7/2004, o legislador parece ter criado, em alternativa à proposta e aceitação[39], quatro diferentes momentos da formação contratual: a oferta em linha, a ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação de encomenda[40].

Principiando, a oferta em linha que cumpra o crivo informativo legal e imperativo consubstancia uma proposta contratual ou um convite a contratar[41]?

Atendendo ao que prescreve o art. 32.º da LCE, e compulsado o vasto elenco informativo a que se encontra adstrito o profissional que forneça os seus bens ou serviços em linha, o nosso raciocínio parece tender para a

---

[38] A. Leitão (2005; p. 33); Rebelo (2012; p. 121).

[39] Almeida (2017; pp. 214 e 217).

[40] Antunes (2019; p. 188).

[41] Para uma irrepreensível representação da diferença entre as duas figuras, ver Almeida (2017; pp. 121 e ss.).

conclusão de que a oferta em rede que contenha esta panóplia informativa, consubstancia, em si, uma proposta contratual[42], uma vez que o profissional que emite uma declaração que cumpra os requisitos mínimos dos arts. 4.º e 5.º do DL 24/2014 e do art. 28.º da LCE demonstra uma vontade inequívoca e firme em contratar, suscetível de ser aceite pelo consumidor com um simples "sim" (uma declaração positiva de vontade, como um *click* no campo "aceito"). I.e., o negócio ficará perfeito com a simples aceitação[43] pelo consumidor[44].

Ainda que a *ratio* lógica nos faça rumar neste sentido, vemos como sensata a posição de que, em análise concreta de determinada oferta em rede, se poderá impor qualificação jurídica distinta[45]. Não obstante, na qualificação jurídica em concreto da oferta em linha, teremos de recorrer às regras da teoria da impressão do destinatário, entre nós consagrada no art. 236.º, n.º 1 do CC, assumindo a conclusão que por esta via, objetivista, se imponha, a qual não se queda pelo desejo subjetivo do oferente em se vincular ou não à oferta[46].

Já quanto ao segundo momento do processo formativo dos *e-contracts*, a ordem de encomenda, que Manuel Pita define como "toda a declaração

---

[42] Almeida (2005; p. 97); Antunes (2019; p. 189) Carvalho (2021; p. 224) equacionando como possível o afastamento deste entendimento nas situações em que o profissional demonstre de modo expresso a sua intenção em sentido oposto, considerando, contudo, que isso contraria a *ratio* desta norma; HOMEM (2013; pp. 21-22); Hörster e E. Silva (2019; p. 521); Contra: J. Silva (2017; p. 195).

[43] Almeida (2017; pp. 126 e 138) define aceitação como "a reação positiva a uma determinada proposta de contrato [...]. A aceitação é uma resposta afirmativa, conforme (concordante, congruente) com os termos da proposta a que se refere." (p. 126); mais adiante conclui que "[o] efeito positivo e principal da *aceitação* é a *formação de um contrato*. O contrato considera-se, por isso, concluído no tempo e no lugar da eficácia da aceitação." (p. 138).

[44] Argumento a favor da qualificação da oferta em rede como convite a contratar respeita às situações em que o profissional que formula a oferta pode não ter stock suficiente para as concretas aceitações. Em resposta a esta questão veja-se o que sugere Homem (2013; p. 18) "no entanto, este argumento, para além de significar um esvaziamento do sentido prático da figura da proposta ao público, é facilmente afastado, pois nessas situações estaríamos perante uma "incapacidade de facto, que justifica o não cumprimento", ou bastaria invocar uma condição resolutiva tácita."; no mesmo sentido: Almeida (2017; pp. 124-125); Hörster e E. Silva (2019; p. 520; nota 663); contra: P. Silva (2003; pp. 296-297).

[45] Oliveira (2002; p. 89).

[46] Homem (2013; p. 19).

dirigida ao cibercomerciante pelo cliente, consumidor ou profissional, que exterioriza a intenção de celebrar um contrato nos termos expostos na loja virtual"[47], surgem também dúvidas.

A primeira questão surge, desde logo, quanto ao *nomen iuris* atribuído a esta figura, sendo esta expressão desconhecida no tráfego jurídico nacional, não encontrando equivalente no CC. A segunda questão deve-se ao facto de que, quer o art. 11.º da DCE, quer o art. 29.º da LCE (que transpôs a DCE), terem sob epígrafe "ordem de encomenda", mas ambos se referirem ao momento posterior, que é o aviso de receção, inexistindo o esclarecimento quanto ao conteúdo ou natureza daquela figura.

Assim, em contraposição às dúvidas levantadas quanto à oferta em linha[48], fica a questão de saber se, em relação à ordem de encomenda, estamos ou não perante uma aceitação que torna perfeito o contrato[49].

Isto porque, nos termos do n.º 1 e 5 do art. 29.º da LCE, "logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos" complementando que "a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida".

Assim, o aviso de receção gera elevada controvérsia quanto à sua natureza jurídica, atenta a sua (aparente?) relevância na formação do contrato.

Engrácia Antunes refere, de modo perentório, que "afigura-se estarmos aqui diante de um dever legal pós-contratual do prestador do serviço: ou seja, tal aviso não constitui uma formalidade "ad substantiam" ou pressuposto da formação do contrato eletrónico, o qual se deve considerar assim perfeito e concluído com a ordem de encomenda emitida pelo consumidor destinatário, tratando-se antes de uma formalidade "ad probationem" ulterior a cargo do empresário prestador do bem ou serviço, imposta por razões de segurança

---

[47] Pita (2007; p. 107).

[48] Homem (2013; p. 23).

[49] Antunes (2019; p. 190; nota 368) refere, ainda, que "a determinação do momento da celebração ou perfeição contratual não é questão meramente académica, possuindo relevância para diversos efeitos da economia dos contratos eletrónicos (pense-se, por exemplo, no direito de desistência do consumidor, cujo prazo se conta a partir da data de celebração: cf. Art. 10.º, nº.1, a) da LCCD)".

no comércio eletrónico e de tutela dos consumidores"[50]. Diga-se, em abono deste entendimento, que é prática comum das empresas de *e-commerce* o envio deste tipo de comunicações de modo automático, sem a necessidade de qualquer intervenção humana, ou seja, objetivamente independente da vontade do seu emissor.

Em face do retro exposto, concluiremos por remeter o aviso de receção para mera formalidade *ad probationem*, irrelevante para a determinação do momento da conclusão do *e-contract*[51].

O último ponto deste *iter* negocial é o da confirmação, a que o n.º 5 do art. 29.º da LCE parece – diremos, de modo infeliz – fazer condicionar a definitividade da encomenda ou do contrato. Diga-se que este instituto, na prática, parece ser categoricamente ignorado pelos contraentes.

A sua razão de ser da referida ignorância justifica-se pelo entrave desnecessário que é criado por esta figura, face a um processo negocial que se pretende tendencialmente célere e simples. Esta foi a motivação, ainda que aparente, que levou à eliminação da referência à confirmação na DCE, que surgia no projeto inicial da diretiva, num artigo sob a epígrafe "momento da conclusão do contrato", atentas as variadas críticas que lhe mereceu pela doutrina[52]. Não obstante, e daí a infelicidade a que se aludiu *supra*, o legislador português decidiu prever esta figura na LCE, sendo este um aspeto especial do regime português[53].

A qualificação jurídica deste instituto dividiu a doutrina nacional, havendo quem entenda tratar-se de um mero dever/formalidade pós-contratual que visa assegurar a segurança das comunicações[54], enquanto outros a entendem como o momento terminal da aceitação (defensores do sistema de duplo *click*, em que a aceitação operaria em dois momentos: na ordem da encomenda e na confirmação)[55], além daqueles que veem na confirmação uma condição suspensiva para a verificação dos efeitos do contrato[56], e ainda, de outros tantos que interpretam a

---

[50] Antunes (2019; pp. 190-191).

[51] Neste sentido: Almeida (2017; p. 171); Hörster e E. Silva (2019; pp. 525-524).

[52] Hörster e E. Silva (2019; p. 522; nota 665).

[53] Homem (2013; p. 28).

[54] Almeida (2017; p. 171); Antunes (2019; p. 192); Homem (2013; pp. 28-29).

[55] Pita (2007; p. 102).

[56] Carvalho (2018; pp. 77-78).

confirmação como uma renúncia antecipada ao exercício do direito de arrependimento[57].

Concluiremos, à semelhança do que dissemos quanto ao aviso de receção, alicerçados no art. 32.º da LCE, que a confirmação é irrelevante para a aferição do momento da celebração do contrato, sendo este um dever pós-contratual que, para nós, e em coerência com o antedito, beneficiaria mais o intérprete com a sua supressão do regime legal, parecendo ser bem maiores as incertezas que gera do que os benefícios que traz a esta modalidade contratual.

II. Direito de arrependimento nos *e-contracts* B2C de compra e venda

Como tivemos a oportunidade de referir, não poderemos falar de *e-contracts* sem falar sobre contratos celebrados à distância e, da mesma sorte, não poderemos falar sobre contratos celebrados à distância sem falar sobre direito de arrependimento.

Este direito, referido como o *ex libris* do direito do consumo[58] é, como alvitra Ferreira de Almeida[59], "tão excecional no direito do consumo como o direito à greve no direito do trabalho, ambos contrários ao princípio geral de cumprimento dos contratos validamente celebrados", dando desta forma a entender que o presente direito representa uma afronta ao princípio *pacta sunt servanda*[60] nos seus corolários da pontualidade e da estabilidade do cumprimento dos contratos.

Com importância para a nossa dissertação, analisaremos este princípio à luz do DL 24/2014. Como bem ensina Romano Martinez, referindo-se ao DL 24/2014, "este regime, como se esclarece no preâmbulo do diploma, tem em vista a proteção do consumidor, de modo a evitar situações de erro dificilmente enquadráveis nas regras gerais de vícios de vontade dos arts. 247.º e ss. do CC"[61], conferindo ao consumidor uma proteção reforçada, em relação às regras gerais do CC, quanto à formação, execução e cessação dos contratos.

---

[57] A. Pereira (2017; p. 13; nota 1); Hörster e E. Silva (2019; p. 523).

[58] Almeida (2005; p. 106).

[59] Almeida (2016; p. 29).

[60] Almeida (2005; p. 114).

[61] Martinez (2020; p. 266).

De entre as diversas definições de que tem sido alvo este direito, recorreremos aos doutos ensinamentos de Ferreira de Almeida, referindo o A. que "sob a designação de direito de arrependimento, compreendem-se todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral imotivada"[62].

A partir desta definição, parece ser possível extrair cinco elementos essenciais, que caracterizam este instituto: a fonte, o prazo, o preço, a unilateralidade e o (ou a ausência de) fundamento.

Assim, a fonte deste direito pode ser legal ou contratual. No caso dos contratos celebrados à distância, a existência deste direito é sempre de fonte legal[63] e imperativa[64], razão pela qual deixaremos de fora da presente análise o direito de arrependimento de fonte contratual[65].

Quanto ao prazo[66], o regime do DL 24/2014 impõe que o direito de arrependimento seja exercido no prazo de 14 dias (contínuos[67]), que começa a correr, de acordo com a tipologia contratual, nos termos e condições das als. a) a c) do n.º 1 do art. 10.º do referido diploma. Importa ainda referir que, em específico, no caso da compra e venda de bens, o mesmo é de 14 dias contados a partir do momento em que o consumidor (ou um terceiro que não o transportador) adquira a posse física do bem.

De todo o modo, esta regra conta com alguns desvios, como sejam os casos em que o consumidor encomenda, num só ato, diversos bens ou nos casos em que o consumidor não é informado da existência deste direito, caso em que este último pode ser exercido no prazo de 12 meses, iniciando o prazo nos mesmos termos *supra* descritos (n.b.: caso o profissional venha a informar o consumidor, posteriormente, desse direito, no decurso do período de 12 meses, os 14 dias contarão a partir do momento em que a comunicação se torne eficaz[68]).

---

[62] Almeida (2005; p. 105).

[63] Afastando-se, contudo, a sua aplicação nas situações previstas no art. 17.º do DL 24/2014.

[64] Proença (2010; p. 14).

[65] Sobre esta temática, ver Antunes (2009; pp. 327-328).

[66] Almeida (2005; p. 109) ensina que se trata de "um direito temporário *ex lege*, porque caduca com o prazo fixado na lei para o seu exercício".

[67] Cfr. considerando 41 da Diretiva n.º 2011/83/UE.

[68] Cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 10.º do DL 24/2014.

Importa ainda referir que, não obstante o prazo se iniciar nos termos anteriormente referidos, tem a doutrina entendido que o direito de arrependimento pode ser exercido antes de adquirida a posse física do bem, assim se evitando o desnecessário envio do mesmo[69].

No que ao preço diz respeito, o espírito do legislador foi o de criar a figura do direito de arrependimento tendencialmente gratuito[70]. Aqui referimos esta característica como tendência e não como regra, uma vez que casos há em que o consumidor terá de suportar encargos com o exercício deste direito[71] (como sejam os previstos no n.º 3 do art. 12.º do DL 24/2014).

A unilateralidade é uma característica essencial do direito, podendo ser exercido por apenas uma das partes (exclusivamente pelo consumidor), mesmo contra a vontade da outra[72].

E, por último, resta-nos a questão da desnecessidade de invocação de motivo[73]. Esta é, talvez, a característica mais *sui generis* do regime do direito de arrependimento. Da conjugação destes dois últimos requisitos concluímos que o direito de arrependimento pode ser exercido *ad nutum* e *ad libitum*[74].

Nos contratos celebrados à distância, a imposição legal do direito de arrependimento prende-se com a impossibilidade de o consumidor verificar as qualidades do bem, experimentar e, assim, ponderar calmamente se se pretende vincular a este contrato, em função da análise das características da coisa.

1. Exercício do direito e obrigações das partes

Ao contrário do anterior regime legal[75], o DL 24/2014 veio consagrar uma liberdade formal no exercício deste direito, recaindo, de todo o modo,

---

[69] Cunha (2005; p. 315); Pinto-Ferreira e Carvalho (2016; p. 108); Rebelo (2007; p. 599).

[70] Veja-se, a este propósito a Sentença do CNIACC, de 21-11-2016.

[71] Proença (2010; p. 11), na sequência da explicação das situações em que haverá lugar ao pagamento de qualquer quantia pelo consumidor no exercício deste direito, conclui, "ou seja, não está sujeito ao pagamento de indemnização, penalização ou qualquer "preço" pelo arrependimento".

[72] Carvalho (2021; p. 191).

[73] *Ibidem*.

[74] Martinez (2020; p. 154); Morais (2007; p. 158).

[75] Consagrado pelo DL 143/2001, de 26 de abril, revogado pelo DL 24/2014.

sobre o consumidor, o ónus da prova quanto ao exercício do mesmo (cfr. n.º 5 do art. 11.º do referido DL).

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 11.º do DL 24/2014, o direito de arrependimento pode ser exercido mediante a utilização do "modelo de «Livre resolução» constante da parte B do anexo ao presente decreto-lei, ou através de qualquer outra declaração inequívoca de resolução do contrato". Neste sentido, e desde que o consumidor consiga disso fazer prova, este direito pode ser exercido, p. ex., oralmente[76], sendo o efeito principal do seu exercício, nos termos do n.º 6 do mesmo art. 11.º do DL 24/2014, a extinção retroativa do contrato[77].

De relevância para os comerciantes de bens em linha, o n.º 4 deste preceito estatui que "quando no sítio na Internet do fornecedor de bens ou prestador de serviços seja possibilitada a livre resolução por via eletrónica e o consumidor utilizar essa via, o fornecedor de bens ou prestador de serviços, acusa, no prazo de 24 horas, ao consumidor a receção da declaração de resolução em suporte duradouro".

Particular destaque merece o preceito do n.º 3 do art. 11.º do DL 24/2014, dele resultando que, mesmo tendo destinatário, considera-se como eficaz a declaração que em si corporize o exercício do direito do arrependimento, quando a manifestação de vontade do consumidor, neste sentido, se manifeste na forma adequada, antes de decorrido o prazo legal, mesmo que chegue ao poder do destinatário em momento posterior, em manifesta derrogação da teoria da receção[78] consagrada, no nosso ordenamento jurídico, para as declarações recetícias[79], nos termos do art. 224.º do CC.

Exercido o direito de arrependimento, surgem duas obrigações fundamentais: do lado do profissional, a obrigação de proceder à devolução das

---

[76] Carvalho (2021; p. 248); Morais (2007; p. 157) refere que "tal solução é compatível com o carácter liberal que se pretende deste direito, evitando-se a criação de obstáculos ao seu exercício".

[77] Rebelo (2007; p. 611).

[78] Sobre a incompatibilidade entre o *receipt principle* / Teoria da Receção e o exercício do direito de arrependimento, ver Loos (2009; pp. 20-21).

[79] Martinez (2020; p. 157), referindo-se à comunicação a que alude o n.º 3 do art. 11.º, aponta que "esta não deixa de ser recipienda, mas é válida mesmo que chegue ao poder do destinatário depois do decurso do prazo".

quantias recebidas[80]; e do lado do consumidor a obrigação de proceder à devolução do bem, nas condições de utilização[81].

No que respeita ao profissional, assim que exercido o direito de arrependimento, aquele fica obrigado, no prazo de 14 dias contados da data em que for informado do exercício daquele direito, a reembolsar o consumidor de todos os pagamentos realizados por este, através do mesmo meio de pagamento utilizado pelo consumidor, incluindo os custos em que o mesmo tiver incorrido com a devolução do bem, exceto nos casos em que o consumidor escolha devolver o bem através de uma modalidade mais onerosa, ou quando o profissional não esteja, nos termos das als. a) e b) do n.º 2 do art. 13.º do DL 24/2014, obrigado a suportar os custos com a devolução.

Curioso é o facto de, por um lado, ser conferido ao profissional o direito de reter[82] as quantias a devolver, enquanto o consumidor não devolver o bem ou apresentar prova da devolução[83], e, por outro, conforme bem alerta Brandão Proença, "como forma de pressionar o fornecedor dos bens a cumprir a obrigação de restituição das quantias pagas pelo consumidor (nos contratos à distância e ao domicílio), o legislador estabeleceu, desde meados de 2008, e ao que nos parece de forma desproporcionada, a obrigatoriedade da devolução em dobro em conjugação com uma responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais"[84-85].

Já quanto ao consumidor, tem este o dever de devolver o bem, no prazo de 14 dias[86], nas condições de utilização, tendo de suportar os custos

---

[80] Cfr. art. 12.º, n.º 1 do DL 24/2014.

[81] Cfr. art. 13.º, n.ºs 1 e 3 do DL 24/2014.

[82] Cfr. art. 12.º, n.º 4 do DL 24/2014.

[83] Curioso, nas palavras de Proença (2010; p. 16), porque "o legislador não conferiu ao consumidor direito de retenção, nem mandou aplicar as normas gerais que garantem o cumprimento das obrigações recíprocas de restituição".

[84] Novamente nas palavras de Proença (2010; p. 16), "o silêncio sobre as consequências que recaem sobre o consumidor havendo mora na restituição do bem comprado à distância ou no seu domicílio só é compreensível se defendermos como natural o recurso integrador ao regime geral da mora". Nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 805.º do CC, nas obrigações que tenham prazo certo, o momento da constituição em mora dá-se por mera verificação do prazo, sem necessidade de interpelação.

[85] A jurisprudência nacional tem sido rigorosa na aplicação deste preceito. A título exemplificativo veja-se a Sentença de Julgado de Paz do Funchal de 21.03.2017, Proc. 346/2016-JP.

[86] Nos termos do n.º 1 do art.º 13.º do DL 24/2014, este prazo é contado a partir da data em que o consumidor tiver comunicado a sua decisão de arrependimento.

com a devolução do bem (que devem ser reembolsados nos termos *supra*, excecionando as situações em que o consumidor opte por meio mais oneroso de devolução dos bens), salvo nas situações em que o profissional se ofereça para recolher o bem, não podendo o consumidor ser responsabilizado, por qualquer outra forma, pelo exercício do direito de arrependimento.

2. Natureza jurídica do direito em função dos efeitos produzidos

A qualificação jurídica do direito de arrependimento, em função dos efeitos que produz, tem sido uma das mais hercúleas tarefas para a doutrina que sobre estas matérias se debruça, tendo promovido os mais diferentes entendimentos, que justificariam uma harmonização legal do instituto e a sua autonomização face às mais diversas figuras jurídicas clássicas afins, com consagração legal.

A primeira fonte do problema parece-nos ser a atribuição de uma exagerada panóplia de *nomen iuris* à figura do direito de arrependimento. Procurando não ser muito exaustivos neste levantamento, escudar-nos-emos nas doutas palavras de Romano Martinez[87], segundo o qual "a terminologia usada pelo legislador é dissonante, encontrando-se por vezes referência à resolução, mas também à retractação, à rescisão, à revogação e à renúncia; poder-se-á dizer que nestes casos está em causa o designado «direito de arrependimento»".

Quanto ao sentido funcional do direito, e no que à compra e venda celebrada à distância diz respeito, parece não haver dúvidas quanto ao facto de estarmos perante um direito potestativo extintivo[88], tendo o consumidor o poder de extinguir *ad nutum* e *ad libitum* os efeitos do contrato, ficando o profissional fornecedor dos bens – no lado oposto do sinalagma – num estado de sujeição.

Bom, nesta sequência, o racional lógico parece ser o de procurar entender o que distingue o regime jurídico do direito de arrependimento dos demais regimes com consagração legal. Para tanto, e com relevância para a compra

---

[87] Martinez (2020; p. 57).

[88] Neste sentido: Afonso (2014; p. 220); Almeida (2005; p. 109); Proença (2010; p. 23); Rebelo (2007; p. 611).

e venda, debruçar-nos-emos sobre as seguintes figuras jurídicas: retratação; revogação; cláusula a contento; e resolução.

Principiando, acompanhamos Ferreira de Almeida quando afasta, desde logo, a figura da retratação do direito de arrependimento, uma vez que, e nas palavras do A., a retratação é "uma declaração cuja eficácia é anterior à eficácia da declaração retractada"[89]. Ora, como já se teve a oportunidade de expor *supra*, o direito de arrependimento surge no âmbito de um contrato celebrado, sendo, neste sentido, a declaração que se pretenderia retratar plenamente eficaz à data em que a retratação (entendida como hipotético direito de arrependimento) operaria[90].

Já quanto à revogação, será possível encontrar mais similitudes com o regime do direito de arrependimento. Como bem ensina Romano Martinez, e na sua esteira, "a revogação do contrato corresponde a um acto bilateral, carecendo do assentimento das partes, mediante o qual estas decidem fazer cessar a relação contratual"[91]. De todo o modo, casos há em que se pode operar, de modo unilateral, a revogação de negócios bilaterais, desde que para tanto haja fundamento legal ou contratual[92].

Da mesma sorte, a revogação unilateral pode ser operada *ad nutum* e *ad libitum*[93], podendo ter como fundamento conferir tutela especial a um contraente ou, ainda, a necessidade de um dos contraentes ponderar os termos do acordo ajustado[94]. Seguindo um raciocínio semelhante, Neves

---

[89] Almeida (2005; p. 113); crítico deste entendimento, veja-se Proença (2010; p. 27), referindo-se diretamente ao defendido por Almeida, sustentando "que nos parece perfeitamente adaptável [o direito de retratação] aos contratos de consumo por lidar, precisamente, com uma ideia de arrependimento".

[90] Em sentido confluente, Martinez (2020; p. 154) refere que nos casos em que existe o direito de arrependimento, estes se poderiam qualificar como "casos em que a eficácia do negócio fica condicionado à vontade de uma das partes num curto prazo inicial [...] Não parece, contudo, ser essa a solução estabelecida no sistema jurídico português, pois o contrato produz os seus efeitos nos termos comuns desde a data da celebração, podendo executar-se desde logo, mas, durante o período de reflexão pode cessar com eficácia retroactiva."

[91] Martinez (2020; p. 53).

[92] Martinez (2020; p. 55).

[93] Varela (2001; p. 279), refere que "a *revogação* exprime, em regra, um poder discricionário, não necessitando as partes (art. 406.º, 1) ou o revogante (art. 448.º. 1; 969.º, 1; 2 311.º e ss.) de alegar qualquer fundamento para destruição da relação negocial já constituída, em gérmen, ou apenas em preparação".

[94] Martinez (2020; p. 56-57).

Rebelo[95] refere-se ao facto de que a revogação opera normalmente com efeitos *ex nunc*, podendo à revogação ser conferida eficácia *ex tunc*, desde que com acordo das partes, sendo que, e na esteira da A. "em qualquer das hipóteses não se coaduna com o regime de direito de livre resolução". Assim, e assumindo a natureza retroativa[96] do direito de arrependimento, afastaremos deste direito a figura da revogação.

Seguindo para a venda a contento, que se subdivide em duas modalidades, estas encontram previsão legal, respetivamente, nos arts. 923.º e 924.º do CC. De relevância para o presente estudo, será apenas a segunda modalidade da venda a contento, uma vez que, na primeira, não estamos perante uma *verdadeira*[97] compra e venda, vindo apenas esta a consolidar-se com a declaração de agrado do comprador.

Assim, e quanto à segunda modalidade da venda a contento, estamos perante um contrato de compra e venda celebrado nos termos gerais, em que é conferido ao comprador um direito potestativo[98] de resolver o contrato[99], discricionária e unilateralmente, no caso de a coisa não lhe agradar, sendo aplicável ao contrato o regime da resolução estatuído nos arts. 432.º e ss. do CC.

As diferenças mais marcantes entre este regime e o do direito de arrependimento são essencialmente duas: (1) na venda a contento estamos perante uma figura com consagração legal, mas que assenta num pressuposto contratual[100], já o direito de arrependimento, pelo menos na modalidade contratual *sub judice* (contratação eletrónica), tem sempre natureza legal e imperativa; e (2) enquanto o exercício do direito de arrependimento é imotivado, o acionamento da cláusula *ad gustum* depende de um motivo, que é o de o bem agradar ao comprador. Por demais subjetivo que se tenha

---

[95] Rebelo (2007; p. 612).

[96] Carvalho (2021; p. 197); Martinez (2020; p. 154); Oliveira (2002; p. 108); Rebelo (2007; p. 611).

[97] Martinez (2020; p. 258).

[98] Martinez (2020; p. 257).

[99] Com dúvidas, Proença (2010; pp. 6 e 22) refere que "na segunda modalidade da venda a contento – art. 924.º – é possível e defensável uma qualificação revogatória para o exercício de um direito conferido por mútuo acordo" (p. 6), concluindo, neste sentido, que "não é líquido que exista uma reserva de resolução (*rectius* cláusula potestativa) na venda a retro e na segunda modalidade de venda a contento" (p. 22).

[100] Oliveira (2002; p. 106); Martinez (2020; p. 259).

o agrado ou desagrado quanto a determinada coisa, a verdade é que, e como bem refere E. Dias Oliveira, "existe ainda um fundamento que o comprador terá de justificar, ao contrário do direito de arrependimento, em que o consumidor, arbitrariamente, decide se se quer ou não desvincular do contrato celebrado"[101].

Por último, mas decerto não menos importante, resta-nos aludir à resolução. Como bem alvitra Antunes Varela, "a resolução é a destruição da relação contratual, operada por um dos contraentes, com base num facto posterior"[102]. Entre nós, a figura da resolução encontra consagração legal no art. 432.º do CC, o qual estatui que "é admitida a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção", sendo, neste sentido, condicionada, operando, por norma, retroativamente[103].

Uma das características distintivas deste direito, apontada de modo unânime pela doutrina, é que, por regra, o exercício de direito de resolução carece de um motivo/fundamento (v.g. a necessidade de justa causa na resolução por incumprimento – arts. 801.º, n.º 2 e 802.º, n.º 1 do CC), sendo, nesse sentido, tendencialmente vinculada[104].

De todo o modo, há quem entenda que, excecionalmente, o ordenamento jurídico aceita a figura da resolução imotivada[105], e quem veja na motivação uma característica essencial distintiva da resolução[106]. Parece-nos ser de acompanhar a primeira solução, ainda que, *de iure condendo*, beneficiasse o ordenamento jurídico a adoção de um regime autónomo do direito de arrependimento, uma vez que a resolução só terá características morfológicas similares às do direito de arrependimento nos casos em que o contrato se

---

[101] Oliveira (2002; p. 106).

[102] Varela (2001; p. 275).

[103] Cordeiro (1995; p. 164). Refere o A. que a eficácia retroativa é o aspeto que mais claramente distingue a resolução da revogação; Martinez (2020; p. 180).

[104] Cordeiro (1995; p. 164).

[105] Varela (2001; p. 276) refere que "nada impede que a resolução seja confiada ao poder discricionário do contraente", elencando como exemplo a venda *a retro*; em sentido confluente, Martinez (2020; p. 68; nota 118) salienta que "importa reiterar que a resolução é motivada, mas excepcionalmente prescreve-se a possibilidade de uma das partes se desvincular sem fundamento, que, sendo qualificável como uma revogação unilateral (p. ex., arrependimento) [...] segue o regime regra da resolução com as especificidades dessas formas de cessação".

[106] Cordeiro (1995; p. 164); Com dúvidas, Proença (2010; p. 6).

considere celebrado sob o modelo de eficácia resolúvel[107], como é o caso da compra e venda celebrada à distância.

Neste sentido, é exatamente pelo facto de nenhuma figura jurídica analisada se assemelhar *in totum* à do direito de arrependimento que se opta pela utilização deste *nomen iuris*, ao invés do adotado pelo DL 24/2014 – *direito de livre resolução*.

De todo o modo, e no que aos *e-contracts* de compra e venda diz respeito, estamos com Neves Rebelo quando assevera que o regime jurídico da resolução parece ser o que melhor se adequa ao direito de arrependimento[108], devendo, naturalmente, ser aplicado *mutatis mutandis*.

Extrapolando desta conceptualização funcional, ao direito de arrependimento – nos contratos de compra e venda celebrados à distância – têm sido atribuídas as mais diversas qualificações jurídicas, nomeadamente: condição resolutiva[109]; cláusula resolutiva[110]; direito potestativo de resolver o contrato[111].

Quanto à primeira figura a que se aludiu, a definição de condição vem prevista no art. 270.º do CC, estatuindo o referido artigo da lei civil comum que "as partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução", sendo a primeira das situações previstas nesta norma referente a condições suspensivas e a segunda delas respeitante a condições resolutivas.

Em face desta definição, para que estejamos perante uma condição *stricto sensu*, e na esteira de Ana Afonso, "o acontecimento de cuja verificação depende a produção ou a resolução dos efeitos do negócio jurídico deve,

---

[107] Almeida (2005; pp. 110-112), aludindo à doutrina alemã, constrói a existência de dois modelos possíveis em que se pode enquadrar o direito de arrependimento: o modelo de eficácia suspensa e o modelo de eficácia resolúvel. No primeiro, o contrato só produzirá os seus efeitos se não for exercido o direito de arrependimento (caso da prestação de serviços celebrada a distância); já no segundo, o contrato ficará sem efeito, se o direito de arrependimento for exercido até ao termo do prazo para o seu exercício (como é o caso da compra e venda celebrada à distância).

[108] Rebelo (2007; p. 613); Martinez (2020; p. 59) produz um raciocínio intrigante quanto a esta questão ao referir que, "não obstante se poder qualificar este modo de dissolução do vínculo como revogação unilateral, na falta de regras próprias, é-lhe aplicável o regime da resolução". Contra: Proença, (2010; p. 25).

[109] A. Pereira (2004; p. 376; nota 59); Barros (2018; p. 128); Carvalho (2021; p. 197).

[110] Martinez (2020; p. 270).

[111] Afonso (2014; p. 220).

segundo expressa indicação do legislador, ser futuro e incerto"[112], apontando, assim, para dois requisitos cumulativos e correlativos da condição: tratar-se de um evento futuro e incerto.

Como bem ensina Menezes Cordeiro[113], para além da distinção entre condições suspensivas e resolutivas, tem ainda a doutrina operado a distinção entre condições causais e potestativas, "conforme o evento incerto de que dependam se traduza num facto alheio aos participantes ou, pelo contrário, emerja da vontade de um deles", referindo, de resto, o A. que, nas condições potestativas, é conferido a um dos contraentes um direito potestativo de "deter ou desencadear" os efeitos de determinado negócio, conforme estejamos, respetivamente, perante uma condição resolutiva ou suspensiva.

Dentro da figura da condição potestativa, poderemos ainda dissecar dentre as condições simplesmente potestativas ou puramente potestativas[114], sendo estas últimas também designadas como *condições de puro querer*[115]. Enquanto certos ordenamentos jurídicos proibiram expressamente[116] a condição de puro querer (pelo menos *a parte debitoris*[117]), não encontramos, no nosso ordenamento jurídico, proibição expressa desta modalidade condicional[118].

---

[112] Afonso (2014; p. 70).

[113] Cordeiro (2014; p. 640).

[114] Afonso (2014; p. 184), refere que podemos contrapor "a condição potestativa arbitrária ou puramente potestativa – [que] corresponde a um puro exercício da vontade posto que ligada a factos que não importam qualquer sacrifício para o sujeito que a exerce – à condição potestativa não arbitrária ou simplesmente potestativa – embora dependente da vontade, liga-se a um facto externo a esta, envolve uma escolha objetivamente séria do sujeito"; Com qualificação ligeiramente distinta veja-se C. Pinto (2012; p. 565).

[115] Afonso (2014; p. 219).

[116] Martinez (2020; p. 257; nota 54): "estando a condição meramente potestativa *a parte debitoris* expressamente proibida em Espanha (art. 1115 do CCEsp.), em Itália (art. 1355 do CCIt.) e em França (art. 1174 do CCFr.)". Por outro lado, e como bem refere Afonso (2014; p. 207), "as diversas leis civis parecem admitir (ainda que a título excepcional) a possibilidade de elevar a condição não só um facto voluntário, mas também um estado puramente subjetivo – gostos, inclinações ou simpatias –, como será o caso da venda sob reserva de a coisa agradar ao comprador".

[117] C. Pinto (2012; p. 566) refere que "a condição potestativa é a *parte creditoris* ou *a parte debitoris*, conforme o evento condicionante for um acto do credor ou do devedor condicional".

[118] Afonso (2014; p. 186).

De todo o modo, a doutrina que se debruça sobre estas matérias é maioritária em excluir a admissibilidade das condições puramente potestativas, pelo menos no sentido de excluir a sua designação enquanto condição[119]. E, bem assim, posicionamo-nos ao lado de Ana Afonso quando a A. refere que "o conceito de condição de puro querer [...] vem a ser, afinal, inútil, porquanto, por um lado, representa uma contradição nos termos: a manifestação de concordância com o conteúdo negocial ou reiteração de vontade de celebrar o negócio não pode constituir uma condição", não se trata, portanto, de uma condição em *proprio sensu*, mas antes de um puro direito potestativo, conferido a uma das partes do sinalagma[120], de extinguir a relação contratual, como será o caso do direito de arrependimento nos *e-contracts* de compra e venda[121].

Neste sentido, será de afastar o entendimento do direito de arrependimento enquanto condição e, consequentemente, de afastar a aplicação, aos contratos celebrados com reconhecimento (pelo menos quando legalmente imposto) do direito de arrependimento, das regras aplicáveis aos negócios condicionados, incluindo, as regras de transferência do risco previstas no n.º 3 do art. 796.º do CC[122], desde já antevendo a matéria que abordaremos no próximo capítulo.

Já no que à cláusula resolutiva diz respeito, Antunes Varela[123] ensina que esta corresponde "à estipulação pela qual as partes conferem a uma delas o poder de extinguir a relação contratual, no caso de se verificar certo facto futuro e incerto", continuando o A. por referir que "a cláusula resolutiva é, assim, fonte de um direito potestativo de extinção retroativa da relação contatual".

Para além do que já se foi referindo nesta sede, as principais diferenças, quanto aos efeitos produzidos, entre a condição e a cláusula resolutivas são (1) o facto de que, na condição, verificado o evento condicionante,

---

[119] Cordeiro (2014; p. 640); C. Pinto (2012; p. 566), alegando o A. que "a condição potestativa arbitrária a *parte creditoris* é inútil; a condição potestativa à *parte debitoris* é inadmissível."; Machado (1991a; p. 494) chamando-lhe "condição meramente arbitrária, traduzida num puro querer (*Wollensbedingung*)".

[120] Cordeiro (2014; p. 640).

[121] Afonso (2014; pp. 219-220).

[122] Contra: Carvalho (2021; pp. 250-251).

[123] Varela (2001; p. 278).

dá-se a destruição imediata da relação jurídica, enquanto que na cláusula resolutiva, a verificação do facto confere apenas o poder potestativo de resolver o contrato e, por outro lado[124], (2) a condição resolutiva tem, por norma, eficácia retroativa plena (*erga omnes*), nos termos do art. 274.º, n.º 1 do CC, já na cláusula resolutiva, à qual se aplicará o regime geral da resolução, a eficácia retroativa dá-se, apenas, *inter partes*, nos termos do n.º 1 do art. 435.º do CC[125].

E assim, ainda que estejamos com Baptista Machado quando assinala que a "cláusula resolutiva propriamente dita não prevê a resolução *ad nutum*, mas a resolução baseada em certo fundamento (ou motivada)"[126], aplicaremos raciocínio igual ao que apresentamos anteriormente a propósito da abertura do nosso ordenamento jurídico para as situações de resolução imotivada.

Em síntese conclusiva, e porque cremos que o entendimento quanto à cláusula resolutiva e o direito potestativo de resolver o contrato, conforme demonstrado *supra*, são *in casu*, simbióticos, asseveramos com Romano Martinez que "deve concluir-se no sentido de a compra e venda à distância ser um negócio jurídico celebrado com cláusula resolutiva, em que a resolução tem uma base legal"[127].

III. Risco

Abordado que está o regime dos *e-contracts* e do direito de arrependimento, cumprindo o que nos propusemos a dissecar na presente dissertação, abordaremos agora, de modo genérico, o regime do risco no ordenamento jurídico português e, em seguida, as especificidades deste regime nos *e-contracts* de compra e venda.

1. Os arts. 796.º e 797.º do CC

Principiando, o regime dos arts. 796.º e 797.º do CC contende com as regras de transferência do risco na prestação de coisa, tendo estas "um

---

[124] *Ibidem*.

[125] Machado (1991b; p. 186).

[126] *Ibidem*.

[127] Martinez (2020; p. 270).

sentido duplo, por determinarem o destino da obrigação perturbada e da contraprestação, sem terem relevância na responsabilidade civil"[128].

a) 796.º, n.º 1

Pedro Múrias e Lurdes Pereira definem a transferência do risco "como o momento a partir do qual a obrigação de prestação de coisa *valerá como cumprida* em caso de perturbação da coisa, na medida da perturbação, salvo culpa relevante do devedor. Nas «perturbações da coisa», [...] incluem-se não só o perecimento e a deterioração, mas também a perda relativa de facto ou de direito e ainda outras anomalias."[129]

No n.º 1 do art. 796.º encontramos a regra geral em matéria de transferência de risco, de acordo com a qual "nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente." A este princípio damos o nome de *res suo domino perit*: a coisa perece por conta do seu dono[130].

Uma vez que entre nós vigora o princípio da consensualidade, herdado do Código Napoleónico de 1804 pelo Código de Seabra[131] – i.e., salvo as exceções previstas na lei, nos termos do n.º 1 do art. 408.º do CC, a transmissão do direito real sobre determinada coisa dá-se por mero efeito do contrato – o risco, por via de regra, transfere-se, também, para o adquirente, por mero efeito do contrato: "correndo o risco das coisas por conta dos seus proprietários, pelo do adquirente corre o do bem que já é seu"[132].

A primeira exceção à afirmação que se acaba de produzir contende com o momento da transferência do direito real, sendo, por isso, uma exceção ao princípio da consensualidade previsto no n.º 1 do 408.º do CC, mas já não ao princípio do *res suo domino perit*. Por outras palavras, como explica Romano Martinez, "por via de regra, o efeito real [...] está associado com a celebração do contrato, sendo de produção imediata, mas pode

---

[128] Múrias e L. Pereira (2008; p. 3).
[129] Múrias e L. Pereira (2008; p. 8).
[130] Telles (1997; p. 469).
[131] Prata (2008; p. 9).
[132] Prata (2008; p. 10).

estar igualmente relacionado com outros factores, por força dos quais a transferência do direito é diferida no tempo"[133].

Esta exceção decorre do n.º 2 do art. 408.º do CC: quando a coisa seja indeterminada no momento da celebração do contrato (e aqui aludiremos apenas às coisas genéricas e alternativas), a transferência da propriedade ocorre com a determinação da coisa.

Morais Carvalho[134] refere que, quanto às obrigações alternativas, "a propriedade se transfere quando a coisa for determinada com o conhecimento de ambas as partes", já quanto às obrigações genéricas, ao momento que marca a transferência do direito real "poderá dar-se o nome, ou de concentração da obrigação, ou de especificação, uma vez que, em princípio, nesse momento a obrigação passa de genérica a específica".

Ora, as obrigações genéricas, nos termos dos arts. 539.º e ss. do CC, são as obrigações cujo objeto se encontra apenas definido pelo género[135]. A concentração das obrigações genéricas dá-se, por via de regra – através de uma interpretação *a contrario* do art. 541.º do CC[136] – com o cumprimento da obrigação[137]. Assim, e em condições normais, poderá referir-se de igual modo que, tanto a transferência do direito real, como do risco, em sede de obrigações genéricas, se opera com o cumprimento, e já não no momento da celebração do contrato.

b) 796.º, n.º 2

Ana Prata[138], endereçando duras críticas ao princípio da consensualidade, alegando o seu desajuste à realidade económica e social, uma vez que – no que ao risco diz respeito – pode colocar o adquirente numa posição de impotência, pois por conta dele correrá um risco que o mesmo

---

[133] Martinez (2001; p. 34); Telles (1997; p. 471) refere que "a transferência da propriedade é sempre efeito do contrato de alienação, mas nem sempre o efeito é *imediato*: algumas vezes é apenas efeito *diferido*".

[134] Carvalho (2005; p. 23).

[135] Carvalho (2005; p. 20).

[136] Vasconcelos (2012; 471).

[137] Carvalho (2005; p. 20).

[138] Prata (2008; pp. 9-10).

não poderá acautelar, apelida de "elementarmente sensata" a solução avançada pelo n.º 2 do art. 796.º do CC, ao afastar o princípio geral que se enunciou anteriormente.

Assim, e recorrendo ao ensinamento de Galvão Telles, estabelece este preceito legal que, se "transmitida a propriedade, o alienante ainda dispuser de prazo para entrega, o risco só passa para o adquirente com a entrega, a não ser que o adquirente se constitua em mora, porque então a transferência do risco dá-se a partir da mora"[139].

Daqui se subsume que as regras relativas à distribuição do risco não se reconduzem – pelo menos, exclusivamente – ao brocardo do *res suo domino perit*,[140] resultando do preceituado que, quando as partes convencionem um prazo para cumprimento da obrigação de entrega da coisa alienada, continuando a coisa em poder do alienante em consequência de termo constituído a seu favor, o risco corre por conta deste último até ao momento da entrega[141].

Ana Prata refere, eloquentemente, que, assumindo a presunção *iuris tantum* postulada pelo art. 779.º do CC – salvo convenção em sentido contrário, é o devedor (da prestação) o beneficiário do prazo estabelecido – quase que basta que seja estabelecido um prazo para que se aplique o disposto pelo n.º 2 do art. 796.º do CC, e bem assim, se desvincule "a aquisição do direito real da assunção do risco do bem devido, com adesão à realidade económica"[142], correndo o risco pelo alienante até ao cumprimento da obrigação, sendo este o momento relevante da transferência do risco.

Numa interpretação *a contrario* do antedito resulta, pois, que, estabelecido prazo para o cumprimento da obrigação, mas a favor do adquirente, aplicar-se-á a regra supletiva, no que à transferência do risco diz respeito, do n.º 1 do art. 796.º

c) 796.º, n.º 3

O n.º 3 deste artigo compreende as situações em que, ao contrato, seja aposta uma condição, contendendo a 1.ª parte deste preceito com os

---

[139] Telles (1997; p. 474).

[140] AAVV (2018; p. 1096).

[141] Prata (2008; p. 10).

[142] Prata (2008; pp. 10 e 11).

contratos celebrados sob condição resolutiva, e a 2.ª parte com os contratos celebrados sob condição suspensiva.

Ora, quanto à situação dos contratos celebrados sob condição suspensiva, o n.º 3 do art. 796.º limita-se a confirmar a regra geral do n.º 1 do mesmo artigo,[143] estatuindo, como bem afirma Galvão Telles, que "o risco só passa para o adquirente com a aquisição desta [propriedade], ainda que o objecto lhe seja entregue «medio tempore»"[144].

Já quanto aos contratos celebrados sob condição resolutiva "o risco corre por conta do adquirente, visto que o efeito de transferência da propriedade já se verificou", não obstante tratar-se de uma posse precária ou provisória, razão pela qual o legislador acautelou, nesta situação, "a hipótese de a coisa não ter sido entregue ao adquirente, caso em que o risco se mantém na esfera do alienante"[145].Porquanto estaremos perante mais uma exceção ao princípio do *res suo domino perit*, uma vez que, mesmo transmitida a propriedade, o risco correrá pela parte que detenha o poder de facto sobre a coisa objeto de transferência[146].

Tal como já tivemos a oportunidade de assumir, no nosso objeto de investigação não estamos perante contratos celebrados sob condição (entendida em sentido técnico-jurídico), pelo que, não obstante o elevado interesse no estudo do presente preceito legal, não o poderemos fazer de modo exaustivo, por tal exercício escapar ao escopo do que, efetivamente, pretendemos analisar na presente dissertação.

Referiremos, apenas, que o n.º 3 do preceito *sub judice* tem suscitado ampla e interessante discussão quanto à sua aplicabilidade nas situações em que, havendo diferimento do momento em que se celebra um contrato com vista à transferência de domínio sobre certa coisa e o momento da transferência do direito real – remetendo-se este último para momento posterior –, mas, entretanto (e antes de transferido o direito real), é efetuada a entrega da coisa ao adquirente[147]. Falamos concretamente dos contratos celebrados

---

[143] Prata (2008; pp. 16-17) refere mesmo que se trata de uma disposição "desnecessária" e "inútil", por se limitar a reafirmar o princípio geral.

[144] Telles (1997; p. 474).

[145] Afonso (2014; p. 315).

[146] *Ibidem*.

[147] Afonso (2014; p. 316) refere que é necessário descortinar, quanto a esta questão, se "o silêncio [da lei] é eloquente e corresponde a uma clara opção legislativa de aplicar o

sob condição suspensiva, mas em que o bem é entregue ao adquirente na pendência da condição, e os contratos celebrados sob reserva de propriedade.

d) 797.º

Encerrando a presente abordagem, resta-nos aludir ao que dispõe o art. 797.º do CC, aplicando-se o estatuído neste artigo às situações em que há "um acordo entre as partes quanto à colocação das coisas à disposição de um terceiro que ficará incumbido de as transportar desde o lugar onde foram colocadas para outro lugar estipulado"[148].

Falamos, portanto, das situações em que as partes acordam em confiar a um terceiro o envio de uma coisa para local diferente do cumprimento, correspondendo, nestes termos, o cumprimento, ao momento da entrega da coisa a quem terá que a enviar ou expedir[149].

Não tendo especial relevância para o presente estudo – atento o que aludiremos em seguida quanto às regras estatuídas no art. 9.º-C da LDC, que afastam as normas aplicáveis à transferência do risco previstas no CC, quando estamos perante venda de bens de consumo, como sucede com os *e-contracts* B2C de compra e venda –, certo é que este artigo tem gerado uma querela doutrinal.

Assim, parte da doutrina infere interpretação restritiva da presente norma, aceitando a sua aplicação apenas quando estejamos perante obrigações indeterminadas (com especial relevância para as obrigações genéricas e alternativas)[150], por outro lado, a demais doutrina considera que

---

princípio geral, reiterado para as alienações efetuadas sob condição suspensiva [...] ou é possível identificar uma lacuna legal a solucionar conforme o critério simétrico de contrato celebrado sob condição resolutiva sem entrega da coisa ao adquirente?" Ora, a A. acaba por concluir pela primeira solução, i.e., de que sobre o alienante corre o risco de perda ou perecimento da coisa, na pendência da condição suspensiva, independentemente de se a coisa é ou não entregue ao adquirente antes de transferido o direito real; no mesmo sentido, Prata (2008; pp. 17-21); Telles (1997; p. 474) apelida a solução legal como injustificada; Contra: L. Leitão (2016; pp. 57-58).

[148] AAVV (2018; p. 1100).

[149] Carvalho (2005; p. 53).

[150] Carvalho (2005; pp. 56-58); L. Leitão (2018; p. 130); Ramos e Soares (1995; pp. 170-176); Vasconcelos (2012; pp. 469-473).

o legislador não disse mais do que, na verdade, queria dizer, devendo esta regra ser aplicada em derrogação do princípio geral do art. 796.º, sempre que haja acordo de expedição, tal como configurado *supra*[151].

A relevância deste artigo na compra e venda celebrada à distância (e para os contratos de compra e venda de bens de consumo em geral) foi colocada em causa, como agora veremos, com a entrada em vigor do DL 67/2003, que transpôs a Diretiva n.º 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, e perdeu a sua relevância (pelo menos no momento do cumprimento do contrato entre fornecedor dos bens e consumidor) com a transposição para o ordenamento jurídico interno da Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, de onde emana o art. 9.º-C da LDC.

2. O art. 9.º-C da LDC

No que aos contratos de compra e venda de bens de consumo concerne, já desde a entrada em vigor do DL 67/2003 – que transpôs a Directiva n.º 1999/44/CE – se levantavam dúvidas sobre a aplicabilidade, ou não, a este tipo de contratos das regras de transferência do risco previstas no CC ou se, por outro lado, este DL alterou as regras gerais em matéria de transferência e repartição do risco, especialmente para os contratos de compra e venda de bens de consumo.

Ora, as posições extremadas pela doutrina nesta matéria contendiam, essencialmente, com a interpretação que por cada uma era feita do Considerando (14) da referida Directiva, de onde resulta que "as referências à data de entrega não implicam que os Estados-Membros devam alterar as suas normas sobre a transferência do risco" e, por outro lado, da regra que resulta do art. 3.º, n.º 1 do DL 67/2003, segundo o qual, "o vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue"[152].

E daqui, parte da doutrina defendia que o referido art. 3.º, n.º 1 não afastava a aplicação das regras de transferência do risco plasmadas no CC, uma vez que aquele artigo versa sobre a qualidade da coisa ou sua

---

[151] Aureliano (2009; p. 329); P. Pinto (1995; pp. 592-593).

[152] Carvalho (2021; p. 316).

desconformidade com o contrato, delineando uma linha clara entre a matéria regulada neste artigo (garantia de conformidade) e as regras de transferência do risco da deterioração ou perecimento da coisa, que continuaria a ser disposta pelas regras gerais do CC[153].

Por outro lado, a outra corrente doutrinária referia que o art. 3.º, n.º 1 do DL 67/2003, ao definir como momento relevante para aferir da conformidade dos bens com o contrato, o momento da entrega efetiva destes ao consumidor[154], respondendo o fornecedor dos bens por qualquer desconformidade pré-existente àquele momento (sendo que, aqui, assenta a tónica dos defensores desta tese), afastou – ainda que tacitamente – as regras de transferência do risco previstas nos arts. 796.º e 797.º do CC. Assim, para esta corrente, a norma do art. 3.º, n.º 1 do DL 67/2003 define que, independentemente de se tratar da venda de coisa determinada ou indeterminada, o momento relevante para a transferência do risco seria o da entrega do bem ao consumidor[155].

Não nos parece útil ou sequer necessário tomar posição quanto a esta matéria, uma vez que o aditamento do art. 9.º-C à LDC veio dissipar as dúvidas acima expostas, retirando-se do n.º 1 deste preceito legal que "nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens", ressalvando o n.º 2 do mesmo artigo que, caso o consumidor confie "o transporte a pessoa diferente da proposta pelo fornecedor de bens, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador", assim derrogando, expressamente, quando estejamos perante a compra e venda de bens de consumo, as regras em matéria de risco previstas nos art. 796.º e 797.º do CC, não relevando a distinção a que

---

[153] Aureliano (2009; p. 383); J. Silva (2010; p. 98).

[154] Como bem ensina Vasconcelos (2012; pp. 465-466), o momento relevante a este respeito, nos termos do art. 882.º do CC, é o da celebração do contrato. Este artigo, que é um corolário do art. 796.º do mesmo diploma, deve ser conjugado com o art. 918.º do CC, de onde se extrai que "[s]e a coisa, depois de vendida e antes de entregue, se deteriorar, adquirindo vícios ou perdendo qualidades, [...] são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações", onde se inserem, naturalmente, as regras dos arts. 796.º e 797.º do CC.

[155] Carvalho (2021; pp. 316-318); M. Gomes (2008; p. 15); L. Leitão (2005; p. 55); Vasconcelos (2012; pp. 477-478).

se aludiu *supra* quanto às obrigações específicas ou indeterminadas, antes valendo a mesma regra para os dois tipos de obrigações: o risco transfere-se, salvo as exceções referidas, no momento da aquisição, pelo consumidor, da posse física dos bens[156].

As disposições deste artigo aplicam-se *qua tale*, nas situações em que as despesas de remessa ou portes de envio fiquem a cargo do consumidor, ressalvando-se naturalmente o que estatui o n.º 2 do preceito sob análise[157].

Por último, importa referir que, ao contrário das normas do CC quanto à transferência do risco, que são supletivas[158], a norma 9.º-C da LDC, sendo especial, é imperativa[159].

IV. Confronto entre o risco e o direito de arrependimento

Do exposto no capítulo anterior ressaltam algumas dúvidas, que serão, agora, objeto da competente análise e tomada de posição.

Desde logo, não obstante o art. 9.º-C constar da LDC (sendo, como tal, aplicável à generalidade dos contratos de consumo), deverá o mesmo ser aplicado, de igual modo, aos contratos celebrados à distância? I.e., será o disposto neste artigo apto a vigorar *tout court* nos contratos celebrados à distância, nomeadamente para acautelar o interesse das partes na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento?

Por outro lado, exercido o direito de arrependimento pelo consumidor, quem deverá suportar o risco no período que medeia o exercício do direito e a receção do bem pelo profissional?

---

[156] Carvalho (2021; p. 318).

[157] AAVV (2018; p. 1101).

[158] Prata (2008; p. 9).

[159] Aqui alertamos para o regime das Cláusulas Contratuais Gerais (aplicável à maioria das relações jurídicas que ocorrem em plataformas de *e-commerce*, que se rege por contratos de adesão), resultando do disposto pela al. f) do art. 21.º do DL 446/85 que é uma cláusula absolutamente proibida a que, numa relação entre profissional e consumidor, altere as "regras respeitantes à distribuição do risco".

1. O risco no período de pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento

Conforme propõe Romano Martinez[160], no presente capítulo importa distinguir o risco do exercício do direito de arrependimento do risco relativo ao objeto das prestações a devolver.

De importância para a primeira das questões elencadas, a partir da interpretação do art. 9.º-C da LDC, outra solução parece não se almejar senão aquela que coloca a cargo do consumidor, na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento[161], o risco de perecimento ou deterioração da coisa adquirida[162] e, consequentemente, do risco do exercício do direito de arrependimento.

É aliás, neste conspecto, que Romano Martinez[163] conclui nos seguintes termos: "assim, no caso de um bem adquirido à distância ter ficado destruído num incêndio ocasional antes do decurso do prazo de catorze dias para se efectuar a desvinculação *ad libitum*, como o comprador a partir do momento em que recebe a coisa suporta o risco, não poderá resolver o contrato".

Em sentido oposto, Brandão Proença[164] refere que "quanto à questão do risco, é de afastar o entendimento que o faz recair sobre o consumidor, já que esta solução vai contra a teleologia do direito, de querer o legislador salvaguardar o seu exercício, a restituição das eventuais somas pagas pelo consumidor ou a sua libertação das obrigações assumidas". É certo que o A. emitiu douta opinião em momento anterior ao da consagração do art. 9.º-C da LDC, e referindo-se ao DL 143/2001. Em todo o caso, a argumentação de Brandão Proença demonstra-se bastante atual, uma vez que os pressupostos que lhe serviram de base não se alteraram. Mais desenvolvidamente, o A. alicerça a sua posição em 3 vetores essenciais: (1) estamos perante uma posse precária do consumidor[165]; (2) entendimento

---

[160] Martinez (2020; p. 190).

[161] Aqui, dando-se como adquirido, nos termos do art. 9.º-C da LDC, que a transferência do risco não ocorrerá, em caso algum, em momento anterior ao dos limites temporais aí impostos.

[162] Carvalho (2016; p. 157).

[163] Martinez (2020; p. 190).

[164] Proença (2010; p. 17).

[165] A este respeito, ainda que analisando o regime do risco *vs.* regime da resolução, Proença (1996; p. 201; nota 601) refere que "o princípio geral contido no art. 796, 1, do C.C. [...] não impede que, *v. g.*, o parceiro-pensador resolva o contrato mesmo que não possa entregar os

contrário contraria a própria teleologia do direito de arrependimento; (3) não parece ser pressuposto do exercício do direito de arrependimento a possibilidade de restituição do bem[166].

Solução semelhante foi, também, consagrada no Anteprojecto do Código do Consumidor[167], resultando do seu art. 192.º que o risco corria por conta do profissional até que o consumidor restituísse o bem, na sequência do exercício do direito de arrependimento ou na pendência do prazo para o exercício deste direito[168].

Em abono deste entendimento e não obstante no caso da compra e venda celebrada à distância estarmos perante contratos concluídos, com normal produção dos seus efeitos típicos[169], o art. 14.º dispõe, no seu n.º 1, que o "exercício do direito de livre resolução não prejudica o direito de o consumidor inspecionar, com o devido cuidado, a natureza, as características e o funcionamento do bem". Em todo o caso, e conforme resulta do n.º 2 do mesmo preceito legal, o consumidor poderá ser "responsabilizado pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento desse bem exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial".

---

animais ou só possa entregar os despojos (cfr. os arts. 1122.º., 2, e 1126 do C.C) e o locatário também possa pôr termo ao contrato se a coisa tiver sido perdida ou se encontrar deteriorada por causas não imputáveis a ele nem a terceiro (art. 1044.º do C.C.), pois estamos perante situações de posse precária".

166 Proença (2010; p. 17; nota 111). Questiona o A.: "será que da leitura da al. c) do art. 7.º do DL 143/2001 resulta, como pressuposto geral do exercício do direito, a possibilidade do bem ser restituído? Não o cremos, tratando-se, como se trata, de um caso particular perfeitamente justificativo da exclusão (não forçosa do direito). Ver, aliás, como reforço deste entendimento, embora noutra área da tutela do consumidor, o n.º 4 do art. 4.º do DL n.º 67/2003.". De relevância para esta questão, parece-nos que o A. ignorou o disposto no n.º 3 do art. 8.º do DL 143/2001, ora consagrado no n.º 3 do art. 13.º do DL 24/2014, de onde resulta que o consumidor "deve conservar os bens de modo a poder restituí-los nas devidas condições de utilização".

167 AAVV (2006; p. 88).

168 Em todo o caso, esta disposição deve ser lida em conjunto com o art. 189.º do Anteprojecto, em que se vedava a possibilidade de exigir ao consumidor quaisquer quantias, a que título fosse (incluindo o preço), na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento. Não deixa de se louvar o arrojo dos AA. em avançar com esta solução, mas escrutinada a mesma em 2021 não pode deixar de se pugnar pelo seu total desajuste à realidade atual da contratação eletrónica.

169 Carvalho (2021; p. 251); Martinez (2020; p. 154).

Do estatuído neste preceito resulta que, ainda que o consumidor detenha o domínio e a posse do bem, ele não o poderá usar normalmente, na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento, se pretender lançar mão deste instituto (pelo menos sem encargos adicionais)[170], daqui resultando a posse precária a que alude Brandão Proença[171].

Mais ainda, como forma de justificar a sua posição, o A.[172] defende, por apelo a argumento *a maiori ad minus*[173], que se deve atentar no que dispõe o n.º 4 do art. 4.º do DL 67/2003, que versa sobre os casos de falta de conformidade dos bens com o contrato, resultando deste preceito que "os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador".

Nesta sequência, considere-se o seguinte caso hipotético: um consumidor desloca-se a uma loja física para adquirir um telemóvel e quando está a conferir as suas características – antes de o comprar – dá-se um terramoto, o telemóvel cai da sua mão e parte-se. Neste caso, o consumidor não será responsável pela deterioração da coisa[174].

Por outro lado, e assumindo a aplicação *qua tale* do art. 9.º-C da LDC aos contratos celebrados à distância, em situação idêntica à acima descrita, mas com um consumidor que adquiriu um telemóvel *on-line*, por este correrá o risco da deterioração da coisa, uma vez que ele é já o seu proprietário e já adquiriu a posse física do mesmo.

---

[170] Refira-se *hic et nunc* que nada parece impedir o consumidor de alienar o bem antes de decorrido o prazo para o exercício do direito de arrependimento, mas entendemos que este ato o impede, naturalmente, de lançar mão deste instituto. Neste sentido: Carvalho (2021; p. 251); P. Pinto (2015; p. 79).

[171] Proença (2010; p. 17). Contudo, o A. coloca em causa a propriedade da coisa, pelo consumidor, «havendo "nebulosidade" sobre o real significado jurídico do período de reflexão, temos mais dúvidas quanto à resposta a dar à possível transmissão da titularidade do direito de propriedade», não nos parecendo, s.m.o, sindicável que, nos casos da compra e venda celebrada à distância, a transmissão da propriedade se dá por mero efeito do contrato (com as eventuais incertezas a que já se aludiu relativamente à formação dos *e-contracts*).

[172] Proença (2010; p. 17; nota 111); no mesmo sentido, Vasconcelos (2012; p. 478).

[173] Machado (2001; p. 186-187).

[174] Uma vez que não se demonstram preenchidos os requisitos da responsabilidade civil e por aquele não corria o risco, visto que não era o proprietário do bem.

Em jeito conclusivo, e remetendo para a fundamentação que já se aduziu *supra* acerca do direito de arrependimento, a partir da disciplina do art. 14.º do DL 24/2014 parece ser razoável adicionar à razão de ser deste instituto, a intenção de tentar aproximar a experiência do ciberconsumidor à do consumidor que se desloca a uma loja física para adquirir o mesmo bem, ficando claro através do exemplo que se deu nesta sede que o ciberconsumidor sai prejudicado, assumindo que sobre si corre o risco na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento.

Não obstante termos dúvidas quanto à justiça material do regime legal consagrado e de vermos como sensata a posição sedimentada por Brandão Proença, parece que a mesma só poderá relevar, contudo, *de iure condendo*, resultando quer do art. 9.º-C da LDC[175], quer do próprio brocardo *res suo domino perit*, que pelo consumidor correrá o risco de perecimento ou deterioração da coisa, por via de regra, a partir do momento da aquisição da posse física dos bens, sendo, já nesse momento, o seu proprietário.

E bem assim, no caso de, por evento fortuito e não imputável a qualquer das partes, a coisa se deteriorar, o consumidor poderá exercer o direito de arrependimento, tendo, contudo, que compensar o fornecedor dos bens pela depreciação que daí resultar[176]. Por outro lado, se a coisa perecer, por

---

[175] E para aqui será de elevada importância analisar a Diretiva 2011/83/UE, de cuja transposição resultou este artigo. Dos termos conjugados do Considerando (55) e do art. 20.º do diploma, resulta que o regime consagrado no art. 9.º-C da LDC confere ao consumidor o máximo grau de proteção permitido pela Directiva em matéria de risco. E assim, recorrendo ao art. 4.º da Diretiva, sob a epígrafe "Nível de Harmonização" resulta que os "Estados-Membros não podem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente directiva", pelo que o espírito do legislador comunitário é, em prol da harmonização legislativa, o de não permitir que seja conferido ao consumidor, nesta matéria, maior grau de proteção do que o conferido na LDC.

[176] Socorrendo-nos de argumento *a maiori ad minus*, parece esta solução ir ao encontro da teleologia do direito, retirando-se este entendimento, analogicamente, do disposto pelo n.º 2 do art. 14.º do DL 24/2014, não obstante este preceito contender com juízos de *imputabilidade* (que poderia bem justificar uma interpretação *a contrario* de que o consumidor não responderia pela depreciação, quando a mesma não decorresse de culpa sua) e, *in casu*, estarmos no campo do risco. A este respeito, veja-se o que alvitra Carvalho (2021; p. 249; nota 655): "no *New Deal for Consumers*, apresentado pela Comissão Europeia a 11 de abril de 2018, propõe-se que o consumidor deixe de ser titular de um direito de arrependimento no caso de utilizar o bem

aplicação do n.º 2 do art. 432.º do CC[177], o consumidor não poderá exercer o direito de arrependimento, por não estar em posição de restituir o bem recebido, por causa não imputável ao fornecedor dos bens[178-179].

Por último, importa, contudo, atentar no que dispõe o n.º 3 do art. 14.º do DL 24/2014, resultando do aí plasmado que o consumidor não poderá ser responsabilizado pela depreciação do bem nas situações em que o fornecedor dos bens não o tenha informado da existência do direito de arrependimento, pelo que, nos termos deste artigo, o risco só se transferirá para o consumidor, ou com a informação de que pode exercer o direito de arrependimento, ou decorrido o prazo do n.º 2 do art. 10.º do mesmo DL, impondo-se, contudo, que o consumidor esteja de boa-fé.

2. *O risco das prestações a devolver, após o exercício do direito de arrependimento*

Exercido o direito de arrependimento, ditam os termos conjugados do n.º 1 e do n.º 3 do art. 13.º do DL 24/2014 que o consumidor deve "conservar

---

além do que é admitido em estabelecimento comercial. É interessante notar que a evolução legislativa, neste domínio, tem sido no sentido de limitar gradualmente o alcance do direito de arrependimento, reduzindo-se o nível de proteção do consumidor."

[177] Em falta de disposição específica das normas de consumo.

[178] Martinez (2020; p. 190); Contra: Proença (1996; p. 176; nota 522) refere que o "art. 432.º, 2 (permissiva de uma resolução em caso de impossibilidade restitutória acidental por parte do titular e esvaziando, concomitantemente, o sentido útil da *exceptio* por parte da contraparte", referindo o A. mais adiante (p. 199), em relação às situações em que as coisas pereçam ou se deteriorem em virtude de "mero acaso fortuito ou de força maior", não imputável às partes, que o "relevo da «imputabilidade» no teor literal do preceito e a sua projeção no legitimado parece conduzir-nos [...] *a contrario*, para uma solução unitária (aplicável à resolução legal e convencional) de admissibilidade resolutiva", concluindo (p. 204) que do presente preceito não resulta uma proibição *tout court*, mas antes uma proibição de exercício abusivo do direito de resolução.

[179] Tentação poderia haver em fazer uma dupla remissão, a este respeito, do art. 433.º para o n.º 3 do art. 289.º e deste para o 1269.º, todos do CC, assim concluindo, em virtude deste último preceito, que sobre o consumidor não correria o risco de perecimento e deterioração da coisa, no período da pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento. Contudo, não nos parece, de todo, que a *ratio* da norma seja aplicável a esse período. Quanto às dúvidas levantadas por este preceito, *vide* J. Gomes (1998, p. 641 e ss.).

os bens nas devidas condições de utilização", sendo que, caso o fornecedor dos bens não se ofereça para recolher o bem, dispõe aquele de 14 dias, contados da data em que tiver exercido o direito de arrependimento, para os devolver.

Não encontramos nas normas de consumo qualquer tipo de regulamentação específica quanto a esta matéria – a saber, por quem corre o risco das prestações a devolver, após o exercício do direito de arrependimento – pelo que teremos de recorrer, supletivamente, às normas gerais de direito, nomeadamente, ao regime aplicável à resolução.

Referindo-se a este regime, alude Romano Martinez[180] que "tendo o direito sido efectivamente exercido [dentro da sua admissibilidade legal], a restrição constante do n.º 2 do art. 432.º do CC deixa de fazer sentido, valendo as regras gerais de repartição do risco", referindo, ainda, o A. que o *res suo domino perit* terá "algumas particularidades neste contexto".

Conclui o A., a este respeito, que "sabendo que a resolução implica a destruição do vínculo", a cada uma das partes caberá proceder de boa-fé, conservando o que disponham, por forma a proceder à sua devolução, e assim, de acordo com a norma geral em matéria de risco, prevista no art. 796.º do CC, "constituindo-se a obrigação de entregar uma coisa (prestação a devolver) o risco é suportado pelo respectivo credor", desde que não se verifiquem fundamentos que afastem a regra geral.

Em correção deste princípio, e reproduzindo o dito por Romano Martinez – douta opinião que aqui reproduzimos, fazendo das palavras do A. as nossas – "todavia, tendo a resolução efeito retroativo, pretende-se colocar as partes na situação em que estariam, se não tivessem celebrado o contrato", devendo-se, destarte, questionar "se o risco relativo à prestação a devolver se assume a partir da resolução do contrato [...] ou se ficciona que esteve sempre na esfera jurídica do respectivo credor" e, assim, a "regra de que o risco é suportado desde sempre pelo credor da prestação a devolver funda-se nas regras de repartição do risco [...] associadas com a destruição retroativa do vínculo, e no disposto no art. 1269º do CC, aplicável por uma dupla remissão (o art. 433.º remete para o art. 289.º e este para o art. 1269.º todos do CC)" pelo que, em função do aí disposto, a parte

[180] Martinez (2021; p. 191).

onerada com a obrigação de devolver a prestação objeto do contrato não responde pela perda ou deterioração da coisa, salvo se houver procedido com culpa.

Assim, e em face do retro exposto, o consumidor que exerce o direito de arrependimento tem de devolver o bem e o profissional devolve o preço, recebendo, a seu risco, a coisa deteriorada. Dito de outra forma, a partir do momento em que o direito de arrependimento se torna eficaz, o risco de perecimento e deterioração do bem passa a correr pelo profissional[181].

Ora, sendo esta a solução que nos parece imposta por lei, não poderemos deixar de manifestar a nossa repulsa pela mesma, atenta a forma abusivamente desprotegida em que coloca o profissional fornecedor dos bens.

Isto porque, e recorrendo ao que alegra Engrácia Antunes[182], de forma espirituosa, há uma linha ténue que separa o consumidor débil do consumidor sonso ou finório[183]. Neste sentido, se é verdade que as normas de consumo visam proteger o tal consumidor débil, certo será também que não faltarão consumidores sonsos e finórios que, munidos de um conhecimento superficial das prerrogativas que lhes são conferidas por lei, se aproveitarão das mesmas para obter para si uma vantagem jurídica (ilegítima?).

Atento o cariz imotivado e livre com que este direito pode ser exercido, parece estar bem mais seguro o consumidor que, recebendo certo bem encomendado pela internet, exerça de imediato o direito de arrependimento, passando o risco a correr por conta do profissional, dispondo o consumidor de prazo para devolução do bem, igual ao que teria para se arrepender.

Findo este prazo, e assumindo que o bem não pereceu nem se deteriorou, tem o consumidor duas hipóteses: tentar entrar em contacto com o fornecedor dos bens, por forma a repristinar os efeitos do contrato (o que seria também do interesse do fornecedor dos bens); ou simplesmente devolve o bem, sendo reembolsado de todos os encargos, fazendo nova encomenda, exatamente igual, no dia seguinte.

---

[181] Neste sentido, Carvalho (2021; p. 257), embora discordemos *in totum* da fundamentação do A.

[182] Antunes (2019; p. 80).

[183] O conceito uno de consumidor leva a lei a tratar de modo igual o "Homer's self-reliant Ulysses [...] and the less sophisticated Homer Simpson" – Mak (2016; p. 381).

Certamente vozes clamarão pelo instituto do abuso de direito como solução para estas situações[184]. Cremos, contudo, que será impossível verificar-se o abuso de direito objetivo (atenta a amplitude do direito) e quase impossível verificar-se o abuso de direito subjetivo (atenta a natureza imotivada do direito)[185].

Por forma a salvaguardar-se desta situação, em face do *status quo* legal, o fornecedor dos bens teria de convencionar com o consumidor o afastamento do regime legal. Contudo, na esmagadora maioria das vezes, as plataformas de *e-commerce* recorrerão a cláusulas contratuais gerais, sendo, nos termos da al. f) do art. 21.º do DL 446/85, absolutamente proibidas as cláusulas que, numa relação entre profissional e consumidor, alterem as regras respeitantes à distribuição do risco, pelo que, novamente, a solução que consideramos justa e adequada só será defensável *de iure condendo*, atenta a não autonomização legal do direito de arrependimento.

Conclusões

I. Na sequência do que nos propusemos a alcançar com a presente dissertação, concluímos, em primeiro lugar, que os *e-contracts* B2C se trata de contratos de consumo, celebrados à distância, estando, nesse sentido, sujeitos às normas de consumo, de onde destacámos as regras da LDC, LCE e do DL 24/2014.

II. Considerando as normas de consumo que, nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, existe um desnível que coloca o profissional em grau de superioridade face ao consumidor, providenciam aquelas diversos remédios que visam equilibrar estas relações contratuais.

III. Em relação aos deveres informativos, extrapolando para o processo de formação contratual, assumimos que, por via de regra, a oferta em linha do profissional que cumpra os desideratos informativos legais consubstancia uma proposta ao público, tornando-se o *e-contract* perfeito com a aceitação do consumidor. Vimos, neste sentido, a

---

[184] *Vide* Gomide (2009; p. 72-75).

[185] Para a (não) aplicabilidade do abuso de direito ao direito de arrependimento, *vide* Sousa (2015; pp. 75-77).

necessidade de se rever legislativamente as quatro diferentes etapas do *iter* negocial nos *e-contracts*, impostas pela LCE, atento o seu desajuste face a esta realidade negocial.

IV. Quanto ao direito de arrependimento, concluímos que se trata de um direito, conferido ao consumidor, potestativo extintivo, de resolver o contrato *ad nutum* e *ad libitum*, verificados que estejam os requisitos para o exercício do mesmo.

V. Pugnámos, neste sentido, pela necessidade e interesse de autonomização deste direito face às demais figuras afins com consagração legal, em todo o caso, na ausência de um regime específico, concluímos que, no que aos *e-contracts* B2C de compra e venda diz respeito, estamos perante um direito de resolução *sui generis*, sendo o contrato celebrado nestes termos um negócio jurídico celebrado com cláusula resolutiva, em que a resolução radica numa fonte legal.

VI. Quanto às regras de transferência do risco, verificámos que o artigo 9.º-C da LDC consagra uma exceção ao princípio do *res suo domino perit*, transferindo-se o risco, nos contratos de consumo, por via de regra, para o consumidor, com aquisição, pela parte deste, da posse física dos bens, mesmo nos contratos celebrados à distância.

VII. Durante a pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento, concluímos que o risco de perecimento e deterioração da coisa corre por conta do consumidor. Com base nesta premissa, constatámos que a mera deterioração da coisa, por facto não imputável às partes, não é impeditiva do exercício do direito de arrependimento, tornando-o, contudo, mais oneroso, mas o perecimento da coisa, nos mesmos termos, já será.

VIII. Concluímos, por último, que, exercido o direito de arrependimento, o risco se transfere para o profissional, colocando-o numa posição exageradamente vulnerável, exposto ao risco de exercício abusivo do direito pelo consumidor. Assim, beneficiaria o ordenamento jurídico com uma clarificação legal destas soluções normativas, autonomizando o direito de arrependimento e harmonizando-o com as regras de transferência do risco, por forma a colocar as partes numa posição mais paritária, fazendo correr o risco a cargo de quem terá a capacidade de melhor o acautelar, afastado que está o *res suo domino perit*.

Bibliografia

AAVV, Coord. Monteiro, António Pinto, *Código do Consumidor. Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2006.

AAVV, Coord. Proença, José Carlos Brandão, *Comentário ao Código Civil: Direito das obrigações (das obrigações em geral)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.

Afonso, Ana Isabel, *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014.

Almeida, Carlos Ferreira de,

____ . *Contratos I – conceito, fontes, formação*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

____ . *O futuro do Direito do Consumo*, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 27-34.

____ . *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

Antunes, José Engrácia,

____ . *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019.

____ . *Direito do contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.

Ascensão, José de Oliveira, *A Sociedade Digital e o Consumidor*, in *Estudos de Direito do Autor e Interesse Público*, Florianópolis, 2009, pp. 40-70, disponível em https://bit.ly/3g1jQIj (consultado pela última vez em 19-05-2021).

Aureliano, Nuno, *O risco nos contratos de alienação – Contributo para o estudo no Direito Privado português*, Almedina, Coimbra, 2009.

Barata, Carlos Lacerda, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, in *Revista de Direito Civil* (dir.: Cordeiro, António Menezes), n.º 4, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 861-919.

Barros, João Pedro Leite, *O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro,* in *Estudos de Direito do Consumidor,* n.º 14, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 117-184.

Carvalho, Jorge Morais,

____ . *Manual de Direito de Consumo*, 7.ª Edição, reimp., Almedina, Coimbra, 2021.

____ . *O Direito Português dos Contratos Eletrónicos*, in *Res Severa Verum Gaudium – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Vol. III, n.º 2, pp. 68-92, 2018, disponível em https://bit.ly/2TwSsdC (consultado pela última vez em 06-03-2021).

____ . *Consumer Sales in Portugal After the Implementation of The Consumer Rights Directive*, in *Consumer Sales in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 143-162.

____ . *Transmissão da Propriedade e Transferência do Risco na Compra e Venda de Coisas Genéricas*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL,* n.º 11, Ano VI, 2005, pp. 16-63.

Carvalho, Jorge Morais e Pinto-Ferreira, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância*, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95-113.

Cordeiro, António Menezes,

____ . *O direito à não-informação"* in *Estudos de Direito do Consumidor,* n.º 9, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015 pp. 45-50.

____ . *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4.ª Edição, ref. e atu., Almedina, Coimbra, 2014.

____ . *Direito das Obrigações*, Vol. II, 1.ª Edição, reimp., AAFDL, Lisboa, 1995.

Cunha, Carolina, *Métodos de venda a retalho fora do estabelecimento: Regulamentação jurídica e protecção do Consumidor*, in *Direito Industrial*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 285-330.

Gomes, Júlio, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

Gomes, Manuel Januário da Costa, *Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, 2008, pp. 3-20.

Gomide, Alexandre Junqueira, *Direito de arrependimento nos contratos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009, disponível em https://bit.ly/3i54ipr (consultado pela última vez a 29-05-2021).

Homem, Mariana Carvalho, *A formação dos Contratos de Comércio Eletrónico*, in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1, 2013, disponível em https://bit.ly/3i7bSA6 (consultado pela última vez em 16-03-2021).

Hörster, Heinrich Ewald e Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

Leitão, Adelaide Menezes, *Comércio Electrónico e Direito de Consumo*, in *Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 31-39.

Leitão, Luís Menezes,

____ . *Direito das Obrigações*, Vol. II, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

____ . *Direito das Obrigações*, Vol. III, 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016.

____ . *O novo regime da venda de bens de consumo*, in *Estudos do Instituto de Direito de Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 37-73.

Loos, Marco B. M., *Rights of Withdrawal*, n.º 4, Centre for the Study of European Contract Law, Amsterdão, 2009, disponível em https://bit.ly/3p7K280 (consultado pela última vez em 21-03-2021).

Machado, João Baptista,

____ . *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2000.

____ . *A Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, 1991a, Scientia Iuridica, Braga, pp. 457-621.

____ . *Pressupostos da Resolução por Incumprimento,* in *Obra Dispersa*, Vol. I, 1991b, Scientia Iuridica, Braga, pp. 125-193.

Maia, Pedro, *Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 9, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 143-176.

Mak, Vanessa, *The consumer in European regulatory private law. A functional perspective on responsibility, protection and empowerment*, Tilburg University, 2016, disponível em https://bit.ly/3i9oXJ0 (consultado pela última vez em 23-02-2021).

Martinez, Pedro Romano,

____ . *Da Cessação do Contrato*, 3.ª Edição, reimp., Almedina, Coimbra, 2020.

____ . *Direito das Obrigações (Parte especial)*, 2.ª Edição, 3.ª reimp, Almedina, Coimbra, 2001.

Monteiro, António Pinto, *A proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, pp. 333-350.

Morais, Fernando de Gravato, *Contratos de crédito ao consumo*, Almedina, Coimbra, 2007.

Múrias, Pedro e Pereira, Maria de Lurdes, *Prestações de coisa: transferência do risco e obrigações de reddere*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 23, 2008, pp. 3-16.

Oliveira, Elsa Dias, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002.

Pereira, Alexandre Dias,

____ . Pereira, Alexandre Dias, *Princípio do Comércio Eletrónico*, in *Comércio Eletrónico (Estudos)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 2-21, disponível em https://bit.ly/3uLciil (consultado pela última vez 02-04-2021).

____ . *Comércio Eletrónico e Consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, pp. 341-400.

Pinto, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, 4.ª Edição por Monteiro, António Pinto e Pinto, Paulo Mota, 2.ª reimp., Coimbra Editora.

Pinto, Paulo Mota,

____ . *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, n.º 9, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 51-91.

____ . *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

Pita, Manuel António, *Notas Sobre o Regime da Contratação Eletrónica*, Panóptica, Vitória, 2007, pp. 89-111, disponível em https://bit.ly/3p8fmDD (consultado pela última vez 13-03-2021).

Prata, Ana, *O regime do artigo 796.º do Código Civil ("one man's platitude is another's revolution")*, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-22.

Proença, José Carlos Brandão,

____ . *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução?*, Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa, 2009, pp. 1-32.

____ . *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

Ramos, Rui Manuel Moura e Soares, Maria Ângela Bento, *Contratos Internacionais. Compra e Venda; Cláusulas Penais; Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995.

Rebelo, Fernanda Neves,

____ . *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, in *Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 103-153.

____ . *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor*, in *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais-Homenagens aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 571-617.

Silva, Delminda de Assunção Costa Sousa e, *Contratos Celebrados à Distância – O Ciberconsumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor,* n.º 5, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, pp. 423--456.

Silva, João Calvão da,

____ . *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, 5.ª Edição, rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2017.

____ . *Venda de bens de consumo: decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio): Directiva 1999/44/CE: comentário*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

Silva, Paula Costa e, *A contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 289-305.

Sousa, Alexandra José Nóbrega Teixeira de Sousa, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015, disponível em https://bit.ly/3vIW8aw (consultado pela última vez em 16-05-2021).

Telles, Inocêncio Galvão,

____ . *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

____ . *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, rev. e act., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

Varela, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral,* Vol. II, 7.ª Edição, reimp. 2001-2015, Almedina, Coimbra, 2001.

Vasconcelos, Maria João Sarmento Pestana de, *Considerações sobre a transferência do risco na venda de bens de consumo – Confronto entre o regime consagrado no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado), e as regras gerais consagradas no Código Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 463-478.

Jurisprudência

Julgado de Paz do Funchal
Sentença de 21 de março de 2017, Processo n.º 346/2016 (Margarida Simplício)

Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC)
Sentença de 21 de novembro de 2016 (Jorge Morais Carvalho).

A Proteção do Consumidor em Contratos Digitais: Análise dos Contratos Celebrados com Dados Pessoais como Contraprestação*

Matilde Lopes de Mendonça Ortins de Bettencourt**

Resumo: Em maio de 2019 deu-se um importante marco na proteção dos consumidores em ambientes digitais, através da publicação da Diretiva (UE) 2019/770. Foram submetidos ao seu âmbito de aplicação, nomeadamente, os contratos pelos quais um profissional fornece conteúdos ou serviços digitais e, em contrapartida, o consumidor fornece os seus dados pessoais. Estes novos contratos digitais eram já uma prática social existente, à qual não era, ainda, atribuída proteção. A necessidade de legislação nesta matéria centrou-se fundamentalmente no objetivo de se criar, a nível europeu, uma solução harmonizada e equilibrada que viesse clarificar o quadro jurídico em torno dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Uma vez transposta para o ordenamento jurídico interno, a Diretiva vai ser aplicável a par e passo com as legislações de Direito do Consumo, em especial, e de Direito das Obrigações e dos Contratos, em geral. Tendo em conta as particularidades inerentes a contratos da natureza daqueles que aqui nos propomos tratar, surge o desafio de classificar o contrato e analisar a sua formação, de modo a que a legislação nacional lhe seja plenamente aplicável. Tratando-se, no essencial, de contratos em que os dados pessoais são utilizados como contraprestação contratual, afigura-se como um aspeto central considerar o direito fundamental em causa e articulá-lo com as normas de Direito da Proteção de Dados, de forma a garantir uma harmonização total a nível contratual e de defesa do consumidor. O objetivo da presente dissertação consiste em providenciar um maior desenvolvimento dos mecanismos que os consumidores dispõem quando celebram um contrato nestes moldes e refletir

---

* Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Direito e Tecnologia, NOVA School of Law (setembro de 2021), sob a orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho.

** Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em E-Commerce pelo Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Law & Technology pela NOVA School of Law. Advogada estagiária na Abreu Advogados, Sociedade de Advogados, SP, RL. Investigadora no NOVA Consumer Lab.

as respetivas consequências contratuais tanto para os consumidores como para os profissionais que sejam parte de uma relação contratual desta natureza.

Abstract: May 2019 saw an important milestone in the protection of consumers in digital environments with the publication of Directive (EU) 2019/770. In particular, contracts whereby a trader supplies digital content or a digital service and, in return, the consumer provides personal data, were brought within its scope. These new digital contracts were already an existing social practice that was not yet afforded protection. The necessity for legislation in this area focused primarily on the goal of creating a harmonized and balanced solution at the European level that would clarify the legal framework around contracts for the supply of digital content and services. Once transposed into the national law, the Directive will apply in parallel with the legislation of Consumer Law, in particular, and of Law of Obligations and Contracts, in general. Taking into account the particularities inherent to contracts of this nature, the challenge arises to classify the contract and analyze its formation so that national law is fully applicable to it. As these are essentially contracts in which personal data is used as contractual consideration, it is essential to consider the Fundamental Right in question and articulate it with the rules provided by Data Protection Law, so as to ensure full harmonization at the contractual and consumer protection level. The aim of this dissertation is to provide further development of the mechanisms available to consumers when entering into a contract of this nature and to reflect on the respective contractual consequences for both consumers and professionals who enter into a contractual relationship of this nature.

Modo de citar e outras convenções

Modo de citar: As referências bibliográficas serão identificadas de modo reduzido ao longo da dissertação, de acordo com a seguinte regra: PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, *Título principal da obra*, ano de publicação e página(s) que pretende(m) referenciar, encontrando-se as demais referências detalhadamente identificadas na bibliografia, citadas nos seguintes termos:

- As monografias são citadas com referência a APELIDO DO AUTOR, Nome, *título da obra*, volume quando aplicável, edição, local de edição quando exista, editora e ano.
- Os artigos ou partes de livro são citados com referência a APELIDO DO AUTOR, Nome, "Título do artigo ou parte de livro", *revista ou livro*, número, volume, (ano) e página(s).
- A jurisprudência é citada com referência a Tribunal, data, número de processo e (relator). Ao longo do texto, a citação de jurisprudência é feita de modo reduzido e de acordo com a seguinte regra: Tribunal e data.

Acordo ortográfico: A presente dissertação está redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República nº 35/2008, publicada na Série I do Diário da República nº 145/2008, de 29 de julho.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
AEPD	Autoridade Europeia para a Proteção de Dados
Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	artigo(s)
B2B	*Business-to-business*
B2C	*Business-to-consumer*
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CESE	Comité Económico e Social Europeu
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DCSD	Diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais
EM	Estado(s)-Membro(s)
Ibid.	*Ibidem*
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
n.º(s)	número(s)
p./pp.	Página/páginas
Proc.	Processo
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vol.	Volume

1. Introdução

Com o processo de evolução tecnológica em marcha, somos, hoje, cada vez mais confrontados com contratos digitais. Contratos esses que são celebrados com o nosso consentimento, mas sem a consciência da existência de uma proposta negocial, a que muitas vezes, aderimos mediante a nossa aceitação. Tal acontece cada vez que descarregamos uma *app*, abrimos uma conta numa rede social, subscrevemos um serviço, etc. Muitos desses contratos são-nos apresentados como "gratuitos", por não ser necessário o pagamento de um preço, quando, na verdade, são recolhidos dados pessoais do consumidor, muitas vezes para além dos necessários para a execução do contrato, isto é, para o acesso a certos conteúdos e serviços digitais. Tal é o caso, por exemplo, das aplicações móveis aparentemente "gratuitas" que descarregamos para o telemóvel[1].

A economia digital começou a deparar-se com uma insegurança jurídica por parte dos consumidores que celebravam contratos digitais e eram confrontados com conteúdos digitais errados ou defeituosos, com dificuldades de acesso aos mesmos e sem ferramentas de apoio à resolução destes problemas, acabando, assim, por ficar prejudicados[2].

Atualmente, o mercado dos dados pessoais é um mercado extremamente valioso e foi por reconhecer o crescente valor económico dos dados pessoais que a Comissão Europeia veio esclarecer que os conteúdos e serviços digitais não podem ser considerados como simplesmente "gratuitos"[3].

Foi na sequência do crescimento destes contratos, anteriormente descritos como "gratuitos", que o legislador europeu, em 2015, sentiu a necessidade de propor uma Diretiva que regulasse os contratos de fornecimento de

---

[1] Pense-se, por exemplo, na hipótese em que descarregamos para o *smartphone* o Google Maps, em que não é necessário pagar nenhum preço para a sua utilização, mas é-nos solicitado o acesso a dados pessoais para além da nossa localização (dado necessário para a utilização da aplicação), como por exemplo, os contactos que temos no telemóvel. Mas também noutras situações, como a utilização de *websites* (por exemplo o sítio na Internet do YouTube) ou quando se adere a uma rede social abrindo conta (como no Facebook, Instagram, Twitter, etc).

[2] Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD), Considerando 4.

[3] European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", p.11.

conteúdos digitais[4], de modo a reduzir incertezas jurídicas e aumentar a confiança e proteção dos consumidores no ambiente digital, incluindo pela primeira vez estes contratos no seu âmbito de aplicação[5]. Seguiram-se inúmeras opiniões[6], que suscitaram uma panóplia de questões e desencadearam alguns entraves e preocupações, até que, em maio de 2019, entrou em vigor a Diretiva (UE) 2019/770 como parte da Estratégia do Mercado Único Digital.

Com a publicação da Diretiva (UE) 2019/770[7], o assunto da comercialização dos dados pessoais tornou-se ainda mais mediático e gerou discussões doutrinárias, as quais vão ser oportunamente explanadas neste estudo. Enquanto de um lado temos os dados pessoais recolhidos e tratados necessários para o funcionamento de um serviço ou conteúdo digital, por outro lado temos uma relação contratual entre o consumidor e o profissional, em que o profissional se compromete a oferecer ou oferece um conteúdo ou serviço digital e, em contrapartida, o consumidor se compromete a

---

[4] Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD).

[5] Para mais desenvolvimento sobre este tema, especialmente em relação às críticas à Proposta, *vide*., R. Robert; L Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 159-177; R. Manko, *Contracts for supply of Digital Content*, 2016; A. Metzger; Z. Efroni; L. Mischau; J. Metzger, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018.

[6] De destacar: "Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais" (2016-07-20); "Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais" (2016-11-21); Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, "RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais" (2017-11-27); European Data Protection Supervisor, "Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", 2017; European Data Protection Supervisor, «Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"», 2018.

[7] Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (doravante "DCSD").

oferecer ou oferece dados pessoais. É então, aqui, que surge a discussão de saber se os dados pessoais (nestes contratos) são fornecidos como contraprestação.

Foi com a Diretiva (UE) 2019/770 que se ergueu um novo paradigma na área de Direito dos Contratos. É urgente garantir a proteção do consumidor nesta matéria, de modo a que esteja preparado e ciente de que está prestes a concluir uma relação contratual e que lhe sejam reconhecidos os direitos inerentes a tal relação.

A presente dissertação visa analisar e concretizar as consequências da celebração de contratos digitais, isto é, providenciar um maior desenvolvimento dos mecanismos que os consumidores dispõem quando celebram uma relação contratual desta natureza. Não só aqueles que são disponibilizados pela Diretiva (UE) 2019/770, mas também os direitos e deveres que são aplicáveis aos consumidores ao abrigo da legislação europeia, em geral, e da legislação portuguesa, em particular.

Para tal, é relevante, em primeiro lugar, fornecer um enquadramento jurídico da situação, tanto no que diz respeito às novas obrigações estabelecidas na Diretiva (UE) 2019/770, como no que concerne à discussão em torno do fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Relativamente a este aspeto, é pertinente analisar a classificação do contrato subjacente e fornecer uma visão geral sobre a aplicação da lei nacional portuguesa.

Este estudo pretende contribuir para uma uniformização do sistema jurídico nesta matéria, procurando antecipar as dificuldades de coordenação entre o direito interno e o direito europeu e prever uma compatibilidade de respostas que tendem ainda a ser muito incertas, especialmente nesta altura em que a maioria dos EM terá já transposto a Diretiva para o direito nacional, propondo, assim, uma análise de todas as questões jurídicas que possam surgir, de modo a garantir a proteção do consumidor.

2. Enquadramento geral da diretiva (UE) 2019/770

No âmbito do Mercado Único Digital, com o principal objetivo de superar as diferenças de regimes entre EM em matéria de direito dos contratos, e também de clarificar os direitos contratuais dos consumidores em matéria

de conteúdos digitais defeituosos[8], foi apresentada, em 2015, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais[9].

Até aqui, o fornecimento de conteúdos digitais era regulado, a nível da UE, pela Diretiva relativa aos direitos dos consumidores[10], pela Diretiva relativa às cláusulas abusivas[11] e pela Diretiva relativa ao comércio eletrónico[12] [13], não havendo um instrumento legal que harmonizasse e concretizasse a proteção do consumidor relativamente à aquisição de conteúdos digitais, muito menos que previsse a hipótese de contratos em que os dados pessoais do consumidor podem ser utilizados como contraprestação[14].

A necessidade de legislação nesta matéria centrou-se fundamentalmente no objetivo de se criar, a nível europeu, uma solução harmonizada e equilibrada que viesse clarificar o quadro jurídico aplicável aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais. Sem uma resposta da UE, cada Estado-Membro continuaria a ter a sua própria classificação contratual, tal

---

[8] Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD), pp. 1-3.

[9] Ibid. (doravante "Proposta de Diretiva").

[10] Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (doravante "Diretiva dos Direitos dos Consumidores").

[11] Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (doravante "Diretiva das cláusulas abusivas").

[12] Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (doravante "Diretiva sobre o comércio eletrónico").

[13] A Diretiva 1999/44/CE relativa à venda de bens de consumo e garantias a ela relativas (doravante "Diretiva de bens de consumo e garantias"), que foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, não era aplicável ao fornecimento de conteúdos digitais, uma vez que a definição de bens nela presente diz respeito apenas a "bens móveis corpóreos" (artigo 1º-B, al. b) do DL n.º 67/2003 e artigo 1º, n.º 2, al. b) da Diretiva de bens de consumo e garantias). Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, "Síntese do Parecer relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais", 2017, p. 2.

[14] A nível nacional, a proteção jurídica dos consumidores nesta matéria era assegurada, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 24/2014 e pelo Decreto-Lei n.º 57/2008.

como salientado na Proposta de Diretiva: "dependendo do Estado-Membro, estes contratos são considerados contratos de venda, contratos de serviços ou contratos de aluguer". Além disso, os contratos de fornecimento de conteúdos digitais são, por vezes, classificados de forma diferente no seio do mesmo Estado-Membro, em função do tipo de conteúdos digitais oferecido."[15]. Assim, tornar-se-ia demasiadamente moroso e exigente que as empresas fossem obrigadas a conhecer todas as disposições legais sobre esta matéria, sendo elas diferentes de Estado-Membro para Estado-Membro. Com uma resposta a nível europeu, não só se obtém uma coerência de aplicação dos direitos dos consumidores, como também se assegura o mesmo nível de proteção do consumidor em toda a UE, contribuindo para uma maior segurança jurídica tanto para os consumidores, como para as empresas[16].

Optou-se por deixar à consideração dos EM, nesta fase[17], a classificação do contrato subjacente[18], centrando-se a Proposta de Diretiva numa harmonização plena geral focada na igualdade de proteção do consumidor em toda a UE, oferecendo orientações gerais (de modo a abranger todos os desenvolvimentos tecnológicos que possam vir a surgir) com o objetivo de poderem ser aplicadas em todos os EM, sem que interfiram com o direito interno, e combatendo, assim, a fragmentação jurídica que poderia advir de novas legislações nacionais nesta matéria.

2.1. Questões suscitadas

Muitos foram os aspetos presentes na Proposta de Diretiva que suscitaram discussão. Apesar de já começar a ser assunto doutrinário[19], foi com a

---

[15] Proposta de Diretiva, p. 5.

[16] Ibid., p. 6.

[17] A versão final da Diretiva deixou a cargo dos EM a determinação do preenchimento dos requisitos nacionais para a formação, existência e validade do contrato (Considerandos 12 e 24 da Diretiva (UE) 2019/770).

[18] Considerando 10 da Proposta de Diretiva.

[19] *Vide*., a este propósito, W., Eggers; R. Hamill; A. Ali, *Data as the new currency*, 2013, pp. 18-31; C. Langhanke; M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, 2015, pp. 218-223; European Data Protection Supervisor, "Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy", 2014; G. Spindler, *Contracts For the*

Proposta de Diretiva que a questão de saber se os dados pessoais poderiam ser utilizados como contraprestação num contrato atingiu o seu auge. A Proposta de Diretiva subjugou ao seu âmbito de aplicação[20] "(...) qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados."[21].

Foi essencialmente por reconhecer a atual existência de modelos de negócios que assentam no fornecimento de conteúdos digitais (muitas das vezes apresentados como "gratuitos") em troca de acesso a dados pessoais do consumidor, que o legislador europeu sentiu a necessidade de incluir dados pessoais como possibilidade de contrapartida no âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva[22] e assim, garantir que estes contratos estão sujeitos aos mesmos requisitos em termos de proteção do consumidor. De outro modo não seria possível que se assegurassem condições equitativas em matéria concorrencial entre modelos de negócios. Conforme referido no Considerando 13 da Proposta de Diretiva, o valor desses dados na economia digital é não só reconhecido, como chega a ser equiparável a dinheiro. Portanto, legislar apenas sobre conteúdos e serviços digitais que fossem fornecidos em contrapartida de um preço e não aqueles que são fornecidos em contrapartida da cedência de acesso a dados pessoais, levaria a uma discriminação injustificada que incentivaria as empresas a oferecerem mais fácil e habitualmente serviços e conteúdos digitais em contrapartida de dados pessoais, o que daria azo a uma elevada e desproporcional desproteção do consumidor, que não se veria abrangido por esta legislação[23].

Esta questão torna-se ainda mais clara se pensarmos que os consumidores que fornecem os seus dados pessoais em contrapartida da aquisição de um conteúdo ou serviço digital, não estão a fazê-lo gratuitamente

---

Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content, 2016, pp.183-217.

[20] Art. 3º da Proposta de Diretiva.

[21] Texto que foi posteriormente alterado, conforme vai ser referido *infra*. Sublinhado nosso.

[22] Pense-se, a título de exemplo, na hipótese em que o consumidor descarrega para o seu *smartphone* uma aplicação (da *App Store* ou *Play Store*, por exemplo) dita "gratuita", mas permite o acesso a dados pessoais para além daqueles que são necessários para o funcionamento da mesma.

[23] Considerando 13 da Proposta de Diretiva.

(ao contrário do que lhes é apresentado), tendo em conta o valor que os dados pessoais têm atualmente na economia digital, conforme referido *supra*. Adicionalmente, é gerado valor lucrativo para os profissionais a partir dos dados fornecidos pelos consumidores quando estes se inscrevem ou utilizam os seus serviços ou conteúdos digitais, através de publicidade direcionada ou através da venda desses dados a terceiros, por exemplo. Assim, não há fundado motivo para se atribuir um menor nível de proteção a estes consumidores, nem de fazer depender a aplicabilidade das normas da Diretiva da contrapartida em causa.

2.1.1. Dados Pessoais Fornecidos "Ativamente" Pelo Consumidor

O legislador europeu, na Proposta de Diretiva, limitou o âmbito de aplicação da mesma apenas aos casos em que o consumidor faculta *ativamente* dados pessoais[24], dando como exemplos o nome, o endereço de correio eletrónico, fotografias[25]. A intenção do legislador era excluir a aplicabilidade da Diretiva aos casos em que os dados pessoais são fornecidos pelo consumidor unicamente para satisfazer os requisitos legais[26], ou por serem necessários ao cumprimento do contrato e funcionamento do conteúdo ou serviço digital[27], ou por serem recolhidos e transmitidas através de *cookies*[28]. No entanto, a escolha da palavra "ativamente" não foi feliz e gerou alguma controvérsia[29].

---

[24] Art. 3º da Proposta de Diretiva.

[25] Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

[26] Como, por exemplo, caso o registo do consumidor seja exigido por legislação aplicável, para fins de segurança ou de identificação. Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

[27] Como, por exemplo, os dados de localização geográfica do consumidor no caso de ser necessário para que uma aplicação de telemóvel funcione eficazmente. Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

[28] Conforme Considerando 14 da Proposta de Diretiva e tendo em conta o texto adotado na versão final da Diretiva que irá ser referido posteriormente.

[29] *Vide*, a este respeito, R. Robert; L, Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law,* 2018, p. 165, que consideram poder ter sido intenção do legislador não regular a Internet inteira e deixar de fora do âmbito da Proposta de Diretiva motores de busca e serviços similares em que os dados pessoais não são "ativamente" fornecidos.

De facto, restringir a aplicação da Proposta de Diretiva apenas a dados pessoais fornecidos "ativamente" significa exigir uma ação afirmativa por parte do consumidor, o que nos leva a pensar o que poderá estar em causa nos dados pessoais fornecidos "passivamente". No Considerando 14 da Proposta de Diretiva é indicado que a Diretiva se aplica unicamente aos casos em que o consumidor entrega "ativamente" dados, "(...) de forma direta ou indireta através de, por exemplo, registos individuais ou através de um contrato que permite o acesso às fotografias do consumidor". Isto significa que, caso o consumidor forneça os dados de forma "indireta" (conceito, também ele, subjetivo e não definido na legislação em apreço) está a fazê-lo "ativamente", o que pode gerar alguma confusão. Se pensarmos em situações em que o consumidor fornece dados pessoais indiretamente, poder-se-ia pôr em hipótese casos em que a recolha de dados pessoais do consumidor é feita por terceiros, por exemplo, mas neste caso deixa de o ser "ativamente", uma vez que, pela aceção da palavra, o consumidor não está a realizar uma ação de modo a fornecer os seus dados pessoais àquela entidade. Contudo, no mesmo Considerando da Proposta de Diretiva, foi esclarecido que a mesma não seria aplicável nas situações em que "(...) o fornecedor recolhe informações, incluindo dados pessoais, tais como o endereço IP ou outras informações geradas automaticamente como, por exemplo, informações recolhidas e transmitidas por *cookies*, sem que o consumidor as tenha ativamente fornecido, mesmo que este tenha aceitado os *cookies*. Também não se deverá aplicar a situações em que o consumidor esteja exposto a anúncios com o intuito exclusivo de aceder a conteúdos digitais."[30]. Esta designação parece indicar, afinal, dois aspetos: (i) que a intenção do legislador era a de considerar que os dados pessoais fornecidos "passivamente" serão aqueles que são recolhidos através de *cookies* ou de anúncios[31] e ainda que (ii) o profissional que fornece os conteúdos e

---

[30] Considerando 14 da Proposta de Diretiva.

[31] Esta exclusão de aplicabilidade da Diretiva compreende-se na medida em que a informação recolhida através de *cookies* (ou metadados) nunca é "ativamente" fornecida pelo consumidor, antes pelo contrário, mesmo que o consumidor explicitamente aceite a recolha dos metadados, é o *browser* de internet que gera essa informação. Aqui se incluem também os denominados "*browse-wrap contracts*", isto é, os casos em que o consumidor ao simplesmente navegar num *website* está a aceitar os "termos e condições" impostos pelo fornecedor do *website*. *Vide*, M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, 2017, p. 204.

serviços digitais deve solicitar os dados pessoais do consumidor e não apenas recolhê-los (como no caso dos *cookies*)[32]. Isto pode significar atribuir uma diferenciação de proteção do consumidor consoante a forma como os dados pessoais foram fornecidos. Isto é, os consumidores que veem os seus dados recolhidos por *cookies* não vão estar protegidos ao abrigo desta legislação, mas aqueles que "ativamente" fornecerem essencialmente as mesmas categorias de dados, já veem ser atribuída essa proteção[33].

No Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos[34] foi aconselhado que se alargasse a disposição em causa, de forma a abranger todos os dados pessoais fornecidos pelo consumidor e não apenas aqueles que fossem "ativamente" fornecidos, de modo a que não se criasse um incentivo aos profissionais de recolherem os dados sem solicitarem o consentimento dos consumidores[35]. Efetivamente, e tal como referido pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (doravante "AEPD"), o facto de o legislador subsumir ao âmbito de aplicação da Diretiva apenas os dados "ativamente" fornecidos pelo consumidor, não significa que o profissional não possa utilizar e tratar os dados pessoais que não forem "ativamente" fornecidos (portanto, recolhidos pelo profissional sem uma ação por parte do consumidor), antes pelo contrário, pode até fazê-lo nos mesmos moldes e com a mesma finalidade que aqueles que foram "ativamente" fornecidos. Isto poderia resultar, uma vez mais, num incentivo (injustificado) ao profissional de não solicitar ao consumidor que forneça os dados "ativamente", de molde a evitar ficar sujeito à aplicação da Diretiva. Do mesmo modo, o consumidor deixaria de estar protegido ao abrigo desta legislação[36].

---

[32] R. Robert; L. Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law,* 2018, p. 165.

[33] A. Metzger, Z. Efroni; L. Mischau; J. Metzger, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018, p. 96; European Law Institute (ELI) – Statement on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers, 2016, p.15.

[34] Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2016.

[35] Ibid., pp. 3, 7 e 16.

[36] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 12.

Quanto à posição do Parlamento Europeu em primeira leitura, o Relatório da Comissão Interna e da Proteção dos Consumidores e da Comissão dos Assuntos Jurídicos foi também no mesmo sentido, tendo sugerido que o âmbito de aplicação fosse alargado aos dados que são recolhidos pelo fornecedor ou por uma terceira parte em nome do fornecedor e não só aqueles que são "ativamente" fornecidos pelo consumidor, "a fim de evitar a criação de lacuna"[37].

Já o Conselho pareceu partilhar da mesma opinião ao propor que se retirasse a menção a "ativamente" do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva, sugerindo que ficasse à consideração dos EM alargar a aplicação das regras da Diretiva a situações excluídas do âmbito de aplicação da mesma, tais como no caso das informações recolhidas e transmitidas por *cookies*[38].

A AEPD defendeu, a nosso ver bem, ser contraditória a intenção do legislador em pretender evitar a discriminação entre os diferentes modelos de negócios (aqueles em que a contrapartida é monetária e aqueles em que a contrapartida são dados pessoais) e excluir do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva certas situações em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação, nomeadamente quando o consumidor não os fornece "ativamente"[39].

A AEPD esclareceu ainda que a diferenciação entre dados pessoais fornecidos "ativamente" e "passivamente" não é feita nem visada no direito à proteção de dados, pelo que esta noção contraria as regras existentes em matéria de proteção de dados. Aliás, conforme referido no seu Parecer,

---

[37] Na proposta de alteração do artigo 3º, n.º 1, foi sugerido que se alterasse a expressão "(...) ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados" por "(...) em troca do pagamento de um preço ou de dados pessoais fornecidos pelo consumidor ou recolhidos pelo operador ou por uma terceira parte em nome do operador". Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, pp. 57 e 95.

[38] Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p.8.

[39] Artigo 3.º interpretado *a contrario sensu,* da Proposta de Diretiva. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 12.

deveria ser conferida uma proteção ainda mais alargada aos consumidores, no caso do tratamento de dados pessoais que não são "ativamente" fornecidos pelo consumidor, principalmente em ambientes digitais, nos quais o consumidor nem sempre está ciente de tal tratamento[40]. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, nas orientações sobre o direito à portabilidade dos dados[41], no âmbito do artigo 20.º do RGPD[42] tinha já esclarecido quais os dados abrangidos pelo direito à portabilidade. Nele se incluem tanto os dados "ativamente" fornecidos pelo consumidor como aqueles que são recolhidos e tratados sem que tenham sido "ativamente" fornecidos pelo consumidor[43].

Em linha com todas as opiniões supramencionadas, parece-nos que, efetivamente, limitar a aplicação da Diretiva apenas a dados pessoais fornecidos "ativamente" pelo consumidor significava deixar de fora uma larga quantidade de dados pessoais que são recolhidos pelo profissional habitualmente neste tipo contratual, seja na utilização do conteúdo (ou serviço) digital ou no momento do fornecimento do mesmo. Tal limitação seria totalmente desadequada, tendo em conta que o objetivo de legislação europeia nesta matéria é, precisamente, a harmonização da proteção do consumidor.

2.1.2. Dados pessoais como contraprestação – enquadramento legal

A AEPD, no seu Parecer, mostrou-se a favor da intenção do legislador em regular os conteúdos e serviços digitais que são geralmente apresentados aos consumidores como "gratuitos" apenas por não terem de pagar um valor monetário, quando, na verdade, lhes é solicitado que forneçam dados pessoais, muitas vezes sem que tenham essa perceção, assim se assegurando

---

[40] Ibid., p. 12.

[41] Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on the right to data portability, 2016.

[42] Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (doravante "RGPD").

[43] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 11-12.

uma proteção equitativa do consumidor[44]. De facto, a AEPD reconheceu a existência de um desequilíbrio na proteção do consumidor no mercado digital, uma vez que em relação aos mesmos serviços, os consumidores que pagam um preço estariam protegidos ao abrigo de legislação europeia de direito do consumo, mas aqueles que obtêm o mesmo serviço sem pagar um preço, enfrentavam um nível muito mais baixo de proteção a nível europeu[45].

Não obstante, a AEPD expressou principalmente a sua preocupação em configurar dados pessoais como uma contrapartida, defendendo que os direitos fundamentais não poderiam ser reduzidos a uma simples contraprestação ou transação comercial e que, por esse motivo, os dados pessoais não poderiam ser equiparados a uma prestação pecuniária, acabando por sugerir que fosse evitada a expressão "dados como contrapartida". A AEPD foi mais longe e comparou o mercado de dados pessoais ao mercado de órgãos humanos para demonstrar que, apesar da sua existência, tal não significa que tenham de ser legislados[46].

No mesmo sentido, referiu, ainda, que a expressão "dados como contrapartida" não estava concretizada nem objetivamente definida na Proposta de Diretiva, o que poderia significar uma falta de clareza quanto às situações em que os dados pessoais estariam a ser efetivamente utilizados como contrapartida e aquelas em que não estariam[47].

Como alternativa, a AEPD sugeriu que fosse utilizada a definição de "serviço" constante na Diretiva 2000/31/CE[48] ou a definição de "serviço de comunicações eletrónicas" presente na Diretiva (UE) 2018/1972[49], por

---

[44] Ibid., p.7.

[45] European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", 2018, p. 11.

[46] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp.7-9.

[47] Ibid., pp. 9-10.

[48] O artigo 2.º, al. a) remete para a definição de "Serviços da sociedade de informação" na aceção da Diretiva 83/34/CEE, alterada pela Diretiva 98/48/CE, que, por sua vez, define "serviço" como "qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços".

[49] Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas. O artigo 2º, n.º 4 prescreve a definição de "serviço de comunicações eletrónicas" como "o serviço oferecido em

considerar que são suficientemente abrangentes para incluir tanto serviços pagos como gratuitos[50].

Embora sejamos sensíveis ao receio inerente à problemática de considerar os dados pessoais como contraprestação, não nos parece, no entanto, adequada esta hipótese apresentada pela AEPD. A definição de "serviços" nos diplomas em questão refere-se apenas ao "serviço oferecido em geral mediante remuneração" ou ao "serviço prestado normalmente mediante remuneração"[51], o que significa que uma interpretação literal irá no sentido de considerar o serviço em questão como prestado normalmente mediante uma remuneração e que, excecionalmente, poderá ser admitida a hipótese de outro tipo de contraprestação. Ainda assim, não permite, de imediato, uma conclusão clara no sentido de que os dados pessoais são possíveis de serem utilizados contra o fornecimento de um conteúdo ou serviço digital, o que poderia resultar num entrave à aplicação da Diretiva ao fornecimento de dados pessoais pelo consumidor a título de contraprestação.

Outra opção apresentada pela AEPD foi a adoção de termos similares aos utilizados no artigo 3º, n.º 2, al. a) do RGPD[52] para definir o âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva, sem que fosse necessário utilizar a expressão "dados como contrapartida"[53].

---

geral mediante remuneração através de redes eletrónicas de comunicações, que engloba, com exceção de serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os seguintes tipos de serviços: a) O «serviço de acesso à Internet», na aceção do artigo 2.º , segundo parágrafo, ponto 2, do Regulamento (UE) 2015/ /2120; b) O «serviço de comunicações interpessoais»; e c) Os serviços que consistem total ou principalmente no envio de sinais, tais como os serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão."

[50] European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", 2018, p.14; European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 9-10.

[51] Tal como estabelecido na Diretiva (UE) 2018/197 e na Diretiva 2000/31/CE, respetivamente.

[52] O qual prevê que o RGPD se aplica às atividades de tratamento de dados pessoais que estejam relacionadas com "a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento".

[53] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 10-11.

Já no Relatório da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e da Comissão dos Assuntos Jurídicos (posição do Parlamento Europeu em primeira leitura), tinha sido aconselhada a substituição do termo "contrapartida" pela expressão "em troca"[54], com receio de que a expressão "contrapartida" pudesse resultar num incentivo a uma prática baseada na monetização de dados pessoais[55].

O Comité Económico e Social Europeu (doravante "CESE"), no seu Parecer[56], mostrou aceitar a expressão "em troca de outra contrapartida que não dinheiro", no que se refere aos dados pessoais fornecidos como contraprestação, identificando-o como um pagamento em géneros, desde que fosse precisamente definido na Diretiva quanto ao seu conteúdo, condições e circunstâncias.

2.1.2.1. Direito fundamental à proteção de dados

O direito à proteção de dados é um direito fundamental, desde logo consagrado no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante "CDFUE") e no artigo 35º da Constituição da República Portuguesa (doravante "CRP").

---

[54] Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, "RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais", 2017, p. 57 ("A presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o operador fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais ou um serviço digital ao consumidor em troca do pagamento de um preço ou de dados pessoais fornecidos pelo consumidor ou recolhidos pelo operador ou por uma terceira parte em nome do operador").

[55] Ibid., p. 18-19. Nas alterações ao Considerando 13, foi sugerido que se adicionasse uma indicação de que "A presente diretiva não deve, de forma alguma, dar a impressão de que legitima ou encoraja uma prática baseada na monetização dos dados pessoais, uma vez que estes dados não podem ser comparados a um preço e, por conseguinte, não podem ser considerados um produto de base.".

[56] Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens», 2016, p.10.

Sendo um direito fundamental, à primeira vista, estaria excluída a hipótese de comercialização.

Este foi o maior argumento utilizado pela AEPD para se opor à utilização de dados pessoais como contrapartida contratual. Defendeu que uma utilização dos dados pessoais como contraprestação interferia com o artigo 8º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e com os princípios de proteção de dados, tal como estabelecidos no RGPD[57]. Esta preocupação foi sublinhada por alguma Doutrina e houve quem defendesse este argumento da AEPD, considerando que os consumidores não deveriam ser encorajados a negociar um direito fundamental, como pode acontecer na hipótese de um consumidor que não tenha outra alternativa para pagar pelo serviço ou conteúdo digital, pois facilmente irá oferecer os seus dados pessoais[58].

No entanto, também os direitos de personalidade são constitucionalmente protegidos (artigo 26º da CRP) e o Código Civil português permite a sua limitação voluntária, isto é, a sua restrição por via negocial, nos termos do seu artigo 81º. É com base no disposto neste artigo que se permite a celebração de negócios jurídicos que tenham por objeto direitos de personalidade[59]. Trata-se de direitos de personalidade patrimoniais, o que significa que assiste ao seu titular a possibilidade de deles retirar vantagem de caráter económico. Tal é o caso, por exemplo, da revelação de aspetos da vida privada ao público e aos meios de comunicação social, mediante remuneração[60]. Prática essa já totalmente aceite, o que demonstra que tanto os interesses económicos como os interesses morais podem coexistir, não entrando em

---

[57] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 7-9; European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", 2018, pp. 11-14.

[58] R. Robert; L. Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 162.

[59] P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 52-55.

[60] Por exemplo, um ator famoso que permite que a sua imagem e nome sejam usados em campanhas publicitárias ou modelos que celebram contratos em que permitem que as suas fotografias sejam publicadas. Nestes casos, o ator ou modelo não estão a vender a sua imagem ou nome, estão simplesmente a conceder à empresa um direito contratual de utilizar essa imagem ou nome mediante uma remuneração. *Vide*, R. Manko; S. Monteleone, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p.4.

contradição. Paralelamente, esta lógica pode (e deve) ser aplicada no que diz respeito aos dados pessoais. Ainda que com alguma cautela, inerente e necessária ao tema subjacente, cumpre sublinhar que o que está em causa não é a cedência dos dados pessoais através do seu fornecimento, mas antes uma limitação voluntária deste direito de personalidade do consumidor, o que permite a terceiros aceder ao seu círculo de reserva da vida privada correspondente[61].

Conforme salienta Menezes Cordeiro[62], na medida em que consubstanciam direitos subjetivos, os direitos de personalidade atribuem ao seu beneficiário posições de liberdade, o que implica que aquele possa dispor dos mesmos, mas não significa uma alienação definitiva. É certo que os dados pessoais são atributos de personalidade[63], visto que os direitos de personalidade visam proteger a identidade pessoal de um indivíduo. Há ainda quem defenda que a proteção de dados tem como objeto último, não um, mas diversos direitos de personalidade do titular dos dados[64].

A limitação voluntária dos direitos de personalidade é aceite quando não for contrária aos princípios de ordem pública ou ofensivo dos bons costumes[65] (arts. 81º *a contrario* e 280º do Código Civil). Ora, neste sentido, poder-se-ia colocar a questão de saber se uma eventual limitação voluntária ao direito da proteção de dados (i.e. a comercialização de dados) seria contrária à ordem pública. No entanto, esta é uma prática que se tornou bastante reconhecida na sociedade, o que levou à necessidade de resposta legislativa, assegurada com a publicação da Diretiva (UE) 2019/770, que veio prever e reger, entre outros, os contratos celebrados entre consumidores e profissionais, em que os dados pessoais funcionam como contraprestação.

---

[61] M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1843.

[62] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, 2007, p. 115.

[63] G. Versaci, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, 2018, p. 386.

[64] M. Miranda Barbosa, *Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação De Interioridade Constitutiva. Os Beneficiários Da Proteção E A Responsabilidade Civil*, 2017, p. 32.

[65] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, 2007, p. 117.

2.1.2.2. Compatibilidade com o RGPD

Poder-se-ia pensar que a hipótese de comercialização dos dados pessoais implicaria uma renúncia aos direitos conferidos pelo RGPD.

Vejamos. O direito à proteção dos dados pessoais não diz respeito ao secretismo dos mesmos, mas antes ao controlo que um sujeito tem sobre os seus próprios dados pessoais[66]. Deste modo, quando um consumidor celebra um contrato em que os seus dados pessoais são usados como contrapartida, mantém os direitos previstos no RGPD, não renunciando aos mesmos. De notar que, o RGPD, no artigo 13º, n.º 2, al. e) já previa que sobre o responsável pelo tratamento dos dados pessoais impende o dever de informar o seu titular se a comunicação de dados pessoais constitui (ou não) uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não os fornecer, o que demonstra que, efetivamente, o RGPD e a DCSD são compatíveis.

A Diretiva (UE) 2019/770 estabelece que o RGPD é aplicável a todos os dados pessoais recolhidos e tratados no âmbito dos contratos objeto da Diretiva, e ainda que, em caso de conflito com a DCSD, o RGPD prevalece[67]. Adicionalmente, o incumprimento do RGPD pode ainda resultar numa desconformidade contratual[68]. Isto significa que houve uma preocupação do legislador europeu em garantir que o consumidor que se assume como parte numa relação contratual deste tipo, não fica prejudicado nem privado dos seus direitos no que toca à proteção dos dados pessoais. Deste modo, mesmo celebrando um contrato em que os dados pessoais funcionem como contraprestação, o consumidor mantém os direitos previstos no RGPD, nomeadamente, o direito a retirar o consentimento (artigo 7º, n.º 3), o direito de acesso aos dados (artigo 15º), o direito ao esquecimento (artigo 17º), o direito de portabilidade dos dados (artigo 20º), entre outros.

É precisamente no direito que o consumidor tem de (unilateralmente) retirar o consentimento para o tratamento dos dados que encontramos um paralelo com o artigo 81º, n.º 2 do Código Civil, no que diz respeito

---

[66] G. Versaci, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, 2018, p. 390-392.

[67] Artigo 3º, n.º 8 e Considerandos 37 e 39 DCSD.

[68] Considerando 48 DCSD.

aos direitos de personalidade, o qual prevê que o titular do direito de personalidade pode sempre revogar o contrato unilateralmente[69].

Uma das preocupações salientadas pela AEPD foi a de enquadrar os dados pessoais fornecidos como contraprestação numa das finalidades legítimas para o tratamento de dados pessoais previstas no artigo 6º do RGPD[70]. Segundo o princípio da limitação das finalidades constante no artigo 5º, n.º 1, al. b) do RGPD, os dados pessoais são "recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades"[71]. O n.º 1 do artigo 6º do RGPD prevê uma lista exaustiva de seis situações em que é lícito o tratamento de dados pessoais. Assim, de modo a que o tratamento seja considerado válido, é necessário que se encontre preenchida, pelo menos, uma das alíneas do artigo 6º[72] como fundamento jurídico para o tratamento dos dados, o que será posteriormente comunicado pelo responsável pelo tratamento ao titular dos dados pessoais, de acordo com a al. c) do n.º 1 do artigo 13º do mesmo RGPD[73].

---

[69] M. Narciso, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão,* 2019, p. 146.

[70] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 14-15. European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", 2018, pp.16-17.

[71] De forma complementar, o princípio da minimização dos dados, consagrado no artigo 5º, n.º 1, al. c) do RGPD, prevê que os dados pessoais devem ser "adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados". Isto significa que deve ser prosseguido o tratamento do mínimo possível de dados para atingir a finalidade que justifica o seu tratamento. *Vide*, European Data Protection Board, "Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados", 2019, p. 7.

[72] No caso de o tratamento prosseguir vários propósitos, cada um deles deve basear-se numa das finalidades elencadas. E muitas vezes acontece que o tratamento dos dados obedece a mais do que uma das finalidades elencadas no n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 14.

[73] O artigo 13º, n.º 1, al. c) do RGPD prevê que as finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam, bem como o fundamento jurídico para o tratamento, devem ser informadas ao titular por parte do responsável pelo tratamento dos dados.

No âmbito dos contratos em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação, poder-se-ia pensar que a base jurídica para a licitude do seu tratamento poderia ser o consentimento do titular dos dados (artigo 6º, n.º 1, al. a)), a necessidade para execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte (artigo 6º, n.º 1, al. b)), o cumprimento de uma obrigação jurídica (artigo 6º, n.º 1, al. c)) ou o interesse legítimo do responsável pelo tratamento (artigo 6º, n.º 1, al. f)).

À primeira vista, a alínea b) pode parecer a mais adequada, uma vez que estamos perante um contrato em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação e, por isso, (aparentemente) necessários para a execução do contrato[74]. Langhanke pronunciou-se sobre esta questão, defendendo que a *ratio* deste preceito se prende com a necessidade de permitir que as partes num contrato possam cumprir todas as obrigações que decorrem do mesmo, ainda que tal inclua o tratamento de dados. Isto significa que, se os dados pessoais forem a obrigação total que decorre do contrato, esta alínea já não tem aplicabilidade[75]. Ora, no caso da al. b), do n.º 1, do artigo 6º do RGPD, os dados pessoais que podem caber aqui são, por exemplo, o fornecimento da morada por parte do consumidor para viabilizar a entrega de um bem comprado *online*[76], os dados de cartão de crédito do consumidor para pagamento de um serviço ou os dados relativos a uma preferência de viagem para reserva de um voo[77]. Isto significa que nesta alínea se incluem precisamente os casos que foram excluídos do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva[78] e, mais tarde, da versão final da Diretiva (UE) 2019/770[79].

---

[74] Conforme Considerando 44 do RGPD: "o tratamento deverá ser considerado lícito caso seja necessário no contexto de um contrato ou da intenção de celebrar um contrato".

[75] C. Langhanke; M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, 2015, p. 220.

[76] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 14-15.

[77] R. Robert; L. Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, pp. 167-168.

[78] O artigo 3º, n.º 4 da Proposta de Diretiva previa que "[a] presente diretiva não é aplicável aos conteúdos digitais fornecidos em troca de uma contrapartida que não dinheiro, na medida em que o fornecedor solicite ao consumidor que forneça dados pessoais cujo tratamento é estritamente necessário para a execução do contrato ou para satisfazer requisitos legais (...)".

[79] O artigo 3º, n.º 1, 2ª parte da DCSD prevê precisamente que a diretiva não se aplica "(...) se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva (...)".

O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º tinha já clarificado que era necessário interpretar restritivamente esta norma, no sentido em que não estarão abrangidas as situações em que o tratamento não é genuinamente necessário para a execução do contrato, mas sim unilateralmente imposto pelo responsável pelo tratamento dos dados[80], isto é, se o contrato puder ser executado sem a recolha e tratamento dos dados, os mesmos não devem ser considerados como "necessários para a execução do contrato"[81] e, por conseguinte, o tratamento vai ter de ser baseado noutra finalidade. Deverão ser tidas em consideração outras medidas alternativas e menos intrusivas. Caso se conclua que, para atingir o mesmo objetivo, podem ser utilizadas outras alternativas, então o tratamento não vai ser considerado como "necessário"[82]. Não obstante, a AEPD indicou que os dados pessoais fornecidos como contraprestação não poderiam ser considerados como necessários para a execução do contrato na aceção da al. b), do n.º 1 do artigo 6º[83], caso contrário, tal poderia incentivar os profissionais a exigirem dados pessoais dos consumidores como condição para acederem ao serviço ou conteúdo digital, enquanto tais dados não seriam estritamente necessários para o fornecimento dos mesmos[84].

Outro fundamento de licitude do tratamento dos dados pessoais pode ser a prossecução dos interesses legítimos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros (al. f) do n.º 1 do artigo 6º). A AEPD salientou que, neste caso, é necessário que se efetue um exercício de equilíbrio entre o interesse legitimo prosseguido pelo responsável pelo tratamento e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa[85] (tal como consagrado no

---

[80] Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of the Directive 95/46/EC, 2014, p. 16.

[81] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 14.

[82] *Vide*, Ac. do TJUE (Grande secção) de 9/11/2010 e, ainda, European Data Protection Board, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, al. b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, 2019, pp. 8-9.

[83] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p.15.

[84] R. Robert; L. Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, pp. 167-168.

[85] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 17.

Considerando 47 do RGPD[86]), pelo que será mais difícil o preenchimento desta alínea como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais fornecidos como contraprestação. Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante "TJUE") pronunciou-se sobre esta questão, deixando claro que os direitos fundamentais do titular dos dados pessoais prevalecem, em regra, sobre os interesses económicos de um operador[87].

A Diretiva (UE) 2019/770 não se aplica caso os dados pessoais facultados pelo consumidor sejam tratados pelo profissional exclusivamente para cumprir com os requisitos legais a que está sujeito[88], o que coincide com o disposto na al. c), do n.º 1, do artigo 6º do RGPD – o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento de dados esteja sujeito. Assim, esta alínea estará excluída como hipótese de fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais no contexto da DCSD[89].

O tratamento dos dados pessoais também pode ser lícito se for baseado no consentimento do titular dos dados para o tratamento dos mesmos (artigo 6º, n.º 1, al. a))[90]. A DCSD, no Considerando 38, prevê que, caso o tratamento de dados pessoais seja consentido nos termos do artigo 6º, n.º 1, al. a) do RGPD, serão aplicadas as normas específicas desse diploma, incluindo as condições para avaliar se o consentimento é dado livremente. Segundo o n.º 11 do artigo 4º do RGPD, entende-se por consentimento "uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco,

---

[86] O Considerando 47 estabelece que "[o]s interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular (...)", dando como exemplo de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta.

[87] Ac. do TJUE (Grande secção), de 13/05/2014, parágrafos 81, 97 e 99.

[88] Artigo 3º, n.º 4 da Proposta de Diretiva e artigo 3º, n.º 1, 2ª parte da DCSD.

[89] À primeira vista poderia parecer que uma obrigação contratual (ao abrigo de um contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais) seria considerada como uma obrigação jurídica na aceção da alínea c), do n.º 1, do artigo 6º. No entanto, as obrigações contratuais, como vimos, estão previstas na alínea b) do mesmo artigo, pelo que a sua repetição não faria qualquer sentido. *Vide*, R. Manko; S. Monteleone, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p.9.

[90] E, também, nos Considerandos 40 e 42.

que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento"[91]. O artigo 7º providencia requisitos adicionais aplicáveis ao consentimento, nomeadamente, no n.º 2 é requerido que, caso o consentimento seja dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos (como no caso de um contrato), o consentimento tem de ser dado em separado do consentimento necessário para a conclusão do contrato. O ónus da prova do preenchimento das condições para a prestação de um consentimento válido recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados[92].

Há ainda quem defenda que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação poderia violar o artigo 7º, n.º 4 do RGPD[93] [94], o qual prevê que, "ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato" [sublinhados nossos][95]. Tendo em consideração a letra da lei no n.º 1 do artigo 3º da DCSD[96], parece efetivamente existir uma contradição entre o RGPD e a DCSD, ou melhor, o artigo 7º, n.º 4 do RGPD parece, à primeira vista, considerar que não existe livre consentimento para o tratamento de dados pessoais quando não sejam necessários para a execução do contrato. No entanto, tal como defendido por Metzger[97],

---

[91] O Considerando 32 esclarece ainda que, caso o consentimento tenha de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, "esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido".

[92] Artigo 7º e Considerandos 32, 42 e 43 RGPD.

[93] A AEPD criticou precisamente este ponto. European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", pp. 16 e 17. European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 15 e 16; R. Manko; S. Monteleone, *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, 2017, p. 8.

[94] E também o Considerando 43 do RGPD.

[95] Sublinhados nossos.

[96] O qual prevê que "[a] presente diretiva é igualmente aplicável sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva (...)".

[97] A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?,* 2017, pp. 4-5.

o RGPD não prevê uma nítida proibição no artigo 7º, n.º 4, antes pelo contrário, ao utilizar o conceito da necessidade de "verificar com a máxima atenção", está de facto a conceder ao intérprete uma certa flexibilidade na interpretação. De facto, e de acordo com Metzger[98], este artigo pode ser interpretado no sentido de ser necessária uma atenção redobrada quanto à voluntariedade do consentimento dado pelo consumidor no âmbito de uma relação contratual, isto é, ter a certeza que o consentimento foi dado livremente numa situação deste tipo.

A base jurídica para a licitude do tratamento vai sempre depender de uma análise contratual caso a caso, não obstante, o consentimento do titular dos dados pode (e normalmente vai) consistir numa base jurídica alternativa adequada para os profissionais procederem ao tratamento dos dados em conformidade com o RGPD (artigo 6º, n.º 1, al. a)), desde que preenchidos os requisitos impostos pelo RGPD para um consentimento válido. De notar que uma simples declaração do profissional a indicar que os dados pessoais são utilizados como contraprestação não é suficiente para satisfazer os requisitos de uma informação específica, exigidos pelo artigo 13º do RGPD[99], que tem de ser prestada aos titulares dos dados pessoais para que compreendam as diferentes utilizações e finalidades de tratamento dos seus dados[100].

2.1.2.3. Prática comercial desleal

É ainda de descartar a hipótese de os contratos em que os dados pessoais são fornecidos como contraprestação pressuporem, por si só, uma prática comercial desleal do profissional.

O que poderia estar aqui em causa seria uma prática considerada enganosa em qualquer circunstância[101], na aceção do artigo 8º, al. z) do

---

[98] Ibid.

[99] Nomeadamente, as als. c) e e) do n.º 2, do art. 13º e a al. d) do n.º 1 do art. 13º, que dizem respeito às informações que devem ser prestadas ao titular no contexto dos fundamentos do tratamento de dados pessoais previstos no art. 6º.

[100] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 14.

[101] N. Helberger; F. Zuiderveen Borgesius; A. Reyna, *The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between Eu Consumer Law And Data Protection Law,* 2017, p. 12-13.

Decreto-Lei n.º 57/2008[102]: "Descrever o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega"[103].

A Comissão Europeia pronunciou-se sobre esta questão, esclarecendo que "a comercialização de tais produtos como «gratuitos» sem informar os consumidores de que forma as suas preferências, dados pessoais e conteúdos gerados pelo utilizador serão utilizados é suscetível de, em algumas circunstâncias, ser considerada uma prática enganosa"[104-105]. Ou seja, a questão que aqui se coloca respeita à clareza da informação prestada pelo profissional ao consumidor e não, à prática do fornecimento de dados pessoais como contraprestação. Isto é, se o profissional claramente especificar nos "termos e condições" do conteúdo ou serviço digital que, apesar de não ser necessário pagar um preço pelo produto, o consumidor estará a fornecer dados pessoais para além dos necessários para a execução do contrato, não será considerada uma prática comercial desleal. De facto, esta falta de informação por parte do profissional poderá também ser considerada uma omissão enganosa, ao abrigo do artigo 9º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

2.1.2.4. Questões ultrapassadas

Até à publicação da Diretiva (UE) 2019/770, houve ainda algumas questões que foram sendo suscitadas quanto à Proposta de Diretiva, nomeadamente no que diz respeito ao âmbito de aplicação da mesma e aos dados pessoais fornecidos como contraprestação, em particular. Estas

---

[102] Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço.

[103] Também na prática n.º 20 do Anexo I à Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

[104] Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às Práticas Comerciais Desleais, p. 103.

[105] No mesmo sentido: Commission Staff Working Document, Report of the Fitness Check, 2017, p.89.

questões foram posteriormente ultrapassadas com a publicação da versão final da Diretiva.

A AEPD tinha chamado a atenção para a definição de "dados pessoais" constante no artigo 4º, n.º 1 do RGPD, a qual seria suficientemente lata para abranger (quase) todos os dados fornecidos pelo consumidor ao fornecedor de serviços e conteúdos digitais, tornando-se redundante a diferenciação entre "dados pessoais" e "quaisquer outros dados" constante do artigo 3º, n.º 1 da Proposta de Diretiva[106] [107]. Esta questão também não foi pacífica e enquanto, por um lado, houve quem se pronunciasse no mesmo sentido que a AEPD[108], houve também quem concordasse com a opção da Proposta de Diretiva em incluir no âmbito de aplicação uma referência tanto aos "dados pessoais" como a "quaisquer outros dados", com receio de deixar sem proteção o consumidor que fornecesse "dados não pessoais", apesar de se reconhecer que seria muito complexo proceder a uma delimitação e diferenciação dos dois "tipos" de dados[109]. Ainda assim, o legislador europeu parece ter tido em consideração a opinião da AEPD e, na versão final da Diretiva, foi excluída a referência a "quaisquer outros dados"[110].

O CESE, no seu Parecer[111], alertou para a falta de clareza quanto às situações em que a Diretiva não tem aplicabilidade, isto é, situações em que é necessária a recolha de dados pessoais para execução do contrato ou cumprimento das normas legais, aconselhando que a Diretiva se aplicasse

---

[106] "(...) em contrapartida, é pago um preço ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados".

[107] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, p. 9-11.

[108] Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p. 57; R. Robert; L. Smit, *The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law*, 2018, p. 165.

[109] A. Metzger; Z. Efroni; L. Mischau; J. Metzger, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, 2018, p. 95.

[110] *Vide*, artigo 3º, n.º 1, 2ª parte DCSD.

[111] Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens», 2016.

a todos os conteúdos e serviços digitais que fossem fornecidos mediante a contrapartida de dados pessoais, deixando a cargo do fornecedor a demonstração de que os mesmos se destinam à execução do contrato ou cumprimento de normas legais, se esse for o caso[112]. No entanto, esta sugestão não foi apoiada pela Comissão, que optou, na versão final da Diretiva, por excluir do âmbito de aplicação da mesma as situações mencionadas, deixando, contudo, aos EM a liberdade de alargar a aplicação da Diretiva a essas situações ou de as regular de outro modo[113]. De notar que esta tinha sido uma das propostas feitas pelo Conselho nas suas orientações gerais[114].

No Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, foi ainda recomendado que a Proposta de Diretiva se aplicasse não só a conteúdos, mas também a serviços digitais[115]. Esta sugestão foi mencionada noutros relatórios[116] e pareceres, em especial pela AEPD[117], que referiu já ter existido uma Proposta da Comissão nesse sentido mas que tinha acabado por ser abandonada pela mesma[118]. A AEPD expôs, ainda, como exemplos de serviços digitais, as plataformas de redes sociais e serviços de computação em nuvem, e o Conselho sugeriu como exemplos o *software* enquanto serviço (como processamento de texto, jogos, edição de ficheiros de vídeo e áudio) disponibilizado no ambiente de computação

---

[112] Ibid., pp. 10-11.

[113] Considerando 25 e artigo 3º, n.º 1 DCSD.

[114] Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p. 8.

[115] Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, p. 16.

[116] *Vide*, em especial, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, "RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais", 2017, pp. 19-20, 53, 57; Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, pp. 4, 8.

[117] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp. 5-6.

[118] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM/2011/0635 final *in* Síntese do Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, 2017, p. 2.

em nuvem e a partilha e armazenamento de dados[119]. A versão final da Diretiva acabou por sujeitar ao seu âmbito de aplicação não só conteúdos digitais, mas também serviços digitais[120].

2.2. Versão Final – Adoção Da Diretiva (UE) 2019/770

À Proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em 2015, seguiram-se os Pareceres da CESE (em 2016) e da AEPD (em 2017). O Conselho adotou a sua posição nas orientações gerais, em junho de 2017. Em 2017 teve lugar, também, a primeira leitura do Parlamento Europeu, aprovada em março de 2019, seguida da aprovação pelo Conselho em primeira leitura, quase um mês depois. A 20 de maio de 2019, o Parlamento Europeu e o Conselho assinaram a Proposta de Diretiva que a 22 de maio de 2019 foi publicada.

As questões anteriormente suscitadas ficaram resolvidas com a publicação da DCSD. Optou-se por retirar a menção aos dados pessoais fornecidos "ativamente" e por se evitar a utilização da expressão "contraprestação" diretamente relacionada com os dados pessoais. Por quanto se expôs, a hipótese de considerar os dados pessoais como contraprestação poderia implicar considerá-los ou não como comerciáveis. Contudo, o facto de o legislador ter optado por evitar o uso da expressão "contraprestação" diretamente afetada aos dados pessoais, não significa que os dados pessoais, nestes contratos, deixem de ser considerados como uma contraprestação[121]. Esta questão tem vindo a ser ultrapassada e torna-se cada vez mais clara, com o aumento de decisões jurisprudenciais nesta matéria. De entre tais arestos, merece destaque a decisão adotada no Conselho de Estado Italiano[122] quanto a um litígio relativo a um caso de práticas comerciais desleais no

---

[119] Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 2017, p. 4.

[120] Artigo 3º, n.º 1 DCSD.

[121] A intenção do legislador foi apenas a de não espelhar um incentivo à prática baseada na monetização de dados pessoais, tendo em conta todas as críticas e opiniões prestadas quanto a este assunto, conforme referido *supra*.

[122] Ac. do Conselho de Estado Italiano (secção VI) de 29/03/2021.

qual o Facebook estava envolvido e no âmbito do qual se decidiu que os serviços do Facebook não eram fornecidos a título gratuito, mas sim em contraprestação do fornecimento de dados pessoais pelo consumidor, o que significou considerar como aplicável a legislação de Direito do Consumo[123].

2.2.1. Âmbito de aplicação objetivo

Estão sujeitos ao âmbito de aplicação da DCSD os contratos de consumo que tenham por objeto conteúdos ou serviços digitais[124]. Entende-se por *conteúdo digital* os "dados produzidos e fornecidos em formato digital"[125], nele se incluindo, nomeadamente, programas informáticos, aplicações (como, por exemplo, a Netflix ou o Spotify), ficheiros de vídeo, de áudio e de música, jogos digitais, livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas[126]. São também considerados conteúdos digitais aqueles que são concebidos à medida dos requisitos específicos do consumidor e os programas informáticos personalizados[127]. Já um *serviço digital* pode ser definido como "um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital"[128] ou "um serviço que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço"[129], o que abrange, designadamente, a partilha de ficheiros de vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros (como o YouTube, por exemplo), o processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem (como a Dropbox ou o Google Drive), bem como as redes sociais (como o Facebook, o Instagram, o Twitter, entre outros)[130]. Também

---

[123] O Conselho de Estado Italiano (*Consiglio di Stato*) classificou como uma prática comercial enganosa o facto de o Facebook apresentar os seus serviços como gratuitos quando na verdade não o eram. D. Matera, *Personal Data as Counter-Performance and Consumer Protection: An Unfair Commercial Practices Italian Decision*, 2021.

[124] Artigo 3º DCSD.

[125] Artigo 2º, n.º 1 e Considerandos 19, 20, 21 e 26 DCSD.

[126] Considerando 19 DCSD.

[127] Artigo 3º, n.º 2 e Considerando 26 DCSD.

[128] Artigo 2º, n.º 2 al. a) DCSD.

[129] Artigo 2º, n.º 2 al. b) DCSD.

[130] Considerando 19 DCSD.

se inserem no conceito de serviço digital, os serviços de comunicações interpessoais independentes do número (como, por exemplo, o correio eletrónico e os serviços de mensagens em linha)[131] e os serviços de televisão digital[132].

Também se encontram submetidos ao âmbito de aplicação da Diretiva, o fornecimento de ficheiros eletrónicos necessários no contexto de impressões de bens em 3D, desde que sejam abrangidos pela definição de conteúdos ou serviços digitais[133], e ainda os conteúdos ou serviços digitais que constituam um dispositivo médico que possa ser obtido pelo consumidor sem prescrição ou fornecimento por um profissional de saúde, como é o caso das aplicações de saúde (por exemplo, o MyCUF)[134].

A Diretiva é aplicável independentemente do meio utilizado para a transmissão ou acesso aos conteúdos ou serviços digitais, que pode ser feita através de um suporte material (como um CD ou uma USB), de descarregamentos (*downloads*) efetuados pelo consumidor para o seu dispositivo, de difusões em linha (como no caso do *streaming*), de concessão de acesso a unidades de armazenamento de conteúdos digitais ou de acesso à utilização de redes sociais[135]. Na circunstância de os conteúdos digitais serem fornecidos num suporte material (por exemplo, num DVD, num CD, numa chave USB ou num cartão de memória), a Diretiva aplica-se não só ao conteúdo digital em causa, mas também ao suporte material, desde que este último funcione exclusivamente como meio de disponibilização do conteúdo digital[136].

No caso de o conteúdo ou serviço digital ser fornecido conjuntamente com outros bens ou serviços no mesmo contrato (como acontece habitualmente com o fornecimento de televisão digital e a aquisição de equipamento eletrónico), a Diretiva só deverá ser aplicável aos elementos do contrato que consistirem no fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e apenas

---

[131] Considerando 28 DCSD.

[132] Considerando 31 DCSD.

[133] Considerando 26 DCSD.

[134] Considerando 29 DCSD.

[135] Considerando 19 DCSD.

[136] Artigo 3º, n.º 3 e Considerando 20 DCSD. No entanto, neste caso, à obrigação de fornecimento do profissional e aos meios de ressarcimento ao consumidor em caso de não fornecimento, deverá aplicar-se a Diretiva 2011/83/UE, tal como as respetivas normas relativas ao direito de retenção e à natureza do contrato.

na situação em que os diferentes elementos do pacote são oferecidos pelo mesmo profissional ao mesmo consumidor, ao abrigo de um contrato único[137].

Relativamente aos *bens com elementos digitais*, estes consistem em "qualquer bem móvel tangível que incorpore um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções"[138]. Aqui se compreendem os computadores, os *smartphones*, os *smartwatches* ou os chamados *self-driving cars*[139]. Nesta situação, o conteúdo ou serviço digital que é incorporado no bem não vai estar abrangido pelo âmbito de aplicação da DCSD, sendo-lhe antes aplicável a Diretiva (UE) 2019/771[140], caso o conteúdo ou serviço digital seja fornecido com o bem, ao abrigo de um contrato de compra e venda relativo a esse mesmo bem. Já na hipótese em que o conteúdo ou serviço digital, incorporado ou interligado, não impeça o bem de desempenhar as suas funções, ou caso o consumidor celebre um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e venda relativo a bens com elementos digitais, esse contrato já será distinto do contrato de

---

[137] Trata-se, neste caso, de um pacote de diferentes elementos, no qual o contrato entre o consumidor e o profissional inclui elementos de um contrato para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e elementos de outros tipos de contrato, como os contratos de compra e venda de bens ou de serviços. Artigo 3º, n.º 6 e Considerandos 33, 34 e 35 DCSD.

[138] Artigo 2º, n.º 3 e Considerandos 21 e 22 DCSD.

[139] Pense-se, por exemplo, no contrato de compra e venda de um *smartphone* ou telemóvel inteligente que vem com uma aplicação pré-instalada, como acontece com as aplicações de alarme ou de câmara. Ou ainda no caso do *smartwatch* (relógio inteligente) que, para desempenhar a sua função necessita de uma aplicação a ser fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada para o telemóvel do consumidor. Nesta última hipótese, a aplicação será o elemento digital interligado e o próprio relógio o bem que integra elementos digitais. *Vide*, Considerando 21, 2ª parte DCSD.

[140] Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE. Artigo 3º, n.º 4 e Considerandos 20 e 21 DCSD. A DCSD e a Diretiva (UE) 2019/771 são complementares. De forma a corresponder às expetativas dos consumidores e proporcionar aos profissionais um regime jurídico simples e bem definido, devem ser consideradas conjuntamente. Aliás, a opção da maior parte dos EM aquando da transposição da DCSD foi a de transpor as duas diretivas num só diploma, correspondendo assim à coerência pretendida.

compra e venda dos bens e, por sua vez, a DCSD já poderá ser aplicada ao mesmo[141].

A Diretiva (UE) 2019/770 prevê ainda, no seu âmbito de aplicação, os contratos em que "(...) o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional", com a exceção dos casos em que "os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins"[142].

Em causa estão duas situações distintas: (i) contratos em que o profissional fornece conteúdos ou serviços digitais e, como *contrapartida*, o consumidor faculta dados pessoais (em alternativa ou adicionalmente ao preço habitualmente pago)[143]; (ii) situações em que o consumidor faculta dados pessoais, não como contrapartida do conteúdo ou serviço digital, mas sim em *complemento* do preço pago. Esta última hipótese subdivide-se em várias possibilidades: por um lado, temos situações em que o profissional procede ao tratamento de dados pessoais fornecidos pelo consumidor *apenas* porque tal é necessário para o correto funcionamento ou disponibilidade do conteúdo ou serviço digital fornecido. Pense-se, por exemplo, no caso em que o consumidor fornece o endereço de e-mail, a fim de o profissional

---

[141] Mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o profissional terceiro. Pense-se na hipótese em que o consumidor descarrega para o seu *smartphone* uma aplicação (como um jogo, por exemplo) de uma loja de aplicações (*App Store* ou *Play Store*, por exemplo), neste caso o contrato de fornecimento da aplicação (do jogo) é distinto do contrato de compra e venda do próprio *smartphone*, pelo que a Diretiva (UE) 2019/771 seria aplicável ao contrato de compra e venda do telemóvel inteligente e a DCSD seria aplicável ao fornecimento da aplicação de jogo. Considerando 22 DCSD.

[142] Artigo 3º, n.º 1, 2ª parte DCSD.

[143] Neste caso, os dados pessoais fornecidos pelo consumidor vão ser utilizados para outros fins que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei. Pense-se, por exemplo, na situação em que é fornecido um *ebook* e, em troca, o consumidor fornece dados pessoais, tais como o tempo que despende a ler cada capítulo, a frequência com que acede ao *ebook*, a sua localização, etc.

poder disponibilizar o conteúdo digital[144]; Por outro lado, temos situações em que o profissional apenas procede ao tratamento dos dados pessoais disponibilizados pelo consumidor para o cumprimento de requisitos legais[145].

Posto isto, é de mencionar que a Diretiva europeia apenas se aplica às situações identificadas em (i), isto é, quando os dados pessoais fornecidos pelo consumidor são recolhidos e tratados pelo profissional para outros fins que não a execução do contrato e o cumprimento da lei, ou seja, contratos em que o consumidor fornece dados pessoais como contrapartida do conteúdo ou serviço fornecido pelo profissional. Ficam ainda de fora do âmbito de aplicação da Diretiva, os metadados recolhidos pelo profissional[146] e anúncios a que o consumidor esteja exposto exclusivamente para aceder a conteúdos ou serviços digitais[147]. De notar que os EM, todavia, são livres de alargar o âmbito de aplicação da Diretiva a estas circunstâncias ou de as regular de modo distinto[148].

Contudo, situações há em que os dados fornecidos por um consumidor em contrapartida de um conteúdo ou serviço digitais são os mesmos e na mesma quantidade quer se trate de um serviço "gratuito" ou pago[149]. Nestes casos, em que o consumidor fornece dados pessoais e paga um preço pelo

---

[144] Esta exceção de aplicação da Diretiva poderá ter de ser densificada. Pense-se na hipótese de uma rede social como o Instagram. Neste caso, o fornecedor da rede social pode justificar a necessidade de acesso a fotografias do consumidor como necessário para o correto funcionamento do objeto do contrato, uma vez que esta rede social serve essencialmente para a publicação *online* de fotografias e vídeos.

[145] *Vide*, Considerando 25 DCSD, que apresenta como exemplo os casos em que o registo do consumidor é exigido pela legislação aplicável para fins de segurança e de identificação.

[146] Isto é, dados sobre dados, como por exemplo, informações relativas ao dispositivo do consumidor ou ao seu histórico de navegação. No entanto, caso esta situação seja considerada um contrato ao abrigo do direito nacional, a DCSD já será aplicável, conforme Considerando 25 DCSD.

[147] Considerando 25 DCSD.

[148] Considerando 16 DCSD.

[149] Veja-se, neste caso, a política de privacidade do *Spotify* na subscrição de um serviço "*premium*" em que o consumidor paga um valor monetário e na subscrição de um serviço "gratuito" sem o fornecimento de qualquer valor monetário, sendo que, em ambos os casos, são fornecidos dados pessoais: https://www.spotify.com/pt/legal/privacy-policy/#s4. *Vide*., M. Narciso, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 138-139.

conteúdo ou serviço digital[150], independentemente de os dados serem recolhidos e tratados pelo profissional para outros fins que não a execução do contrato e o cumprimento da lei, estão também submetidos ao âmbito de aplicação da presente Diretiva[151].

2.2.2. Análise do contrato à luz do direito nacional português

2.2.2.1. Classificação do contrato

Uma vez ultrapassada a questão de saber se é ou não possível celebrar contratos em que o consumidor "vende" os seus dados pessoais a troco de um conteúdo ou serviço, cabe esclarecer a classificação do contrato subjacente. A DCSD deixou à consideração dos EM a determinação da natureza do contrato[152]. Cabe-nos, assim, adiantar alguns aspetos relevantes quanto à classificação do contrato. A dúvida surge em saber se estamos perante um contrato oneroso ou gratuito, sinalagmático ou não-sinalagmático, de compra e venda ou de permuta. Não obstante, algumas considerações prévias são necessárias para o melhor desenvolvimento da questão.

2.2.2.1.1. Contrato sinalagmático e não-sinalagmático

A distinção entre contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos[153] assenta na existência ou não de reciprocidade de obrigações. Assim, os

---

[150] Como é o caso de uma aplicação (*app*) que o consumidor descarrega da *Apple App Store* ou da *Google Play Store* para o seu dispositivo, em troca do pagamento de um preço (a título de exemplo, €1,97), em que o mesmo se vê obrigado a fornecer dados pessoais de forma a que a aplicação funcione corretamente. Ou ainda, no caso de o consumidor descarregar um jogo para o seu dispositivo, a título "gratuito" (isto é, sem a necessidade de pagamento de um preço) e como contraprestação fornece dados pessoais não necessários à execução do contrato, no entanto paga adicionalmente um preço, de forma a ter acesso a um conteúdo mais completo ou para aceder aos níveis 8 a 12 do jogo, por exemplo.

[151] Tal pode ser retirado do Considerando 67, onde se prevê que "(...) Nos casos em que paga um preço e fornece dados pessoais, o consumidor deverá ter direito a todas as vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade (...)".

[152] Considerando 12.

[153] A doutrina tende a denominar os contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos como bilaterais e unilaterais, respetivamente. *Vide*, neste sentido, M.J. Almeida Costa, *Direito*

contratos são sinalagmáticos quando "impliquem prestações recíprocas, de tal modo que as partes se apresentem, simultaneamente, como credora e devedora uma da outra"[154], sendo o sinalagma a relação de reciprocidade entre uma prestação e uma contraprestação. Os contratos sinalagmáticos pressupõem, por isso, que a prestação de uma das partes constitua a razão de ser da sua contraprestação. Já nos contratos não-sinalagmáticos a reciprocidade de prestações é inexistente.

A título de exemplo, considera-se o contrato de compra e venda como sinalagmático, na medida em que ambas as partes são credoras e devedoras, neste caso, da coisa e do preço (artigo 879º, als. b) e c) do Código Civil); e considera-se o contrato de doação como não-sinalagmático, uma vez que não existe reciprocidade de prestações. Atendendo ao disposto do artigo 940º, n.º 1 do Código Civil, sendo a doação um contrato pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um Direito em benefício de outra, é certo que não existem aqui prestações recíprocas.

A classificação do contrato como sinalagmático ou não-sinalagmático vai ter implicações a nível da identificação (e aplicação) do regime subjacente. Um dos aspetos de regime que se baseia no sinalagma é a faculdade que cada parte tem de recusar a sua prestação enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo. Trata-se da figura da exceção de não cumprimento do contrato (artigo 428º do Código Civil)[155]. Outros aspetos patentes no regime dos contratos sinalagmáticos são, nomeadamente, a possibilidade de o contraente fiel resolver o contrato caso a outra prestação se torne impossível (trata-se do caso da condição resolutiva tácita, presente no artigo 801º, n.º 2 do Código Civil), e ainda o

---

das Obrigações, 2009, pp. 360-367. Menezes Cordeiro tende a afastar essa equiparação que encontrou fundamento no Código de Seabra, defendendo que, com a receção do instituto do negócio jurídico, tal denominação perdeu o sentido, uma vez que o próprio contrato, por si só, é um negócio bilateral. Assim, a dicotomia bilateral e unilateral aplica-se apenas aos negócios, já os contratos são todos bilaterais. *Vide*, A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 195-198. No mesmo sentido, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, p. 196; J. Oliveira Ascensão, *Direito Civil Teoria Geral*, 2002, pp. 312-314 e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª edição. Almedina, 2010, pp. 445-446.

[154] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 194-195. No mesmo sentido, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198, considerando que ambas as partes ficam simultaneamente na posição de credores e devedores.

[155] Esta questão vai ser desenvolvida *infra*, no ponto 3.3.

disposto no artigo 795º, n.º 1 do Código Civil, segundo o qual, caso uma das prestações das partes se torna impossível, fica a outra parte exonerada da contraprestação.

Nos contratos celebrados no âmbito da DCSD, o profissional, por um lado, fornece (ou se compromete a fornecer) um conteúdo ou serviço digital, e o consumidor, por outro lado, faculta (ou se compromete a facultar) dados pessoais ao profissional[156]. Nestes contratos, a prestação de uma das partes só vai surgir em função do surgimento da contraprestação da contraparte. Isto significa que o sinalagma se estabelece entre os dados pessoais e o conteúdo ou serviço digital. Assim, a prestação do profissional é dependente, correlativa e recíproca da contraprestação do consumidor e vice-versa, apresentando-se as partes como credoras e devedoras uma da outra, isto é, o profissional é devedor do fornecimento do conteúdo ou serviço digital e credor dos dados pessoais do consumidor; por seu lado, o consumidor é devedor dos seus dados pessoais e credor do conteúdo ou serviço digital. A reciprocidade das prestações manifesta-se precisamente no facto de o contrato só subsistir com ambas as obrigações prestadas, de tal modo que, caso o profissional não cumpra com a sua prestação, o consumidor pode, no limite, resolver o contrato. Depreende-se assim, que um contrato celebrado no âmbito da DCSD deve classificar-se como um contrato sinalagmático.

2.2.2.1.2. Contrato a título oneroso e a título gratuito

Enquanto a sinalagmaticidade se centra na reciprocidade das prestações, a onerosidade do contrato coloca-se na intenção de equilíbrio patrimonial das partes. Assim, pode não haver correspondência entre as duas noções e um contrato oneroso classificar-se como não-sinalagmático[157]. No entanto,

---

[156] Para efeitos do presente estudo, vamos apenas cingir-nos à classificação do contrato na hipótese em que o consumidor fornece (ou se compromete a fornecer) dados pessoais, pois é nesse contrato que assenta a problemática em questão.

[157] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 203 considera que o mandato gratuito (artigo 1158º do Código Civil) é não-sinalagmático, mas que não pode ser considerado como uma liberalidade (apesar da sua designação), uma vez que defende não existir uma saída patrimonial do mandatário para o mandante. No mesmo

os contratos sinalagmáticos tendem a ser sempre onerosos, uma vez que "ao gerarem obrigações recíprocas para ambas as partes, implicam sempre atribuições patrimoniais para ambas"[158].

Os contratos onerosos implicam, em relação de correspetividade[159], esforços económicos e vantagens correlativas[160] para ambas as partes. Assim, nestes contratos, cada uma das prestações é contrapartida da outra[161]. Conforme salienta Pais de Vasconcelos, "os contratos onerosos são aqueles em que é estipulado um sistema de contrapartidas. (...) A contrapartida é o correspetivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor de modo a que, pelo menos tendencialmente, na perspetiva das partes, a equilibre"[162]. Exemplo típico de um contrato oneroso é o contrato de compra e venda (artigo 874º do Código Civil), em que ambas as partes realizam atribuições patrimoniais recíprocas, que se concretizam em prejuízos na sua esfera privada. Ao pagar o preço, o comprador sofre um prejuízo monetário e o vendedor, ao fornecer o bem, sofre um prejuízo ao abdicar do mesmo[163].

Por contraposição, o contrato gratuito implica atribuições patrimoniais apenas a uma das partes[164], não existindo contrapartida pela prestação realizada. A diferença nos contratos gratuitos é precisamente o facto de que uma das partes apenas retira vantagens e a outra parte sacrifícios, pelo menos no seu património. Isto é, "o empobrecimento do património de

---

sentido, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200, que considera que os contratos reais *quoad constitutionem* podem ser onerosos não sendo sinalagmáticos, na medida em que a atribuição patrimonial de uma das partes não consista na assunção de uma obrigação, mas antes coincida com a celebração do contrato, tal como no caso do mútuo oneroso (artigo 1145º do Código Civil).

158 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-199.

159 C. Mota Pinto, A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-403 constatam ainda que a atribuição patrimonial pode traduzir-se, no entanto, na produção de um efeito jurídico, como a transferência ou constituição de um direito real, por exemplo.

160 A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 201.

161 Cada uma das partes faz atribuições patrimoniais que são retribuídas pela atribuição da contraparte. C. Mota Pinto, A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-403.

162 P. Pais De Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 447-448.

163 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200.

164 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 198-200.

uma das partes corresponde, em regra, ao enriquecimento do património da outra"[165].

Um elemento considerado importante na doutrina, aquando da classificação do contrato como oneroso ou gratuito, é a intenção das partes[166]. Neste sentido, para que um contrato seja considerado como verdadeiramente gratuito, é necessário que exista um espírito de liberalidade, isto é, que esteja presente uma intenção de dar (o chamado *animus donandi*)[167].

Existe, porém, uma situação dúbia que divide a doutrina quanto à sua classificação como um contrato gratuito. Trata-se do caso das doações modais ou oneradas com encargos (artigo 963º do Código Civil), nas quais o donatário fica obrigado à realização de determinada prestação no interesse do doador, de terceiro, ou mesmo do próprio donatário[168]. Parte da doutrina defende que, nesta hipótese, uma vez que o donatário suporta também sacrifícios para além das vantagens, o contrato é considerado oneroso para o donatário e gratuito para o doador[169]. Em sentido contrário, Menezes

---

[165] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 201.

[166] *Vide*, C. A. MOTA PINTO; A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, pp. 400-401; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 201-203.

[167] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, p. 202 defende que é necessário que as partes estipulem e queiram de livre vontade que se trate de um contrato gratuito. Um contrato não é considerado gratuito na hipótese de se revelar imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra, pois, neste caso, apenas se verifica um contrato em desequilíbrio. Neste sentido também, M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 367-370 e L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13. Este último autor defende que, num contrato de compra e venda, caso a intenção das partes for a atribuição de um enriquecimento a uma delas, como no caso de uma alienação de bens por um preço simbólico ou muito inferior ao valor de mercado, com fins de liberalidade, não estará em causa um contrato de compra e venda mas sim um contrato misto de venda e doação.

[168] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 187-189 considera, portanto, que pode assim revestir a natureza de uma obrigação em sentido técnico ou a de um mero ónus jurídico.

[169] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 201 e 202. No mesmo sentido, M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 367-370, admitindo, porém, que caso o sacrifício suportado pelo donatário fique aquém da atribuição patrimonial que o doador lhe faz, será um contrato gratuito. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 447-448 defende que neste caso se trata de um negócio mais ou menos gratuito.

Leitão sustenta que, neste caso, não se pode considerar como um contrato oneroso, na medida em que o encargo não se traduz na contrapartida da atribuição patrimonial do doador, mas sim numa restrição ao benefício resultante da mesma[170]. Partilhando da mesma opinião, Pires de Lima e Antunes Varela caracterizam os encargos na doação como uma mera cláusula acessória que opera como limitação à liberalidade e não como um correspetivo da mesma[171]. No mesmo sentido, Mafalda Miranda Barbosa, considera que, na doação modal, o *animus donandi* persiste, havendo sempre a vontade do doador em beneficiar a contraparte, o que significa que a natureza gratuita vai sempre prevalecer[172].

Tendemos a concordar com a segunda corrente doutrinária acima exposta. Efetivamente, a doação com encargos não deixa de ser considerada uma doação e, consequentemente, abranger todos os elementos constitutivos desta figura, a saber: o espírito de liberalidade, concretizado na vontade do doador em beneficiar o donatário; uma diminuição no património do doador; e uma atribuição patrimonial geradora de enriquecimento para a contraparte (tal como estabelecido no artigo 940º, n.º 1 do Código Civil)[173], ainda que com a limitação imposta pela cláusula modal[174]. Deste modo se compreende que a oneração da doação com encargos não afeta a natureza do contrato gratuito, não podendo o mesmo ser considerado como oneroso. De notar, ainda, que a doação modal só existe se, apesar da oneração sob o donatário, o benefício que este recebe tiver um valor superior ao despendido

---

[170] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 159-162 e 187-189. No mesmo sentido, o Ac. do TRG de 12/07/2011, no qual se defendeu que o encargo não representa uma contraprestação da doação que lhe é feita, mas sim um simples ónus, restrição ou limitação.

[171] F. Pires De Lima e J. M. Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 2010, pp. 268-269. Assim, também o Ac. do TRG de 24/09/2015, onde se refere que, na doação onerosa, "o donatário é obrigado a uma prestação, tratando-se de uma cláusula acessória da doação" típica dos negócios gratuitos. No mesmo sentido, Ac. do TRP de 13/06/2018 e M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1826.

[172] M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, pp. 1827-1828.

[173] No mesmo sentido, o Ac. do TRP de 13/06/2018, onde se refere que "o facto do donatário se vincular a determinadas prestações não retira à doação o carácter de liberalidade".

[174] Ac. do TRG de 24/09/2015 e Ac. do TRP de 13/06/2018. Acrescenta-se que, tendo em conta a interpretação sistemática, o próprio artigo 963º do Código Civil identifica a situação dos encargos na doação como uma "cláusula modal".

em consequência do encargo[175]. É precisamente na lógica de que o encargo se traduz numa restrição à liberalidade que assenta o n.º 2 do artigo 963º do Código Civil, estando o encargo limitado ao objeto da doação[176].

Cabe-nos agora tomar posição quanto à classificação do contrato subjacente na DCSD. Ora, nos contratos abrangidos pela DCSD, existe um sistema de contrapartidas: um conteúdo ou serviço disponibilizado em contrapartida não de um preço pago, mas sim de dados pessoais fornecidos. Isto significa que uma prestação se encontra dependente da outra, porquanto as prestações recíprocas importam vantagens correlativas para ambas as partes e prejuízos nas suas esferas jurídicas. O consumidor recebe a vantagem de poder utilizar ou adquirir o conteúdo ou serviço digital e sofre um prejuízo na sua esfera jurídica, pois vê limitada a sua privacidade. Por sua vez, o profissional recebe como atribuição patrimonial os dados pessoais do consumidor (que, tal como se viu, têm indubitavelmente um valor económico), no sentido em que constituem um conteúdo de aproveitamento patrimonial[177], e sofre o prejuízo de fornecer o conteúdo ou serviço digital. Deste modo, cumpre afastar a classificação do contrato como gratuito, uma vez que as vantagens e os esforços são correlativos e mútuos para as partes e não se verifica um espírito de liberalidade, muito menos a vontade de uma das partes beneficiar a outra[178], característica inerente aos contratos gratuitos. Por conseguinte, deve classificar-se o contrato subjacente à DCSD como oneroso e sinalagmático, na medida em que cada uma das prestações é contrapartida da outra.

A classificação ora proposta vai influenciar o regime jurídico aplicável, visto que aos contratos onerosos aplicam-se as normas da compra e venda, na medida em que sejam conformes com a sua natureza (artigo 939º do Código Civil). Por sua vez, em relação aos contratos gratuitos, o regime tipo

---

[175] Caso contrário, estaria em causa um contrato de compra e venda e não uma doação. *Vide*, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 187-189. No mesmo sentido, o Ac. do TRG de 24/09/2015, no qual se sustenta que não deixa de haver liberalidade pelo facto do donatário ter de realizar certa prestação.

[176] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 159-162 e 187-189.

[177] M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1850.

[178] No mesmo sentido, M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1850, que considera inexistente, nestes contratos, a intenção de gerar um benefício em relação à contraparte.

seguido pelo Código Civil é o do contrato de doação (artigo 940º). Esta diferença de regimes apresenta particularidades principalmente no que respeita à proteção dos consumidores. Efetivamente, considerar o contrato subjacente como um contrato oneroso oferece uma maior proteção do consumidor do que a hipótese, alternativa, de considerar o contrato como gratuito[179], nomeadamente no que diz respeito à responsabilidade pelos vícios do bem (artigos 913º e seguintes e artigo 957º do Código Civil)[180] e à interpretação em casos de dúvida sobre o sentido da declaração (artigo 237º do Código Civil). Sendo o consumidor a parte mais frágil desta relação, a prioridade deverá ser protegê-lo, o que se logra conseguir, de melhor forma, qualificando-se o contrato como oneroso.

2.2.2.1.2.1. A distinção entre "preço" e "dados pessoais"

No entanto, considerar o contrato subjacente como um contrato a título oneroso, não significa que a contrapartida em causa seja um "preço"[181].

A Diretiva (UE) 2019/770 define preço, no artigo 2º, n.º 7, como "o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos". Por sua vez, dados pessoais são definidos, no artigo 4º, n.º 1 do RGPD[182], como a "informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável". É, assim, claro que a noção de preço não engloba os dados pessoais, tratando-se de conceitos distintos.

Adicionalmente, os dados são inesgotáveis, isto é, um consumidor pode fornecer os mesmos dados a vários profissionais, os profissionais podem também utilizar várias vezes os dados fornecidos pelo mesmo consumidor e os dados vão sendo também produzidos em abundância pelos consumidores, isto sem que o valor dos mesmos diminua para o próprio

---

[179] Nos contratos gratuitos, a proteção é atribuída à parte que realiza a atribuição patrimonial (como no artigo 237º do Código Civil) pois será, em princípio, a parte que estará mais desprotegida.

[180] M. Narciso, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 136-137.

[181] *Vide*, European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", p. 12-14.

[182] Artigo 2º, n.º 8 DCSD.

consumidor, ao contrário de uma prestação monetária, que implica sempre uma perda patrimonial, relacionada com a escassez, propriedade inerente ao dinheiro. No entanto, apesar de não existir uma perda patrimonial na esfera do consumidor que fornece os dados, existe, ainda assim, uma limitação da sua privacidade por cada vez que disponibiliza os seus dados pessoais. De salientar que a contraparte, neste caso o profissional, recebe indubitavelmente um ganho patrimonial na sua esfera pelo valor económico que os dados pessoais representam[183].

Os dados pessoais do consumidor, uma vez fornecidos ao profissional, podem ser armazenados, tratados e transmitidos ou vendidos a terceiros. Posteriormente podem também servir para a criação de perfis de comportamento, para fins publicitários, para verificação de identidade, para deteção de fraudes, entre outras finalidades[184].

O reconhecimento do valor económico dos dados pessoais tem sido um aspeto muito discutido ao longo dos últimos tempos. Atualmente existem estudos que comprovam vários métodos de avaliação do valor económico dos dados pessoais, ainda que representem uma estimativa aproximada do valor desses dados no mercado. Hacker[185] veio esclarecer que tais métodos se podem basear na avaliação do mercado, por um lado, e na avaliação dos indivíduos, por outro[186]. De notar, ainda, que existem fatores que influenciam a avaliação dos dados pessoais e que vão ditar um maior ou menor valor dos mesmos, designadamente, o valor dos dados aumenta com o grau de identificação do indivíduo, a combinação específica com outros dados

---

[183] Atualmente é assente que os dados pessoais têm um valor económico determinável e existem já inúmeras formas de aferir o valor dos dados. *Vide*, por exemplo, OCDE, "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value", 2013, p.25, onde foi determinada uma estimativa do valor de alguns dados, como por exemplo, o valor de uma morada (0,50$), de uma data de nascimento (2$), do número de segurança social (8$), do registo militar (35$), etc. M. Narciso, *Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão*, 2019, pp. 140-142.

[184] Inclusive, atualmente existem já empresas que negoceiam em torno dos dados pessoais recolhidos. M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1831.

[185] P. Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 48-49.

[186] OCDE, "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value", 2013, pp. 18-19.

tratados em conjunto ou a região ou país do titular dos dados também altera o valor dos dados pessoais[187]. Assim, torna-se inegável que os dados pessoais têm um valor económico positivo (ainda que não completamente determinado) e que, muitas vezes, funcionam como um equivalente a uma contraprestação monetária em inúmeras transações em linha[188].

Assim, compreende-se a classificação do contrato como oneroso, na medida em que o esforço económico do consumidor em ceder os seus dados pessoais se traduz na vantagem correlativa que o profissional recebe desses mesmos dados.

A AEPD destacou, na opinião 4/2017[189], que, ao contrário de uma prestação monetária em que o consumidor tem noção de quanto está a pagar por um serviço, o mesmo não acontece em relação aos dados pessoais. A AEPD justificou esta afirmação pela falta de clareza e transparência dos profissionais quanto às finalidades de tratamento dos dados, o que resulta numa extrema dificuldade de entendimento por parte do consumidor em relação ao valor que o profissional eventualmente poderá estar a receber com os seus dados pessoais. Este argumento, no entanto, é suscetível de ser superado através de políticas mais transparentes e de, por exemplo, ser exigido ao profissional, como dever de informação contratual, que clarifique e especifique quais os dados que o consumidor está a fornecer, com que finalidades e que valor detêm para o profissional.

No que diz respeito à consciencialização da privacidade por parte dos indivíduos, esta ainda segue uma curva de forma em "U", na medida em que a maioria das pessoas se concentra nos extremos da distribuição, isto é, ou não se preocupam muito ou atribuem uma elevada importância à sua

---

[187] P. Hacker, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive", 2020, pp. 48-53 refere que, dada a divergência de legislação e atitudes quanto à privacidade, os estudos relativos aos dados dos cidadãos dos EUA têm uma validade externa limitada para os dados relativos aos cidadãos da UE, por exemplo. E acrescenta ainda que, em 2013, um pacote de dados que incluísse morada, data de nascimento, número de Segurança Social, registo de crédito e registo militar foi estimado no valor de 55,16$.

[188] Ibid., p. 53. *Vide*, também M. Miranda Barbosa, *Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade*, 2020, p. 1843, que assinala a eventualidade de os dados pessoais poderem ser considerados bens com valor transacionável (i.e. *commodity*).

[189] European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, p. 9.

privacidade e consequente distribuição dos seus dados pessoais. Mesmo os indivíduos que priorizam a preocupação em perder o controlo dos seus dados pessoais, a maior parte das vezes não agem de acordo com essa preocupação[190]. Esta heterogeneidade de graus de consciencialização relativos à privacidade levanta problemas regulamentares pela necessidade de balanço entre os extremos da distribuição de preferências. Hacker apresentou a sugestão, com a qual concordamos, de fornecer aos consumidores, aquando da celebração do contrato, um formato simples que lhes permita optar entre o fornecimento dos seus dados pessoais como forma de pagamento pelo conteúdo ou serviço digital ou o pagamento em dinheiro (ou uma representação digital do valor)[191], de forma a acautelar os dois extremos da distribuição em forma de "U".

2.2.2.1.3. Contrato de compra e venda e contrato de permuta

Uma vez concluída pela classificação do contrato como oneroso e sinalagmático, cabe ainda concretizar a classificação do contrato em especial.

Tal como referido *supra*, o modelo paradigmático dos contratos onerosos é o contrato de compra e venda. Nos termos do artigo 874º do Código Civil, a compra e venda consiste no contrato pelo qual uma das partes transmite a propriedade da coisa ou outro direito, contra o pagamento de uma quantia pecuniária (preço). O contrato-padrão de compra e venda assenta, normalmente, na transferência da propriedade, mas nem sempre é assim. Podem ser transferidos, por via de um contrato de compra e venda, quaisquer outros direitos, reais ou não[192]. Excetuam-se,

---

[190] P. Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 47-53.

[191] Tal poderia ser conseguido através de dois botões, por exemplo, um para "pagar com dados" e outro para "pagar com dinheiro". P. Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 74-76. No mesmo sentido, A. Metzger, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 43-45.

[192] Pense-se, por exemplo, na cessão de créditos onerosa (artigos 577º e 578º do Código Civil) ou no trespasse de usufruto a título oneroso (artigo 1444º do Código Civil). E ainda no caso de direitos de propriedade intelectual, direitos potestativos, direitos de propriedade industrial, entre outros.

no entanto, situações que não consubstanciem direitos subjetivos do alienante[193].

Um elemento importante e essencial deste tipo contratual é, tal como estabelecido na lei, a existência de uma contrapartida. Tal como referido *supra*[194], este aspeto é típico dos contratos sinalagmáticos e também dos onerosos, na medida em que uma prestação é correspetiva de outra e ambas implicam sacrifícios económicos para as partes. Assim, caso falte a contraprestação, encontramo-nos, em princípio, na presença de um contrato de doação. Contudo, a especificidade do contrato de compra e venda assenta na necessidade de a contrapartida ser de carácter pecuniário, ou seja, o preço, tal como explicitamente referido no artigo 874º do Código Civil. Por conseguinte, se a contrapartida não consistir numa prestação pecuniária, o contrato em causa deixa de ser qualificado como uma compra e venda e passa a ser um contrato de permuta (também designado contrato de troca ou de escambo)[195].

O contrato de permuta é um contrato oneroso que tem por objeto uma transferência recíproca entre as partes, da propriedade de coisas ou de outros direitos[196]. O aspeto que distingue o contrato de compra e venda do contrato de permuta é, precisamente, o facto de, no primeiro, a contrapartida ser necessariamente um preço, ao passo que, no segundo, a contrapartida não é pecuniária[197]. Adicionalmente, o regime do contrato de permuta não se encontra tipificado no Código Civil, pelo que se designa de contrato atípico.

---

[193] Como pode ser o caso da venda de informações, segredos ou produtos financeiros. Do mesmo modo, no caso da simples posse, por não constituir um direito subjetivo, a sua transmissão não corresponde à transmissão de um direito, pelo que não poderá ser objeto de um contrato de compra e venda. *Vide*, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13.

[194] *Vide*, ponto 2.2.2.1.1 e ponto 2.2.2.1.2.

[195] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 11-13. *Vide*, a este propósito, o Ac. do STJ de 25/03/2010 e, também, o Ac. do STJ de 24/03/2015.

[196] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

[197] *Vide*, a este propósito, o Ac. do STJ de 25/03/2010: "o elemento característico de um contrato de permuta ou troca é a ausência de qualquer objecto monetário que no contrato desempenhasse a função de meio de pagamento, isto é, na ausência de qualquer objecto que se possa qualificar como preço" e, também, o Ac. do STJ de 24/03/2015.

É classificado como um contrato oneroso, na medida em que engloba sacrifícios patrimoniais (ainda que não pecuniários) para ambas as partes[198]. E sinalagmático, uma vez que cada uma das prestações das partes é fundamento e razão de ser da outra, não subsistindo uma sem a outra[199].

Tal como previsto no artigo 939º do Código Civil, as normas da compra e venda são aplicáveis a outros contratos onerosos. O que significa que podem também ser aplicáveis ao contrato de permuta, desde que se enquadrem e sejam adaptadas à natureza especifica da permuta[200], uma vez que este contrato consubstancia um negócio de alienação a título oneroso[201].

É manifesto que, à aplicação das normas do regime da compra e venda ao contrato de permuta, se excetuam aquelas que dizem respeito à contrapartida pecuniária[202]. Não obstante, Menezes Leitão defende que a redução do preço, prevista no artigo 884º do Código Civil, poderá ser aplicável aos contratos de permuta com as devidas adaptações. Assim, caso o contrato fique limitado a parte do seu objeto, "deverá reduzir-se a contraprestação, se esta for divisível, ou atribuir-se à parte prejudicada um crédito em dinheiro, como compensação pela redução"[203]. Esta parece-nos ser uma interpretação aceitável. Desde que seja possível efetuar a referida adaptação, não se vê por que razão, no caso de uma das partes do contrato incumprir com a sua obrigação e esta ficar limitada a apenas uma parte, que a contraparte não tenha o direito de restringir também a sua contraprestação, tendo em conta as semelhanças práticas entre os contratos de compra e venda e de permuta.

Ademais, uma vez que o contrato de permuta é classificado como contrato sinalagmático, ao mesmo também são aplicáveis os institutos que pressupõem por base um sinalagma contratual, tais como a exceção de não cumprimento do contrato (artigo 428º do Código Civil), a caducidade do contrato por impossibilidade de uma das prestações (artigo 795º, n.º 1 do

---

198 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

199 P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 446-447.

200 Ac. do STJ de 16/09/2008.

201 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158 apoia este fundamento no artigo 480º do antigo Código Comercial que previa que "o escambo ou troca será mercantil nos mesmos casos em que o é a compra e venda". *Vide*, a este propósito, Ac. do STJ de 09/10/2007, onde se refere que "no contrato de troca ou permuta, a regulação de referência há-de buscar-se, adaptadamente, no contrato de compra venda".

202 Como no caso dos artigos 883º, 885º e 886º do Código Civil.

203 L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-158.

Código Civil) e a resolução por impossibilidade do cumprimento (artigo 801º, n.º 2 do Código Civil)[204].

Ora, relativamente aos contratos objeto da DCSD, na situação em que o consumidor fornece dados pessoais "em troca" do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais pelo profissional, poder-se-ia pôr em hipótese a consideração deste contrato, em certas situações, como um contrato de permuta. Como vimos, os contratos de compra e venda e de permuta são ambos classificados como onerosos e sinalagmáticos. Uma das principais dificuldades na classificação do contrato subjacente à DCSD era, precisamente, o facto de "preço" e "dados pessoais" consubstanciarem noções diferentes[205], e uma vez que o "preço" é elemento essencial na classificação do contrato de compra e venda, fica, assim, excluída a hipótese de considerar os contratos em que dados pessoais são fornecidos como contrapartida, como contratos de compra e venda.

Tendo em conta que o contrato de permuta é um contrato atípico e, portanto, acarretado por uma certa liberdade inerente, os contratos celebrados pelos consumidores em que os seus dados pessoais são fornecidos "em troca" do conteúdo ou serviço digital, implicando uma transferência recíproca entre as partes, poderiam, em certa medida, ser classificados como contratos de permuta.

No entanto, fica a faltar um elemento essencial presente no contrato de permuta: o bem. Ora, considerando que a noção de "conteúdo digital" respeita a "dados produzidos e fornecidos em formato digital[206]" e a noção de "serviço digital" se reporta, como a própria denominação o indica, a um serviço[207], não sendo possível considerá-los como bens corpóreos, será de afastar a possibilidade de estes contratos se classificarem como contratos de permuta.

Isto significa que uma grande parte da classificação do contrato subjacente vai depender do conteúdo ou serviço digital em causa, o que pode levar à catalogação do contrato como de prestação de serviço, de acesso, de adesão, de licença, entre outros. Este foi outro aspeto que o legislador

---

[204] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2013, pp. 155-157.

[205] *Vide*., ponto 2.2.2.1.2.1.

[206] Artigo 2º, n.º1 DCSD.

[207] Artigo 2º, n.º2 DCSD.

deixou também em aberto, ao não densificar o âmbito de aplicação da Diretiva a certos tipos contratuais.

2.2.2.2. Formação do contrato

Uma outra questão que necessita de ser resolvida diz respeito à formação do contrato.

A Diretiva (UE) 2019/770, apesar de ser uma diretiva de harmonização máxima (artigo 4º), prevê, no seu artigo 3º, n.º 10[208], que "a presente diretiva não afeta a faculdade de os Estados-Membros regularem questões do direito nacional geral dos contratos, tais como regras relativas à formação, à validade, à nulidade ou aos efeitos dos contratos, incluindo as consequências da rescisão de um contrato na medida em que estas não sejam reguladas pela presente diretiva, ou o direito a indemnização". Isto significa que muitos são os aspetos que caberão aos EM disciplinar, autonomamente, no seu Direito nacional. No entanto, poderão, desde já, ser adiantados alguns contributos nesta matéria, em termos gerais.

Em primeiro lugar, a aplicação da DCSD implica a celebração de um contrato de consumo. Conforme previsto no seu artigo 3º, n.º 1, "a presente diretiva é aplicável a qualquer contrato (...)"[209] concluído entre um profissional (artigo 2º, n.º 5) e um consumidor (artigo 2º, n.º 6)[210], que tenha por objeto conteúdos ou serviços digitais. Estão, assim, em causa as relações contratuais *business-to-consumer* (B2C), deixando a Diretiva de fora as relações *business-to-business* (B2B).

No direito português, em princípio, aplicar-se-á a norma constante no artigo 219º do Código Civil. Assim, segundo o princípio da liberdade de forma (ou do consensualismo), o contrato não estará sujeito a nenhuma forma especial, uma vez que a lei não o exige.

Tipicamente, a celebração de um contrato regulado pela Diretiva decorre da iniciativa do profissional que oferece um serviço ou conteúdo digital

---

[208] E no Considerando 24.

[209] E, também, no Considerando 24.

[210] Para mais desenvolvimento quanto a esta questão, *vide*. J. Morais Carvalho, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, 2019.

previamente anunciado num *website* ou plataforma digital[211], ao qual o consumidor acede, procedendo ao preenchimento de formulários, como é o caso de um registo *online* ou a abertura de uma conta numa rede social. Seguindo a linha do Decreto-Lei n.º 7/2004[212], esta "oferta" poderá ser considerada uma proposta contratual ou, caso não reúna todos os requisitos necessários (completude, firmeza, precisão e adequação formal), um convite a contratar, tal como previsto no n.º 1 do artigo 32º do mesmo diploma[213]. Mais precisamente, poderemos qualificar como uma proposta ao público[214], a qual, uma vez aceite pelo consumidor, determina a celebração do contrato, ficando o profissional "vinculado nos termos precisos da declaração emitida"[215] [216]. A aceitação poderá resultar de uma declaração expressa, caso, por exemplo, o consumidor aceite os (incorretamente designados) *termos e condições* com um *click*, ou tácita, no caso de, por exemplo, utilizar o serviço (artigo 217º do Código Civil).

A título de exemplo, atente-se aos "termos e condições de uso" do *Spotify*, nos quais se prevê: "ao inscrever-se ou usar qualquer um dos aludidos serviços do Spotify, inclusive todos os recursos e funcionalidades, websites e interfaces de usuário associados, bem como todos os aplicativos de conteúdo e software associados aos nossos serviços (coletivamente, o "Serviço Spotify" ou "Serviço"), ou aceder a qualquer música, vídeo ou outro conteúdo ou material disponibilizado pelo serviço (o "Conteúdo") você estará celebrando um contrato vinculativo com a pessoa jurídica Spotify"[217].

---

[211] *Vide*, por exemplo, https://pt-pt.facebook.com/; https://global.shirucafe.com/student.php; https://www.spotify.com/pt/.

[212] Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro sobre o Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais.

[213] "A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar".

[214] J. Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, 2003, pp. 245-246.

[215] J. Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 2020, pp. 83-85.

[216] É também necessário ter em conta as normas do Código Civil a este respeito, nomeadamente os artigos 224º, 232º e 236º.

[217] https://www.spotify.com/pt-en/legal/end-user-agreement/#8-diretos-que-vocc3aa--concede-a-nc3b3s .

A maior parte das vezes, esta proposta surge em clausulados que o consumidor terá de aceitar e dar o seu consentimento para o tratamento de dados pessoais, sem o qual não há lugar à celebração do negócio jurídico. É, portanto, a interpretação casuística das cláusulas contratuais gerais de cada serviço, que vai permitir concluir pela existência ou não de uma proposta para a celebração de um contrato em que dados vão ser fornecidos como contraprestação[218]. Recorrendo à regra de interpretação do artigo 236º do Código Civil, teremos de averiguar se um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário entenderia que o profissional estaria a emitir uma proposta contratual nestes termos.

Para a celebração do contrato em causa, caso o tratamento dos dados pessoais se baseie no consentimento dado pelo consumidor (nos termos do artigo 6º, n.º 1, al. a) do RGPD)[219], é ainda necessário que o pedido de consentimento por parte do profissional seja apresentado ao consumidor em separado do contrato, ou de forma a que possa ser feita uma distinção clara entre o contrato e o pedido de consentimento, nos termos do artigo 7º, n.º 2 do RGPD. Habitualmente, neste tipo de contratos, é solicitado ao consumidor que aceite a proposta contratual com um *click* em duas "caixas" diferentes, uma que diz respeito ao contrato e outra que, normalmente, diz respeito à política de privacidade[220]. Estas políticas de privacidade são consideradas cláusulas-tipo na aceção da Diretiva 93/13/CEE[221], pelo que devem cumprir os requisitos de equidade e de transparência consagrados naquele diploma (e no nosso DL n.º 446/85). Assim, o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deverá fornecer uma declaração de consentimento (à parte do contrato) inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples e sem cláusulas abusivas, em conformidade com a Diretiva 93/13/CEE[222].

---

[218] A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?,* 2017, p. 3.

[219] *Vide*., ponto 2.1.2.2.

[220] Como, por exemplo, quando se cria uma conta no Observador: https://observador.pt/#login-popup.

[221] Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores ("Diretiva das Cláusulas Abusivas").

[222] Considerando 42 do RGPD.

2.2.2.3. Validade do contrato

Uma vez considerada a classificação e formação do contrato objeto da DCSD, cabe agora refletir sobre certos aspetos relativos à validade do contrato.

No Considerando 12 da DCSD, postula-se que a Diretiva não deverá afetar as normas do direito nacional quanto à validade, nulidade ou legalidade do conteúdo ou serviço digital, entre outros aspetos.

Conforme foi referido, o valor dos dados pessoais no mercado é atualmente reconhecido. Mesmo os dados obtidos ilegalmente têm um valor económico positivo e, na maior parte das vezes, bastante substancial[223]. Cumpre, então, analisar se os dados pessoais recolhidos pelo profissional em violação das normas do Direito à proteção dos dados, com base num tratamento ilícito dos dados, por exemplo, podem ou não ainda ser considerados como contraprestação no contrato e, consequentemente, submetidos ao âmbito de aplicação da DCSD.

O artigo 3º, n.º 1 da DCSD não requer o consentimento do consumidor para que o contrato seja considerado válido. Não obstante, no Considerando 38 da DCSD, é mencionado que a Diretiva não regula as condições para o tratamento lícito dos dados pessoais, nem a validade do consentimento dado, e que tal deverá ser feito pelo RGPD. Contudo, adianta que, no contexto de um contrato celebrado no âmbito da DCSD, o tratamento de dados pessoais só é lícito se estiver conforme com o RGPD relativamente aos fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais.

Conforme foi analisado *supra*, de forma a que o tratamento de dados pessoais seja considerado válido, é necessário que sejam respeitados os princípios e normas estabelecidos no RGPD, nomeadamente o disposto pelo seu artigo 5º. Adicionalmente, o tratamento dos dados pessoais só será lícito se se basear em, pelo menos, uma das situações elencadas no n.º 1 do artigo 6º do RGPD[224]. Como vimos[225], na celebração de um contrato,

---

[223] P. Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 50-56 refere, a título de exemplo, que as informações de cartões de crédito roubados são atualmente vendidas por 45$ e pacotes de identificação completos por até 100$.

[224] *Vide*, ponto 2.1.2.2.

[225] Ibid.

o consentimento para o tratamento dos dados pessoais tem de ser dado em separado. Tal espelha a preocupação, salientada pelo RGPD, em que o titular dos dados dê o seu consentimento de forma livre e esclarecida. Esta separação indica, desde logo, a diferença inerente à celebração de um contrato, por um lado, e o consentimento dado pelo consumidor para o tratamento dos dados pessoais, pelo outro. Caso a declaração (ou parte da declaração) de consentimento viole alguma disposição do RGPD, deve ser considerada não vinculativa[226].

O RGPD prevê ainda, quanto ao consentimento de crianças para o tratamento dos dados pessoais, que o direito contratual dos EM, no que diz respeito, nomeadamente, às disposições que regulam a validade, formação ou efeitos de um contrato em relação a uma criança, não são afetados pelo disposto no n.º 1 do artigo 8º do RGPD, o qual rege as condições de consentimento lícito das crianças[227]. Semelhante disposição não se encontra, no entanto, estabelecida para os restantes casos de consentimento.

Alguns autores consideraram que a Teoria Geral do Direito e o Direito dos Contratos deveriam seguir o Direito da Proteção de Dados e, nessa lógica, caso o tratamento dos dados pessoais fosse considerado inválido ao abrigo do RGPD, esses mesmos dados não poderiam ser considerados uma contraprestação válida no contrato (doutrina da ilegalidade). Hacker discorda desta posição, defendendo que, na situação em que seja o consumidor a fornecer os seus dados pessoais, o Direito dos Contratos deve manter a sua independência face às regras de proteção de dados[228]. Fundamenta esta opinião pelo facto de o RGPD ter o seu próprio regime de forma a acautelar possíveis situações de tratamento ilícito dos dados pessoais, tal como o direito do titular dos dados ao apagamento dos dados pessoais (artigo 17º, n.º 1, al. d) do RGPD) e à limitação do tratamento (artigo 18º, n.º 1, al. b) do RGPD). Ademais, menciona que o regime do

---

[226] Conforme o n.º 2 do artigo 7º do RGPD.

[227] Artigo 8º, n.º 3 do RGPD.

[228] No mesmo sentido, *vide*, A. Metzger, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 33-35. Este autor defende que, mesmo que o consentimento dado pelo consumidor para o tratamento dos dados pessoais seja considerado inválido, tal não significa que a DCSD não seja aplicável. E ainda M. Schmidt-Kessel, *Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract*, 2020, pp. 130-132, que menciona que o próprio RGPD faz a distinção entre a legalidade do tratamento, por um lado, e a relação contratual, por outro, como é o caso do artigo 7º, n.º 2 do RGPD.

RGPD se destina às regras relativas ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos, defendendo os direitos dos titulares dos dados (artigo 1º do RGPD) e não regulando a aferição de legalidade de uma partilha de dados entre duas partes. Assim, Hacker considera que a violação do regime da proteção de dados não deve significar a exclusão do contrato do âmbito de aplicação da DCSD. Adianta, ainda, que o preceito do artigo 3º, n.º 1 da DCSD exclui especificamente duas situações em que os dados pessoais são fornecidos pelo consumidor e não estão sujeitos à aplicação da Diretiva, não incluindo, porém, o tratamento ilícito dos dados, à luz do RGPD[229]. Efetivamente, foi para combater um desequilíbrio na proteção do consumidor que fornecia dados pessoais como contraprestação, que a Diretiva foi pensada, pelo que excluir do âmbito da Diretiva os contratos aqui em estudo, por violarem o tratamento dos dados pessoais no âmbito do RGPD, levaria a negar injustamente os direitos conferidos pela DCSD aos consumidores que, de facto, necessitam de proteção[230].

Na verdade, como vimos, o sinalagma contratual estabelece-se entre os dados pessoais fornecidos pelo consumidor (e não pelo seu consentimento) e o conteúdo ou serviço digital fornecido pelo profissional, pelo que, deste modo, o contrato produzirá todos os seus efeitos a partir do momento em que ambas as prestações forem cumpridas, sendo os dados pessoais do consumidor (nestes contratos) o principal benefício resultante do contrato para o profissional.

Neste sentido, poder-se-ia pensar, uma vez que um contrato ao abrigo da DCSD tem como objeto os dados pessoais do consumidor fornecidos como contrapartida de um conteúdo ou serviço digital, que o tratamento desses dados é condição necessária para que a contraprestação seja validamente fornecida. No entanto, não cabe ao consumidor o tratamento dos dados, nem a indicação do fundamento legal para tal tratamento, sendo esta, antes, uma obrigação da responsabilidade do profissional, o que significa que o consumidor não pode ser privado de uma proteção contratual ao abrigo da DCSD, por causa de um tratamento ilícito dos dados da autoria

---

[229] O mesmo se aplica em relação ao Considerando 25 da DCSD, o qual menciona algumas situações não abrangidas pelo âmbito da Diretiva, não incluindo também o tratamento ilícito dos dados.

[230] P. Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, 2020, pp. 58-61.

do profissional. Um entendimento em sentido inverso poderia levar a que o profissional intencionalmente não tratasse os dados em conformidade com o RGPD de forma a escapar à aplicabilidade da Diretiva comunitária, ficando o consumidor desprotegido por causa de uma omissão que é da responsabilidade da sua contraparte contratual. Em abono da posição que assumimos, pense-se que, normalmente, um consumidor médio que celebre um contrato desta natureza não vai saber, nem entender caso os seus dados estejam a ser tratados de forma ilícita. Neste sentido, o tratamento dos dados pessoais, nos termos do RGPD, constitui, do nosso ponto de vista, uma obrigação unilateral do profissional que será do seu interesse cumprir, de modo a que o contrato possa produzir os seus efeitos[231].

Pode acontecer que a ilegalidade do tratamento dos dados pessoais conduza ao incorreto funcionamento do conteúdo ou serviço digital, o que consubstancia uma falta de conformidade nos termos do artigo 8º, n.º 1, al. b) da DCSD, assistindo nesse caso, ao consumidor o direito de resolver o contrato (nos termos do artigo 14º). Efetivamente, o Considerando 48 da DCSD refere que o não cumprimento das normas previstas no RGPD pode ser considerado uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital. Por conseguinte, estas disposições confirmam a opinião assumida supra, na medida em que, desta forma, o contrato não se considerará inválido, aplicando-se as disposições da Diretiva (neste caso, especialmente as que dizem respeito a uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital), o que leva a entender que o âmbito de aplicação da Diretiva não pode ser afastado pelo facto de o RGPD ser violado.

Desta forma, caso o tratamento dos dados pessoais seja feito em violação das disposições do RGPD e, portanto, de forma ilícita, não significa que acarrete uma invalidade do contrato e a DCSD pode ainda ser aplicável, se todos os requisitos de que depende a sua aplicabilidade estiverem cumpridos[232]. O consumidor deverá, assim, continuar a poder usufruir dos direitos que lhe assistem nos termos da DCSD. Porém, tal não invalida que

---

[231] M. Schmidt-Kessel, *Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract*, 2020, pp. 131-133 defende este argumento relativamente ao artigo 6º, n.º 1, al. b) do RGPD, considerando que este preceito apenas diz respeito aos deveres e obrigações do profissional.

[232] A. Metzger, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, 2020, pp. 32-36.

outras consequências negativas possam (e eventualmente vão) surgir para o profissional, por incumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo RGPD.

3. Consequências contratuais

A proteção jurídica e o regime inerente a estes contratos no Direito Europeu e, principalmente, no Direito interno de cada EM apresenta-se, ainda, como um desafio, principalmente na medida em que é necessário articular legislação existente em matéria de Direito dos Contratos, de Direito das Obrigações, e, em especial, de Direito do Consumo, com este novo paradigma. De facto, nas matérias aqui em apreço, o Direito português, está pensado para contratos em que a contrapartida é, em princípio, monetária e quando não o seja, o regime específico desses contratos encontra-se tipificado na lei.

Por conseguinte, os contratos nos quais o consumidor fornece os seus dados pessoais em contrapartida do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais apresenta diversas dificuldades, que se traduzem em elevados desafios de manutenção de equilíbrio na proteção jurídica oferecida aos consumidores.

A DCSD consagrou os direitos dos consumidores no caso de uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital ou em caso de não fornecimento dos mesmos pelo profissional[233]. Ainda assim, alguns aspetos de Direito Civil, em geral, e de Direito do Consumo e Direito da Proteção dos Dados, em especial, foram deixados à consideração dos EM.

---

[233] Para mais desenvolvimentos sobre este tema, *vide*, European Parliament, Directorate-General for internal policies, policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content, 2012; K. Sein e G. Spindler, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, 2019, pp. 265-391; K. Sein e G. Spindler, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, 2019, pp. 257-279; R. Milà Rafel, *The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity*, 2017, pp. 50-63; J. Morais Carvalho, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, 2019.

3.1. Falta de conformidade ou não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais

O profissional tem o dever de fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, após a celebração do contrato (salvo acordo das partes em sentido diverso) e sem demora indevida[234], considerando-se cumprida a obrigação quando o profissional disponibilize ao consumidor os meios adequados para aceder ou descarregar o conteúdo digital, ou quando facultar o acesso ao serviço digital[235]. Assim, a responsabilidade pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais é do profissional (artigo 11º)[236], ao qual pertence também o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital foi fornecido (artigo 12º, n.º 1)[237].

Em caso de não fornecimento do conteúdo ou serviço digital[238], o consumidor deve, em primeiro lugar, solicitar ao profissional o fornecimento dos mesmos. Caso o profissional não os forneça sem demora indevida ou num prazo convencionado pelas partes, o consumidor tem direito a resolver o contrato (artigo 13º, n.º 1), exceto se se tratar de uma das situações descritas no n.º 2 do artigo 13º, caso em que o consumidor tem direito à imediata resolução do contrato, sem que tenha de primeiro solicitar ao profissional o fornecimento do conteúdo ou serviço digital[239]. Mais concretizadamente, o consumidor tem direito à imediata resolução do contrato nas situações em que resulte das circunstâncias ou o profissional declare que não irá fornecer os conteúdos ou serviços digitais (artigo 13º, n.º 2 al. a)); ou caso

---

[234] Princípio da pontualidade. Normalmente, neste tipo de contratos o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais é normalmente instantâneo, ficando por vezes dependente do pagamento do preço pela contraparte, por exemplo. Pelo que o requisito de "sem demora indevida" deverá ter em conta a natureza do contrato.

[235] Artigo 5º DCSD.

[236] E Considerando 55.

[237] A razão pela qual o ónus da prova recai sobre o profissional reside no facto de o profissional estar, normalmente, numa melhor posição que o consumidor para identificar as razões pelas quais o conteúdo ou serviço digital não foi fornecido ou não está em conformidade, tendo em conta que o profissional terá um conhecimento mais profundo sobre o conteúdo ou serviço digital, terá acesso a informações técnicas e a assistência em tecnologia, por exemplo. Considerando 59.

[238] E, portanto, em violação do disposto no artigo 5º.

[239] Considerando 61.

o consumidor e profissional tenham acordado um momento específico de fornecimento (ou resulte das circunstâncias da celebração do contrato) por ser essencial para o primeiro e o segundo não forneça os conteúdos ou serviços digitais até esse momento (artigo 13º, n.º 2 al. b)). Este último caso equivale a uma situação de perda do interesse do credor (artigo 808º do Código Civil), que pode conduzir à resolução do contrato por parte do credor (nos termos do artigo 801º, n.º 2 do Código Civil).

O profissional tem o dever de fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com o contrato (artigo 6º), cumprindo, para o efeito, os requisitos subjetivos e objetivos de conformidade presentes nos artigos 7º e 8º, respetivamente.

Deste modo, o profissional é também responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais (artigo 11º, n.ºs 2 e 3)[240]. Os conteúdos ou serviços digitais podem ser fornecidos através de um único ato de fornecimento[241], numa série de atos individuais[242] ou de forma contínua durante um determinado período de tempo[243] [244]. Nos primeiros dois casos, a conformidade dos conteúdos ou serviços digitais deve ser avaliada no momento do fornecimento, uma vez que, nestas situações, os consumidores têm a possibilidade de aceder e utilizar os conteúdos e serviços digitais por tempo indeterminado, logo o profissional apenas vai ser responsável por alguma falta de conformidade que se verifique no momento do fornecimento[245]. Não obstante, o legislador europeu não deixou de definir um período mínimo harmonizado durante o qual o profissional é considerado responsável, de forma a garantir a segurança jurídica tanto para os profissionais como para os consumidores em toda a UE. Por conseguinte, os EM devem assegurar que o profissional é responsável por uma falta de conformidade por um período mínimo de dois anos a contar da data do

---

[240] E Considerando 55.

[241] Pense-se, por exemplo, na hipótese em que um consumidor descarrega e armazena no seu dispositivo pessoal um filme.

[242] Por exemplo, o consumidor fez uma subscrição em que todas as semanas recebe uma hiperligação para descarregar para o seu dispositivo o jornal Expresso.

[243] Como é o caso de uma subscrição na Netflix ou quando o consumidor abre uma conta na rede social Instagram por tempo indeterminado.

[244] Considerandos 55, 56 e 57. Artigo 8º, n.º 4.

[245] Ou no momento do único ato de fornecimento ou de cada ato individual de fornecimento, conforme seja o caso.

fornecimento, caso o direito nacional estabeleça a responsabilidade do profissional apenas por faltas de conformidade que se manifestem num determinado período após o fornecimento[246]. O Decreto-Lei n.º 67/2003[247] estabelecia já, no seu artigo 3º, n.º 2, a responsabilidade do profissional por qualquer falta de conformidade que se manifestasse no prazo de dois anos a contar da data de entrega do bem, para coisas móveis corpóreas.

No que diz respeito aos conteúdos ou serviços digitais fornecidos de forma contínua durante um determinado período, o profissional só deverá ser responsável por uma falta de conformidade que se manifeste durante o período de vigência do contrato, uma vez que, nestes casos, os conteúdos ou serviços digitais só estarão disponíveis ou acessíveis aos consumidores durante o período fixo do contrato ou enquanto o contrato por tempo indeterminado estiver em vigor[248].

Embora caiba ao consumidor demonstrar que os conteúdos ou serviços digitais não estão em conformidade[249], é sobre o profissional que recai o ónus de provar que o conteúdo ou serviço digital estava em conformidade no momento do fornecimento[250] ou durante o período de vigência do contrato[251], caso se trate, respetivamente, de um único ato de fornecimento ou de uma série de atos individuais de fornecimento do conteúdo ou

---

[246] Considerando 56, artigo 11º, n.º 2 e artigo 12º, n.º 2.

[247] Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e altera a Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

[248] Considerando 57, artigo 11º, n.º 3 e artigo 12º, n.º 3. Pense-se no caso de um contrato de armazenagem em nuvem de 2 anos, após esse período o consumidor não poderá armazenar mais nenhuma informação nem aceder ao serviço. Ou no caso de uma subscrição da Netflix, uma vez terminado o contrato, o consumidor não pode aceder a nenhum conteúdo. No entanto, não é necessário que se trate de um fornecimento a longo prazo. Pense-se, por exemplo, na situação em que é fornecido um jogo digital ao consumidor e o profissional procede a atualizações sempre que se tornem disponíveis novas funcionalidades.

[249] Ainda assim, o consumidor não tem de demonstrar que a falta de conformidade ocorria no momento do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais. Considerando 59, 1º parágrafo, *in fine*.

[250] Neste caso, o ónus da prova do profissional é relativo às faltas de conformidade que se manifestem no prazo de um ano a contar do momento em que os conteúdos ou serviços digitais foram fornecidos. Artigo 12º, n.º 2 e Considerando 59.

[251] Artigo 12º, n.º 3 e Considerando 59.

serviço digital, ou de um fornecimento contínuo durante um determinado período. O ónus da prova inverte-se, caso o consumidor não coopere com o profissional para averiguar se a falta de conformidade é imputável ao ambiente digital do consumidor ou caso o profissional prove que o ambiente digital do consumidor não é compatível com o serviço ou conteúdo digital fornecidos e tenha informado o consumidor desse facto antes da celebração do contrato[252]. Nas situações ora descritas, o consumidor terá o ónus de provar que a falta de conformidade existia no momento do fornecimento.

Ainda que o profissional seja responsável perante o consumidor, pode, quando aplicável, exercer o direito de regresso contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia de transações comerciais[253].

Também uma falta de conformidade com os requisitos previstos no RGDP pode ser considerada uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais para os efeitos da Diretiva.[254]. Tal poderá ser o caso de, por exemplo, o profissional, num pedido de compras em linha, não cumprir com os requisitos do RGPD no que diz respeito à segurança do tratamento dos dados pessoais do consumidor e, em consequência, as informações relativas ao cartão de crédito do consumidor forem descobertas por *software* malicioso[255]. Nesse caso, estar-se-á perante uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com o requisito objetivo de conformidade, na medida em que o consumidor pode razoavelmente esperar que um serviço deste tipo impeça a divulgação dos seus dados de pagamento (artigo 8º, n.º 1, al. b)). Neste cenário, o consumidor terá direito às vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade, a não ser que o contrato já se considere nulo ou anulável ao abrigo do direito nacional.

No caso de existir uma falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital[256], o consumidor tem direito, de forma hierarquizada e sequencial

---

[252] Artigo 12º, n.ºs 4 e 5 e Considerandos 59 e 60.

[253] Artigo 20º e Considerando 78. Cabe aos EM identificar os sujeitos da cadeia contratual contra quem o profissional final poderá atuar.

[254] Considerando 48.

[255] Ibid.

[256] Ou seja, caso se verifique um incumprimento do disposto no artigo 6º e dos requisitos subjetivos e objetivos de conformidade, estabelecidos nos artigos 7º e 8º, respetivamente. Se uma falta de conformidade resultar da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais, também é considerada uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, caso se encontre preenchida uma das situações previstas nas als. a) e b) do artigo 9º. Também

a: (i) reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade; (ii) beneficiar de uma redução proporcional do preço; ou (iii) resolver o contrato[257] [258].

Na ordem jurídica portuguesa, o Decreto-Lei n.º 67/2003 não estabelecia qualquer hierarquia de direitos em caso de não conformidade dos bens, tal como estabelecido no artigo 4º, n.º 5 do mesmo diploma. O consumidor era livre de optar entre a reparação do bem, a substituição do bem, a redução do preço ou a resolução do contrato, salvo se tal se manifestasse impossível ou constituísse abuso de direito. Contudo, a hierarquia dos direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, é um dos aspetos que está sujeito ao princípio da harmonização máxima, nos termos do artigo 4º da DCSD, pelo que os EM não podem manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes das previstas na Diretiva.

O direito do consumidor a que os conteúdos e serviços digitais sejam repostos em conformidade[259] é excecionado caso tal se mostre impossível ou caso imponha ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta as circunstâncias presentes nas als. a) e b), do n.º 2, do artigo 14º. A reposição da conformidade, quando possível, tem de ser feita num prazo razoável[260], a título gratuito e sem inconvenientes significativos para o consumidor[261].

---

estaremos perante uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, caso se verifique a situação prevista no artigo 10º; ou, em alguns casos, caso haja violação das normas consagradas no RGPD (tal como estabelecido no Considerando 48 da DCSD); ou no caso de terem sido acordadas no contrato atualizações e as mesmas não sejam disponibilizadas ou sejam disponibilizadas mas de forma defeituosa ou incompleta (Considerando 44).

[257] Artigo 14º e Considerando 62.

[258] Isto significa que, tal como estabelecido no n.º 4 do artigo 14º (e no Considerando 65), o consumidor só terá direito à redução proporcional do preço, caso a reposição dos conteúdos ou serviços digitais seja impossível ou desproporcionada (al. a)), caso o profissional não tenha procedido à reposição (al. b)), caso a falta de conformidade continuar apesar de uma tentativa por parte do profissional para os repor em conformidade (al. c)), caso a falta de conformidade seja grave (ex.: no Considerando 65) (al. d)) ou caso o profissional declarar que não irá repor os conteúdos ou serviços digitais em conformidade num prazo razoável e sem inconvenientes significativos para o consumidor (al. e)). O exercício do direito à resolução do contrato só é possível caso a falta de conformidade não for menor (artigo 14º, n.º 6).

[259] Tal pode ser feito através de atualizações ao conteúdo ou serviço digital, por exemplo.

[260] Este padrão de razoabilidade deve ser determinado de forma objetiva, tendo em conta a natureza da falta de conformidade, tal como indicado no Considerando 46.

[261] Nos termos do artigo 14º, n.º 3.

No que diz respeito à redução proporcional do preço, este direito só se aplica, naturalmente, aos casos em que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço. Isto significa que, sempre que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em contrapartida de dados pessoais, o consumidor apenas terá direito à reposição em conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, ou, caso se verifique uma das situações presentes no n.º 4 do artigo 14º, à resolução do contrato[262], uma vez que a redução proporcional do preço, neste caso, seria manifestamente impossível[263]. Não se descura, ainda assim, a hipótese de o direito à redução proporcional do preço se aplicar de forma equivalente aos consumidores que fornecem dados pessoais como contraprestação. Isto é, poderia ser conferido ao consumidor o direito de reduzir a sua contraprestação no caso de um fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, de modo a que o profissional deixasse de ter acesso aos dados pessoais do consumidor, que continuariam a ser fornecidos[264]. No entanto, tendo em conta o cuidado e receio com que os EM têm abordado este tema aquando da transposição da Diretiva para o direito interno, pensa-se que tal hipótese não irá ser adotada, pelo menos para já. Em todo o caso, somos da opinião que, neste caso, a opção de resolver o contrato acautelará, de uma forma mais efetiva, a posição do consumidor.

Há ainda situações em que o consumidor paga um preço e fornece dados pessoais[265]. Neste caso, o consumidor deverá ter direito a todas as vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade[266].

Na hipótese em que os conteúdos ou serviços digitais tenham sido fornecidos em troca do pagamento de um preço, a redução proporcional do preço deve observar o disposto no n.º 5 do artigo 14º no que diz respeito ao critério da proporcionalidade, ou seja, a redução do preço tem de ser proporcional à diminuição do valor dos conteúdos ou serviços digitais relativamente ao

---

[262] Artigo 14º, n.sº 4 e 6 e Considerando 67. Neste caso, o consumidor tem direito à resolução do contrato ainda que a falta de conformidade seja menor.

[263] Conforme referido *supra*, preço e dados pessoais são conceitos claramente distintos.

[264] Conforme referido *supra* no ponto 2.2.2.1.3.

[265] Como, por exemplo, no caso em que o consumidor paga para obter Netflix, hipótese em que os dados pessoais do consumidor são também fornecidos, no limite, de modo a fornecer informações de pagamento.

[266] Considerando 67.

valor que os mesmos teriam se não houvesse desconformidade[267]. Sendo a contrapartida o pagamento de um preço, o consumidor tem apenas direito a resolver o contrato caso a falta de conformidade não seja menor[268].

Mediante o exposto, é possível concluir que o direito do consumidor de resolver o contrato é limitado[269] às situações em que não se verifique ou não seja possível a reposição do conteúdo ou serviço digital em conformidade; quando aplicável[270], caso a falta de conformidade não seja menor; em caso de não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, nos termos do artigo 13º; e caso seja feita uma alteração aos conteúdos ou serviços digitais que tenha um impacto negativo (que não seja menor) no acesso ou utilização dos mesmos, nos termos do artigo 19º, n.ºs 2, 3 e 4. Para exercer este direito, o consumidor comunica a decisão de pôr termo ao contrato mediante declaração ao profissional, nos termos do artigo 15º.

Em caso de resolução do contrato, o profissional deve cumprir as obrigações impostas pelo artigo 16º, nomeadamente: a obrigação de reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato, no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional foi informado da intenção do consumidor em resolver o contrato (artigo 16º, n.º 1 e nos termos do artigo 18º); o profissional deve também cumprir com as obrigações decorrentes do RGPD no que diz respeito aos dados pessoais do consumidor (artigo 16º, n.º 2); abster-se de utilizar quaisquer conteúdos criados ou facultados pelo consumidor ao utilizar os conteúdos ou serviços digitais, nos termos do n.º 3 do artigo 16º e disponibilizar ao consumidor, caso assim o requeira, esses mesmos conteúdos (artigo 16º, n.º 4)[271].

---

[267] Isto é, o cálculo da redução do preço tem de ter em conta a diminuição do valor dos conteúdos e serviços digitais tanto devido à falta de conformidade, como ao período durante o qual o consumidor não pôde usufruir dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade (Considerando 66).

[268] É o profissional que tem o ónus de provar que a falta de conformidade é menor. Artigo 14º, n.º 6.

[269] A intenção do legislador será sempre a de manter o contrato tanto quanto possível. É de notar que, sendo a destruição do contrato um dos últimos remédios que o consumidor tem ao seu alcance, os direitos do consumidor acautelam o princípio do *favor negotii*.

[270] Ou seja, quando os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em troca do pagamento de um preço. Artigo 14º, n.º 6.

[271] Essencialmente, estes conteúdos facultados ou criados pelo consumidor ao aceder a conteúdos ou serviços digitais, consistem em imagens digitais, ficheiros de vídeo e áudio,

O profissional pode ainda impedir que o consumidor utilize posteriormente os conteúdos ou serviços digitais, tornando-os inacessíveis ou desativando a sua conta de utilizador (artigo 16º, n.º 5).

A obrigação do profissional de cumprir com as obrigações decorrentes do RGPD em consequência da resolução do contrato traduz-se, essencialmente, no princípio da limitação da conservação (artigo 5º, n.º 1, al. e) do RGPD), o que significa que os dados pessoais são conservados apenas durante o período necessário para o cumprimento das finalidades para os quais são tratados. Este princípio equivale, paralelamente, ao dever do profissional estabelecido na DCSD de se abster de utilizar os conteúdos criados ou facultados pelo consumidor. No mesmo sentido, o profissional é obrigado a apagar os dados pessoais do consumidor e a cessar o tratamento dos mesmos, independentemente de o consumidor retirar o seu consentimento para o tratamento dos dados (artigo 17º, n.º 1, al. a) e Considerando 65 do RGPD), assim como tem o dever de notificar o consumidor do apagamento dos mesmos (artigo 19º do RGPD).

Já o consumidor, em caso de resolução do contrato, tem direito ao reembolso de todos os montantes pagos no âmbito da execução do contrato (artigo 16º, n.º 1)[272] e de requerer ao profissional os conteúdos que tenha facultado ou criado, que não sejam dados pessoais, aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais (artigo 16º, n.º 4). Relativamente aos dados pessoais, o consumidor tem, ao abrigo do RGPD, direitos similares, como o direito de acesso aos seus dados pessoais e a informações relativas ao seu tratamento (artigo 15º do RGPD) e o direito de receber os dados pessoais que tenha fornecido (direito de portabilidade dos dados plasmado no artigo 20º do RGPD). O consumidor tem ainda, ao abrigo do RGPD, o direito ao apagamento dos dados (ou o direito ao esquecimento) nos termos do artigo 17º do RGPD, que irá ser melhor desenvolvido *infra*. O Considerando 38

---

conteúdos criados em dispositivos móveis, entre outros. A título de exemplo podemos pensar no caso das fotografias partilhadas pelo consumidor ao aceder e utilizar o Instagram. Considerando 69.

[272] No caso de se tratar de um conteúdo ou serviço digital fornecido durante um determinado período de tempo, o consumidor apenas terá direito ao reembolso da parte proporcional do preço pago correspondente ao período durante o qual o conteúdo ou serviço digital não esteve em conformidade, bem como a qualquer parte do preço pago antecipadamente relativa ao período remanescente do contrato caso este não tivesse cessado (artigo 16º, n.º 1 e Considerando 68).

in fine da DCSD prevê que estes direitos são aplicáveis a todos os dados pessoais fornecidos pelo consumidor no contexto do contrato e quando o consumidor resolve o contrato, nos termos da Diretiva.

O consumidor tem, ainda, direito aos meios de ressarcimento estabelecidos para uma falta de conformidade, caso a mesma derive de infrações a direitos de terceiros, em especial, direitos de propriedade intelectual (conforme o artigo 10º da DCSD)[273], a não ser que o direito nacional determine a nulidade ou a resolução do contrato nesses casos.

No capítulo dos deveres, o consumidor encontra-se adstrito à observância do disposto no artigo 17º e, portanto, deve abster-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais objeto do contrato, bem como privar-se de colocá-los à disposição de terceiros (artigo 17º, n.º 1) e, caso se aplique, devolver ao profissional o suporte material onde os conteúdos digitais foram fornecidos (artigo 17º, n.º 2).

Os EM são livres de regular os efeitos dos contratos, incluindo as consequências da resolução do contrato, na medida em que não sejam reguladas pela DCSD[274].

Segundo o Considerando 73, o consumidor deverá ter direito a exigir o ressarcimento dos prejuízos causados por uma falta de conformidade ou pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais. Tal ressarcimento deve repor o consumidor, tanto quanto possível, na posição em que estaria caso não existisse a respetiva falta de conformidade ou o não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais.

3.2. O direito do consumidor de retirar o consentimento

A articulação da DCSD com o RGPD tem suscitado diversas questões, sendo uma delas a de saber se o cumprimento das obrigações decorrentes do RGPD afeta os direitos e obrigações contratuais das partes.

O Considerando 39 da DCSD prevê que o direito do consumidor de retirar o consentimento dado para o tratamento de dados pessoais deverá

---

[273] A violação dos direitos de terceiros pode resultar num funcionamento ineficaz do conteúdo ou serviço digital, de tal modo que impede o consumidor de usufruir dos conteúdos ou serviços digitais. *Vide*, Considerandos 53 e 54.

[274] Artigo 3º, n.º 10 e Considerando 12.

aplicar-se integralmente no contexto dos contratos abrangidos pela Diretiva, no entanto, a regulação das consequências contratuais da retirada do consentimento pelo consumidor foram deixadas para o direito nacional[275].

O direito do consumidor a retirar o consentimento para o tratamento dos dados está previsto no artigo 7º, n.º 3 do RGPD e tem de ser comunicado pelo profissional antes de o consumidor dar o seu consentimento, caso contrário, o consentimento não será considerado como prestado livremente[276]. O modo de exercício deste direito não é definido no RGPD. É referido apenas que o consentimento tem de ser tão fácil de retirar quanto de dar[277]. Como consequência de o consumidor retirar o seu consentimento, prevê-se no artigo 17º, n.º 1, al. b) o direito do consumidor obter do profissional o apagamento dos seus dados (ou o direito a ser esquecido). O fundamento inerente ao direito de o consumidor retirar o seu consentimento e obter o apagamento dos seus dados reside na lógica de que o consumidor deu o seu consentimento livremente[278]. De facto, o consentimento não se considera como prestado de livre vontade caso o titular dos dados não possa recusar nem retirar o seu consentimento sem ser prejudicado, tal como disposto no Considerando 42 *in fine* do RGPD.

Caso o consumidor retire o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais (artigo 7º, n.º 3 do RGPD), tal não afeta a legalidade do tratamento efetuado anteriormente com base no consentimento dado pelo consumidor, isto é, não tem efeito retroativo. A dúvida permanece quanto às restantes consequências para o contrato.

De notar que o tratamento dos dados pessoais pode sempre ser baseado noutras finalidades constantes do artigo 6º, n.º 1 do RGPD. Nesse caso, assim que o consumidor retire o seu consentimento, o tratamento pode permanecer válido à luz de outra finalidade[279].

No projeto de transposição da Diretiva para o direito interno holandês, foi estabelecido que, nos contratos em que o consumidor fornece dados pessoais e opte por retirar o seu consentimento para o tratamento dos

---

[275] Considerando 40.

[276] Considerando 42 RGPD.

[277] Artigo 7º, n.º 3, *in fine* do RGPD.

[278] M. B. M. Loos, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 230-232.

[279] Tal pode ser retirado do disposto no artigo 17º, n.º 1, al. b) do RGPD.

mesmos, tal equivale a uma rescisão unilateral do contrato, na medida em que se entende que o consumidor já não está vinculado ao negócio[280]. Tendemos a concordar com esta opção, ainda que tal rescisão unilateral do contrato tenha de ser considerada com cautela. No mesmo projeto foi ainda entendido que a declaração de retirada do consentimento por parte do consumidor não tem de ser feita em separado da intenção de resolver o contrato[281], ao contrário do que é exigido no momento de consentir no tratamento dos dados.

Apesar dos dados pessoais do consumidor serem considerados, nestes contratos, como uma contraprestação, não significa que o profissional tenha direito a reclamá-la (como teria no âmbito de outros contratos onerosos), tendo em conta todos os contornos que esta contraprestação apresenta, conforme foi analisado. A retirada do consentimento é um direito conferido ao consumidor que não pode ser negado nem afastado, tal é salvaguardado pelo disposto no artigo 3º, n.º 8 da DCSD, o qual prevê que, em caso de conflito entre as disposições da Diretiva e do RGPD, este último prevalece.

Sendo um direito conferido ao consumidor, este não pode ficar prejudicado por exercer o seu direito. Isto significa que, caso o consumidor retire o seu consentimento para o tratamento dos dados, não pode ser responsabilizado por uma violação do contrato[282], até porque o valor obtido pelo profissional através do tratamento dos dados pessoais do consumidor já terá sido gerado antes da retirada do consentimento por parte do consumidor[283] e não será afetado, uma vez que o exercício deste direito não tem efeitos retroativos. Não obstante, o profissional terá eventualmente o direito de fazer cessar as suas obrigações e, assim, impedir o acesso do consumidor aos conteúdos ou serviços digitais fornecidos[284].

De notar que estas questões surgem nos casos em que o consumidor retire o seu consentimento durante a execução do contrato. Caso o consumidor retire o consentimento já depois de resolvido o contrato, estas questões já não se suscitam.

---

[280] M. B. M. Loos, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 238-239.

[281] Ibid.

[282] C. Langhanke; M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, 2015, pp. 221-223.

[283] M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, 2017, pp. 204-206.

[284] M. B. M. LOOS, *The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands*, 2021, pp. 239-240.

3.3. A questão da exceção de não cumprimento

Também foi deixado à liberdade dos EM a aplicabilidade ou não da exceção de não cumprimento do contrato, nomeadamente em caso de falta de conformidade, o consumidor ter o direito a reter o pagamento do preço ou parte dele até que o profissional reponha a conformidade do conteúdo ou serviço digital. Ou ainda na hipótese de o profissional ter o direito de reter qualquer reembolso devido ao consumidor aquando da resolução do contrato até que o consumidor devolva o suporte material ao profissional[285]. No entanto, nada foi referido na DCSD quanto à possibilidade de aplicação da exceção de não cumprimento aos contratos em que o consumidor fornece dados pessoais como contrapartida contratual.

A exceção de não cumprimento do contrato é consubstanciada pela sinalagmaticidade[286]. Como vimos[287], nos contratos sinalagmáticos, as partes têm obrigações recíprocas, o que significa que uma prestação vai surgir em função do surgimento da outra, a contraprestação[288]. Este nexo entre duas prestações pode emergir no momento da constituição do contrato, caso em que se denomina *sinalagma genético*[289]; ou durante toda a vida do contrato, caso em que se intitula *sinalagma funcional*, especialmente patente nas obrigações duradouras[290]. Este último resulta da lógica de que a interdependência entre as duas prestações deve ser mantida ao longo de todo o contrato, logo, estando elas em correlação, uma das prestações não deve ser executada sem a outra e caso uma das prestações se impossibilite,

---

[285] Considerando 15 DCSD.

[286] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199.

[287] *Vide*, Ponto 2.2.2.1.1.

[288] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198.

[289] Como é o caso de um contrato de compra e venda. Num contrato desta natureza, uma das partes assume pagar o preço e a outra assume entregar a coisa objeto do contrato, sendo que esperam receber a entrega da coisa e o preço correspondente, respetivamente. A partir do momento da celebração do contrato, o preço é devido e a propriedade transfere-se, terminando aqui a relação entre as partes e, consequentemente, a reciprocidade das obrigações das mesmas. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199.

[290] Neste caso, uma das prestações vai sendo produzida para que a contraprestação seja recebida, tal como sucede no contrato de trabalho. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, 2010, pp. 198-199. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 446-447 sustenta que este é o caso dos contratos de fornecimento.

a outra também se deve extinguir[291]. É aqui que surge a figura da exceção de não cumprimento do contrato.

Nos termos do artigo 428º do Código Civil, cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo. A letra da lei indica precisamente que esta exceção tem lugar no caso dos contratos bilaterais, o que significa, como vimos, que se aplica sempre que esteja em causa um contrato sinalagmático, visto que esta figura assenta na relação de correspetividade que existe entre as prestações das partes. É necessário, ainda, que não existam prazos diferentes para o cumprimento das prestações. Almeida Costa defende que o verdadeiro sentido deste pressuposto é que "o excecionante não se encontre obrigado a cumprir antes da contraparte"[292]. De facto, parece ser essa a *ratio* do preceito, caso contrário não faria sentido que a parte que é obrigada a cumprir primeiro pudesse recusar o cumprimento da prestação, não tendo ainda a contraparte incumprido com a sua obrigação. Assim, conclui-se que a primeira parte do n.º 1 do artigo 428º se aplica apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir a obrigação em primeiro lugar, havendo sempre lugar à admissibilidade da exceção de não cumprimento pela parte que é obrigada a cumprir num segundo momento[293], no caso de obrigações com prazos diferentes. A lei prevê ainda uma hipótese em que, mesmo havendo lugar a prazos diferentes, a exceção pode operar tanto para o contraente que é obrigado a prestar em primeiro lugar como para aquele que está obrigado a prestar em segundo lugar. Trata-se da situação prevista no artigo 429º do Código Civil, ou seja, na hipótese de se verificar alguma das circunstâncias que impliquem a perda do benefício do prazo quanto ao outro contraente (artigo 780º do Código Civil). Adicionalmente, este instituto deve operar sempre nos limites da boa fé, sob pena de incitar ao abuso de direito (artigo 334º do Código Civil)[294].

---

[291] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2017, pp. 196-198.

[292] M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 365-366. No mesmo sentido, L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259.

[293] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259.

[294] A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, 2010, pp. 140-141 defende que tal pode suceder no caso em que uma das partes recuse a prestação com a justificação de um pequeno atraso na contraprestação, "quando nada leve a fazer crer a sua intenção de não cumprir, em definitivo".

Há ainda quem defenda[295] que a exceção de não cumprimento pode ser aplicável no caso de cumprimento defeituoso, desde que se tenha em consideração o princípio da boa fé (artigo 762º, n.º 2 do Código Civil) e se conclua pela existência de um defeito que não seja de menor importância[296]. Assim, no caso de ocorrer um cumprimento defeituoso por uma das partes, num contrato sinalagmático, cabe à contraparte o direito de não cumprir com a sua obrigação correlativa enquanto a prestação defeituosa não tiver sido corrigida[297]. Neste caso, caberá à parte que pretender fazer-se valer da exceção, provar que os defeitos existentes tornam inadequada a prestação[298].

Este instituto distingue-se da resolução por incumprimento, uma vez que na exceção de não cumprimento apenas se verifica um atraso no cumprimento da obrigação, já na resolução por incumprimento o contrato é definitivamente destruído[299].

Uma vez clarificada a figura da exceção de não cumprimento do contrato e a sua extensão, cabe analisar a sua aplicabilidade no âmbito dos contratos objeto da DCSD. Ora, caso o conteúdo ou serviço digital seja fornecido em contrapartida do pagamento do preço, não surgem questões de elevada relevância quanto à aplicação desta figura a esses mesmos contratos. Aliás, conforme vai ser analisado *infra*, o legislador português, na transposição da DSCD para o direito interno, optou por concretizar a exceção de não cumprimento nestes casos, facultando ao consumidor o direito a recusar o pagamento do preço até que o profissional cumpra com as suas obrigações. A questão controversa reside em saber se esta figura pode ou não ser aplicável aos contratos em que o consumidor fornece os seus dados pessoais como contraprestação.

---

[295] M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 363-365; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 257-259; Ac. do TRC, de 10/05/2005 (Sousa Pinto); Ac. do STJ de 30/11/2000 (Miranda Gusmão).

[296] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 258-259 defende que a exceção de não cumprimento pode ser aplicável caso os defeitos de que a prestação padece prejudiquem a integral satisfação do interesse do credor. Considera também que, atendendo ao interesse do credor, caso os defeitos da prestação sejam de escassa importância, já não há lugar à admissibilidade da exceção, aplicando analogicamente o artigo 802º, n.º 2. No mesmo sentido, J. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 2000, pp. 398-402.

[297] Ac. do TRC, de 10/05/2005 (Sousa Pinto).

[298] L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2017, pp. 258-259.

[299] M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2009, pp. 365-367.

Somos da opinião que, de modo a assegurar uma efetiva proteção do consumidor, os mesmos direitos devem ser atribuídos tanto ao consumidor que paga um preço, como ao consumidor que fornece dados pessoais. Assim, caso o profissional não cumpra com as suas obrigações, parece-nos que o consumidor deverá ter igualmente direito a recusar qualquer fornecimento adicional de dados pessoais, na medida em que, tal como referido no Considerando 24 da DCSD, os dados pessoais podem ser fornecidos ao profissional no momento da celebração do contrato ou posteriormente. Em termos práticos, poderá ser efetivamente difícil que o consumidor consiga ter algum controlo sobre os dados que está a fornecer ao profissional, principalmente no que diz respeito aos dados que são recolhidos de uma forma contínua, sem necessidade adicional de o consumidor permitir o acesso do profissional aos mesmos. Assim, no limite, poderá ser conferido ao consumidor o direito de oposição previsto no artigo 21º do RGPD ou o direito à limitação do tratamento dos dados (artigo 18º do RGPD) e o profissional será obrigado a cessar o tratamento dos dados até que cumpra com as suas obrigações contratuais.

4. Projeto e abordagem da transposição da diretiva (ue) 2019/770 para o direito interno

A opção do legislador foi a de transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/771 e a Diretiva (UE) 2019/770 num só diploma, o que contribui para a harmonização dos direitos do consumidor num diploma completo e apto a fazer frente aos desafios impostos pela economia digital. O Projeto de Decreto-Lei n.º 1049/XXII/2021[300] vem assim projetar a revogação do Decreto-Lei n.º 67/2003 e reforçar os direitos dos consumidores na aquisição de bens móveis, imóveis e conteúdos e serviços digitais[301].

---

[300] Projeto de Decreto-Lei que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo para o direito interno as Diretivas (UE) 2019/771 (UE) e 2019/770 (Reg. DL 1049/XXII/2021), 2021, (doravante "Projeto de Decreto-Lei").

[301] Projeto de Decreto-Lei, p. 7. No que aqui se concerne, apenas se vai proceder à análise dos aspetos relativos aos conteúdos e serviços digitais e, portanto, à transposição da Diretiva (UE) 2019/770.

A transposição da DCSD está consagrada no Capítulo III do referido Projeto de Decreto-Lei. Essencialmente, e tendo em conta que a DCSD é de harmonização máxima, não há grandes diferenças a nível de regime, ainda assim, algumas considerações podem ser feitas.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante "CNPD"), no Parecer 100/2021[302] relativo à transposição para a ordem jurídica portuguesa da Diretiva (UE) 2019/771 e da Diretiva (UE) 2019/770, alertou para a necessidade de densificação da transposição da norma constante do artigo 3º, 2ª parte da DCSD, de modo a clarificar que o legislador não pretende incentivar a prática baseada na monetização dos dados pessoais, mas apenas garantir aos consumidores os mesmos direitos que teriam caso o conteúdo ou serviço digital fosse fornecido em contrapartida de um preço pago[303]. Esta preocupação tinha sido já realçada por outras entidades[304] e concretizada no Considerando 24 da DCSD[305]. A CNPD asseverou, ainda, que uma interpretação do artigo 3º da DSCD no sentido de se reconhecer a possibilidade de monetização ou mercantilização dos dados pessoais, atenta contra o disposto no artigo 35º da CRP e no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que defendeu que não só se deve deixar claro que não se incentiva a prática de monetização de dados pessoais, mas também que tal não deve ser reconhecido na lei[306].

A DCSD conferiu aos EM a liberdade de alargar o âmbito de aplicação da Diretiva às situações em que o profissional recolhe os dados pessoais do consumidor exclusivamente para fornecer os conteúdos ou serviços digitais, ou apenas para efeitos de cumprimento de requisitos legais. Ainda assim, o legislador nacional optou por manter estes casos como exceção à aplicação do Projeto de Decreto-Lei[307].

---

[302] Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100.

[303] Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, pontos 19 e 21.

[304] *Vide*, European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 2017, pp.7-9. E ponto 2.1.2.

[305] "(...) Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato. (...)".

[306] Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 21.

[307] Artigo 3º, n.º 3 do Projeto de Decreto-Lei.

Relativamente aos direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, foram concretizados os meios pelos quais o consumidor declara ao profissional que pretende exercer o direito de resolução do contrato. A declaração pode ser assim efetuada (designadamente, pelo que se admitem outras vias) através de carta, correio eletrónico ou por outro meio suscetível de prova[308].

O legislador nacional optou por prever que, em caso de falta de conformidade, ao consumidor assiste o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o profissional cumpra as obrigações previstas no DL[309], o que representa uma consagração expressa da exceção de não cumprimento do contrato. Como vimos, a DCSD previa que os EM eram livres de consagrar este direito na sua ordem jurídica interna[310]. Ainda assim, tanto na DCSD como na opção tida pelo legislador nacional no Projeto de Decreto-Lei, esta exceção apenas diz respeito às situações em que o consumidor paga um preço pelo conteúdo ou serviço digital, deixando de fora os contratos em que o consumidor fornece os seus dados pessoais como contrapartida. Isto significa que, caso o profissional incumpra com alguma das suas obrigações contratuais, o consumidor que forneceu os dados pessoais como contrapartida apenas vai ter direito a, no limite, resolver o contrato. Esta solução contraria o princípio do *favor negotii*, na medida em que o consumidor, devido a um vício que pode ser temporário, se vê obrigado a quebrar o vínculo contratual e a destruir o contrato. Já o consumidor que pagou um preço pelo conteúdo ou serviço digital é favorecido em termos de proteção, podendo optar por invocar a exceção de não cumprimento, em face de uma situação de incumprimento temporário, permanecendo vinculado ao contrato que poderá ainda ser cumprido.

Tanto a DCSD como o Projeto de Decreto-Lei, mantiveram-se silenciosos no que diz respeito aos direitos do profissional caso o consumidor não cumpra com a sua obrigação de fornecer os dados pessoais (ou o pagamento do preço). Esta opção é compreensível na medida em que se trata de legislação no âmbito da defesa do consumidor, sendo esta a parte mais fraca do contrato e, consequentemente, assumindo-se prioritária a

---

[308] Artigo 35º, n. º 10 do Projeto de Decreto-Lei.

[309] Artigo 35º, n.º 11 do Projeto de Decreto-Lei.

[310] Considerando 15 DCSD.

proteção do consumidor. Assim, será uma questão que caberá ao direito nacional resolver. Na ordem jurídica portuguesa, no limite, o profissional pode sempre apoiar-se nas normas do Código Civil, nomeadamente no artigo 795º, n.º 1, ficando assim desobrigado da contraprestação, ou, caso já a tenha realizado, exigir a sua restituição.

No artigo 36º, n.º 3 do Projeto de Decreto-Lei foi estabelecido que, em caso de resolução do contrato, "o profissional abstém-se de utilizar quaisquer conteúdos, ainda que não sejam dados pessoais, facultados ou criados pelo consumidor (...)" [sublinhado nosso], o que significa que se inserem nesta norma tanto os dados pessoais, como os dados que não sejam considerados dados pessoais[311]. A opção do legislador nacional em abranger também os dados pessoais nesta norma, afigura-se-nos positiva, visto que uma vez resolvido o contrato, deixa de existir fundamento lícito para o tratamento dos dados pessoais (artigo 5º, n.º 1, al. a) do RGPD). De notar que, se as obrigações do profissional em caso de resolução, previstas no artigo 36º, n.ºs 1 a 5 forem violadas, tal constitui contraordenação económica grave, punível, nos termos do artigo 48º, n.º 1, al. i) do Projeto de Decreto-Lei.

O dever do profissional de disponibilizar os conteúdos fornecidos ou criados pelo consumidor durante a utilização dos conteúdos ou serviços digitais, presente no artigo 16º, n.ºs 3 e 4 da DCSD, foi também alargado, de modo a abranger os dados pessoais[312]. Assim, quando estejam em causa dados pessoais, prevê-se o exercício do direito à portabilidade dos dados, nos termos do artigo 20º do RGPD[313].

A CNPD considerou positiva a previsão da norma constante do artigo 36º, n.º 7 do Projeto de Decreto-Lei, a qual dispõe que, em caso de resolução do contrato, o profissional deve cumprir as obrigações decorrentes do RGPD no que respeita aos dados pessoais do consumidor[314]. Nos termos do artigo 4º, n.º 7 do RGPD, o profissional é considerado o responsável pelo tratamento de dados, o que significa que está sujeito às obrigações dos responsáveis previstas no RGPD. Todavia, a CNPD chamou a atenção para o facto de

---

[311] A DCSD restringe esta norma, no artigo 16º, n.º 3, apenas aos conteúdos "que não sejam dados pessoais".

[312] No Projeto de Decreto-Lei, artigo 36º, n.º 4 *in fine*: "(...) ainda que não sejam dados pessoais".

[313] Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, ponto 24.

[314] Ibid., ponto 25.

a norma que remete para o cumprimento das obrigações do RGPD, não constar em mais nenhuma disposição ao longo do Projeto de Decreto-Lei e apenas estar presente no que diz respeito às obrigações do profissional em caso de resolução do contrato[315]. Assim, sugeriu a introdução de uma disposição que expressamente refira que todos os tratamentos de dados pessoais decorrentes da aplicação do Decreto-Lei em questão "respeitem os princípios relativos ao tratamento de dados, bem como os direitos dos titulares dos dados, neste caso os consumidores, nomeadamente o direito de informação, de acesso, de retirar o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais, o direito de retificação e ao apagamento dos dados, bem como as vias de recursos previstas no RGPD"[316]. No entanto, no artigo 52º do Projeto de Decreto-Lei foi assegurada tal disposição, referindo o n.º 1 que o (futuro) DL não prejudicará a aplicação do RGPD e que, em caso de conflito, o último prevalece (artigo 52º, n.º 2).

De facto, a DCSD estabelecia já nos Considerandos 37 e 48 que o regime jurídico do RGPD era plenamente aplicável a quaisquer dados pessoais tratados no âmbito dos contratos abrangidos pela Diretiva; que em caso de conflito entre a DCSD e o RGPD, este último prevalecia; que a Diretiva não deveria prejudicar os direitos, obrigações e meios de ressarcimento não contratuais previstos no RGPD; e ainda que, caso fossem violados os princípios fundamentais do RGPD, tal poderia ser considerado uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com os requisitos subjetivos ou objetivos de conformidade estabelecidos na DCSD[317].

No Considerando 12 da DCSD, estabelecia-se que a Diretiva não deveria afetar as disposições nacionais relativas às vias de ressarcimento não contratuais para o consumidor por responsabilidade de pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual ou de outras pessoas que cumpram as obrigações das primeiras. Neste sentido, o artigo 40º do Projeto

---

[315] Ibid., ponto 26.

[316] Ibid., ponto 27.

[317] Como é sabido, os Considerandos têm como objetivo fundamentar as disposições normativas, de modo a fornecer informações sobre as intenções legislativas, pelo que devem ser considerados aquando da interpretação e transposição de uma Diretiva. *Vide*, União Europeia, "Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia", 2016, pp. 30-32; S. Reiner; S. Dirk; W. Jonathan, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, 2020, pp. 38 e 66.

de Decreto-Lei consagrou o direito de o consumidor optar por exigir do produtor a reparação ou substituição do conteúdo ou serviço digital que apresente uma falta de conformidade. Esta solução é idêntica à já estabelecida no artigo 6º do Decreto-Lei n.º 67/2003, no que diz respeito à responsabilidade direta do produtor.

A atribuição de competência de fiscalização, instrução de processo e aplicação de coimas foi atribuída à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), nos termos do artigo 47º do Projeto de Decreto-Lei, conforme já era também previsto para os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial[318].

Face ao Direito vigente, uma das alterações a assinalar no Projeto de Decreto-Lei consiste na eliminação da obrigação do consumidor de notificar o profissional de uma falta de conformidade dentro de um período específico. O Decreto-Lei n.º 67/2003 previa, no n.º 2 do artigo 5º-A, que o consumidor tinha o dever de denunciar ao vendedor a falta de conformidade no prazo de dois meses ou de um ano a contar da data em que a tenha detetado, caso se tratasse de bem móvel ou imóvel, respetivamente. Contudo, no que diz respeito aos conteúdos e serviços digitais, a justificação de tal dever do consumidor não ser exigido prende-se com o nível de harmonização da DCSD, que sendo uma Diretiva de harmonização máxima, impede os EM de prever quaisquer requisitos formais ou materiais adicionais para o exercício dos direitos pelo consumidor, como é o caso da obrigação do consumidor notificar o profissional de uma falta de conformidade dentro de um período específico (tal como previsto no Considerando 11 da DCSD).

Por último, é de salientar que a Diretiva 2019/2161[319], que veio alterar, entre outras, a Diretiva 2011/83/UE, prevê no artigo 4º, n.º 2, al. b) uma alteração ao âmbito de aplicação da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores (artigo 3º), alargando-o de modo a que possa abranger, precisamente, os contratos "ao abrigo dos quais o profissional forneça ou se comprometa a prestar um serviço digital ao consumidor e este

---

[318] Artigo 30º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

[319] Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores.

fornece ou se compromete a facultar dados pessoais"[320]. Isto significa que, uma vez transposta a Diretiva 2019/2161 para o ordenamento jurídico nacional, os consumidores que contratem um conteúdo ou serviço digital em contrapartida do fornecimento de dados pessoais estarão também protegidos ao abrigo desta legislação.

5. Conclusão

A Diretiva (UE) 2019/770 foi um importante passo na proteção do consumidor digital. Os contratos digitais vão estar sempre em constante evolução, com a aparição de novos modelos económicos, pelo que é importante que a legislação em matéria de defesa do consumidor seja suficientemente ampla para que não seja necessário operar constantes alterações, mas ao mesmo tempo suficientemente concreta para efetivar a melhor proteção do consumidor digital.

Apesar das reticências e dos receios inerentes a uma legislação que viesse regular os contratos nos quais o consumidor fornece os seus dados pessoais em contrapartida do fornecimento de um conteúdo ou serviço digital, é indispensável que se compreenda que a Diretiva não pretende criar um mercado para os dados pessoais, apenas reconhece uma prática social que já existe e atribui aos consumidores meios de defesa equilibrados e adequados.

A DCSD veio trazer ao espaço europeu uma harmonização de direitos do consumidor a nível digital, complementando assim a proteção do consumidor a nível nacional e colmatando o vazio legal a nível europeu no que diz respeito aos direitos do consumidor em caso de não fornecimento ou não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais.

A urgente adaptação do direito interno a estes contratos reclama uma análise mais fundamentada sobre a interconexão dos contratos objeto da DCSD e o direito interno, de forma a que a sua aplicabilidade prática seja efetivada. Desse modo, a classificação do contrato é um elemento fundamental para que se possa aferir quais as normas a aplicar. Compreender o contrato subjacente é meio caminho andado para que o direito nacional

---

[320] Considerando 33 da Diretiva (UE) 2019/2161.

possa ser plenamente aplicável e, assim, resulte facilitada a proteção do consumidor nestes ambientes.

Apreendidas as considerações que tivemos oportunidade de tecer acerca da classificação, formação e validade do contrato, cabe concretizar as consequências da celebração do contrato subjacente. Do lado do consumidor, a DCSD deixa claro os seus direitos, já do lado do profissional apenas se apresentam deveres. Se, por um lado, a DCSD regula as consequências contratuais em caso de não fornecimento ou de não conformidade do conteúdo ou serviço digital, por outro lado, muitas são as realidades a nível consequencial que são deixadas de fora e, assim, à mercê da liberdade dos EM.

Muitas normas de Direito dos Contratos e Direito das Obrigações em geral foram pensadas para relações contratuais em que é adquirido um bem mediante o pagamento de um preço. Ora, nos contratos que aqui estudamos, não temos um bem (mas sim um conteúdo ou serviço digital) nem é pago um preço (sendo antes fornecidos dados pessoais). Por esta razão se afigura necessário enquadrar estes "novos" contratos nas matérias de Direito Civil já estabelecidas no nosso ordenamento jurídico.

Analisando o contrato, é possível classificá-lo como um contrato sinalagmático e oneroso. De resto, muitas vão ser as normas de direito nacional que, com as necessárias adaptações, se aplicarão aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da DCSD.

Estes novos contratos em que os dados pessoais do consumidor são utilizados como contraprestação contratual, trazem consigo novos desafios de articulação com a legislação aplicável em matéria de dados pessoais, nomeadamente com o RGPD. Tal acontece pelo facto de a proteção dos dados pessoais ser considerada um direito fundamental da pessoa em causa e, por conseguinte, merecerem uma elevada proteção. Situações como a retirada do consentimento para o tratamento dos dados por parte do consumidor são bastante desafiantes a nível contratual. De que forma vão impactar o contrato subjacente vai depender das normas do direito interno de cada Estado-Membro.

Muitas foram as matérias deixadas à liberdade de conformação legislativa dos EM, o que se deve ao facto de o legislador europeu incentivar a adoção de uma legislação comunitária que seja plenamente aplicável nos diversos ordenamentos jurídicos europeus. Ao tempo deste trabalho, ainda não havia sido publicado o DL que procedeu à transposição da Diretiva comunitária

para a ordem jurídica interna portuguesa, ainda assim, quedando-nos pela análise do Projeto de Decreto-Lei que nos permitiu a produção de algumas considerações sobre aquele que será o novo regime de proteção do consumidor, agora adaptado aos contratos digitais.

Bibliografia

Acquisti, Alessandro; Taylor, Curtis; Wagman, Liad, "The Economics of Privacy", in: *Journal of Economic Literature*, Vol. 54, N.º 2, 2016, pp. 442-92, disponível em: <https://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/AcquistiTaylorWagman-JEL-2016.pdf>

Albuquerque, Pedro de, *Direito das Obrigações: contratos em especial*, Almedina, 2008

Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2009

Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2000

B. M. Loos, Marco, "The (Proposed) Transposition Of The Digital Content Directive In The Netherlands", in *JIPITEC*, Vol. 12, N.º 2, 2021, pp. 229-240, disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5296/loos_pdf.pdf>

Bedir, Cembre, *Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, 2018, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342833817_Data_as_Counter-performance_Yet_another_point_where_digital_content_contracts_and_the_GDPR_conflict>

Borgesius, Frederik Zuiderveen; Helberger Natali; Reyna Agustin, "The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between EU Consumer Law And Data Protection Law", in *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/54.5/COLA2017118>

Cámara Lapuente, Sergio, "Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice", in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?,* Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 163-192

Chacón, Ignacio Fernández, "Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework", in: *European Review of Private Law*, Vol. 29, Issue 3, 2021, pp. 517-544, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/29.3/ERPL2021026>

Dias Pereira, Alexandre L., "Contratos de Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 11-35

Efroni, Zohar, "Gaps and opportunities: The rudimentary protection for "data--paying consumers" under new EU consumer protection law", in *Common Market Law Review*, Vol. 57, Issue 3, 2020, pp. 799-830, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/57.3/COLA2020693 >

Eggers, William; Hamill, Rob; ALI, Abed, "Data as the new currency", in: *Deloitte Review*, Issue 13, 2013, pp. 18-31, disponível em: https://www2.deloitte.com/us/en/insights/deloitte-review/issue-13/data-as-the-new-currency.html

Fries, Martin, *Data As Counter-Performance in B2B Contracts*, 2019, disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3464602 >

Hacker, Philipp, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive" in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?,* Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 46-76

Helberger, Natali; Zuiderveen Borgesius, Frederik; Reyna, Agustin, "The Perfect Match? A Closer Look At The Relationship Between Eu Consumer Law And Data Protection Law", in: *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465

Kull, Irene, "Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences", in *Juridiskā zinātne / Law*, N.º 13, 2020, pp. 33-49

Langhanke, Carmen; Schmidt-Kessel, Martin, "Consumer Data as Consideration" in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 4, Issue 6, 2015, pp. 218-223, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/4.6/EuCML2015042>

Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk, *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?,* Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020

Manko, Rafal; Monteleone, Shara, "Contracts for the supply of digital content and personal data protection", *European Parliamentary Research Service*, 2017, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI%282017%29603929_EN.pdf>

Matera, Donato Maria, "Personal Data as Counter-Performance and Consumer Protection: An Unfair Commercial Practices Italian Decision", in *NOVA Consumer Lab*, 2021, disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/personal-data--as-counter-performance-and-consumer-protection-an-unfair-commercial--practices-italian-decision/>

Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil Português I*, Tomo III, 2ª edição, Almedina, 2007

Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II, Almedina, 2010

Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, Almedina, 2010

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 14ª edição, Almedina, 2017

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 11ª edição, Almedina, 2017

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 8ª edição, Almedina, 2013

Metzger, Axel, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?,* Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 23-46

Metzger, Axel, "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?", in *JIPITEC*, Vol. 8, n.º 2, 2017, disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528/jipitec_8_1_2017_metzger_data%20as%20counter--performance.pdf>

Metzger, Axel; Efroni, Zohar; Mischau, Lena; Metzger, Jakob, "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", in: *JIPITEC*, Vol. 9, N.º 1, 2018, pp. 90-109, ISSN 2190-3387, disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4682/JIPITEC_9_1_2018_90-109_Metzger_et_al >

Midorović, D Sloboda; Sekulić, B Miloš, "A new function of personal data in the light of the contract for the supply of digital content and digital services", *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, Vol. 53, Br. 3, 2019, pp. 1145-1166

Milà Rafel, Rosa, "The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity", in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 24, 2017, pp. 50-63, disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78850913005.pdf>

Miranda Barbosa, Mafalda, "Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuitidade", in *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1809-1852, disponível em < https://www.revistadedireitocomercial.com/negocios-onerosos-e-gratuitos>

Miranda Barbosa, Mafalda, "Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação De Interioridade Constitutiva. Os Beneficiários Da Proteção E A Responsabilidade Civil", in *AB INSTANTIA*, Ano V, n.º 7, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 13-47, disponível em: <http://abreuadvogados.com/wp-content/uploads/2021/03/protecao-de-dados-e-direitos-de-personalidade.pdf>

Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª edição, Almedina, 2020

Morais Carvalho, Jorge, "Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português" in *RED – Revista Electrónica de Direito*, Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP, n.º 3, Vol. 20, 2019, pp. 64-87, disponível em: <https://cije.up.pt//client/files/0000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf>

Mota Pinto, Carlos Alberto; Pinto Monteiro, António; Mota Pinto, Paulo, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

Narciso, Madalena, "'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law", in: *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 5, 2017, pp. 198-206, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/6.5/EuCML2017044>

Narciso, Madalena, "Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo – Breve Reflexão", in: *Anuário do Nova Consumer Lab,* Ano 1, 2019, pp. 129-147

Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

Oliveira Ascensão, José, "Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)", in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 44, n.º 1-2, 2003, pp. 245-246

Pais de Vasconcelos, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª edição. Almedina, 2010

Pires de Lima e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010/1997

Ramberg, Christina, "Digital Content – A Digital CESL II – A Paradigm for contract law via the backdoor?", in: *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, pp. 315-328

Robert, Romain; Smit, Lara, "The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law", in: *ERA Forum*, Vol. 19, 2018, p. 159-177, disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0506-7.pdf>

Schmidt-Kessel, Martin, "Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract" in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 127-146

Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk; Watson, Jonathan, *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2020

Sein, Karin e Spindler, Gerald, "The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2", in *European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 4, 2019, pp. 265-391

Sein, Karin e Spindler, Gerald, "The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1," in *European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 3, 2019, pp. 257-279

Sénéchal, Juliette, "Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data", in *Data as Counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Nomos, 2020, pp. 147-162

Spindler, Gerald, "Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content", in: *European Review of Contract Law*, Vol. 12, Nº 3, Kluwer Law International, 2016, pp. 183-217, disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2016-0012/html>

Staudenmayer, Dirk, "The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy", in: *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, Kluwer Law International, 2020, pp. 219-250, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020012>

Tommasi Sara, "The 'New Deal' for Consumers: Towards More Effective Protection?", in: *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 311-332, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020016>

Vanherpe, Jozefien, "White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content", in *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, Kluwer Law International, 2020, pp. 251-274, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/28.2/ERPL2020013>

Versaci, Giuseppe, "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", in *European Review of Contract Law*, Vol. 14, Issue 4, 2018, pp. 374-392.

Textos e Legislação da União Europeia

Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on the right to data portability, WP 242 rev.01, (2016-12-13), disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611233/en>

Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of the Directive 95/46/EC, 844/14/

EN, WP 217, (2014), disponível em: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1086>

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Resumo do Parecer Preliminar sobre privacidade e competitividade na era dos grandes volumes de dados, (2014/C 225/07), Jornal Oficial da União Europeia C 225/6 (2014-07-16), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_ex_sum_pt_0.pdf>

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Resumo do Parecer sobre a aplicação efetiva da legislação na era da economia digital, (2016/C 463/09), Jornal Oficial da União Europeia C 463/8 (2016-12-13), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-01-13_big_data_ex_summ_pt.pdf>

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Síntese do Parecer relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, (2017/C 200/07), Jornal Oficial da União Europeia C 200/10 (2017-06-23) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52017XX0623%2801%29

Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Comissão dos Assuntos Jurídicos, RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), Parlamento Europeu, A8-0375/2017, Relatores: Evelyne Gebhardt, Axel Voss (2017-11-27), disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_PT.pdf> (posição do PE em primeira leitura)

Commission Staff Working Document, Report of the Fitness Check, SWD(2017) 209 final, (2017-05-23), disponível em <https://perma.cc/BA8T-GDXV>

Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas.

Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE

Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em

especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»), JO L 178, (2000-06-08).

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, JO L 304/64 (2011-11-22)

Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, JO L 95 de 21.4.1993, (1993-04--05)

Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às Práticas Comerciais Desleais, COM(2016) 320 final, ponto 4.4., disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN>

European Data Protection Board, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, versão 2.0, (2019-10-08), disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pt.pdf>

European Data Protection Supervisor, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data, Opinion 8/2016 (2016-09-23), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf>

European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (2017-03-14), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_0.pdf>

European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data (2016-09-23), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf>

European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers", (2018-10-05), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf>

European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy,

(2016-03), disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competitition_law_big_data_en.pdf>

European Law Institute (ELI) – Statement on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers – (2016), ISBN: 978-3-9503458-6-5, disponível em: <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf>

European Law Institute, Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 final, (2016), disponível em: <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf>

European Parliament, Directorate-General for internal policies, policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content, (2012), disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120618ATT47122/20120618ATT47122EN.pdf>

OCDE, "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value" In: *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, Paris, (2013), disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k486qtxldmq-en.pdf?expires=1630709240&id=id&accname=guest&checksum=4BCB56F97012D1D25D8FBE498A555528>

Orientação geral do Conselho da União Europeia sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos respeitantes aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (Primeira leitura), 9641/17 + ADD 1, Bruxelas, (2017-06-01), disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9901-2017-ADD-1/PT/pdf>

Parecer da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos dirigido à Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores e à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), 2015/0287(COD), (2016-11-21). Relatora: Marju Lauristin, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-AD-582370_PT.pdf>

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais» [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)] e a «Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens» [COM(2015) 635 final – 2015/0288 (COD)], (2016/C 264/07), Jornal Oficial da União Europeia C 264/57 (2016-07-20). Relator: Jorge Pegado Liz

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, COM/2018/185 final – 2018/0090 (COD)

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD) (2015-12-09)

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM/2011/0635 final *in* Síntese do Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, (2017/C 200/07), Jornal Oficial da União Europeia C 200/10 (2017-06-23)

Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)

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

União Europeia, Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia, 2016, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/PT-guia-de-redacao-de-textos-legislativos.pdf>

Legislação Portuguesa

Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer/2021/100, disponível em: https://www.cnpd.pt/decisoes/pareceres/

Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores

Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu

e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno

Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e altera a Lei n.º 24/96, de 31 de julho

Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de janeiro sobre o Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento De Dados Pessoais

Projeto de Decreto-Lei que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo para o direito interno as Diretivas (UE) 2019/771 (UE) e 2019/770 (Reg. DL 1049/XXII/2021), (2021-07-02), disponível em: <http://base.alra.pt:82/Doc_Audi/XIIA032-OGP.pdf>

Jurisprudência

Acórdão do Conselho de Estado Italiano (secção VI) de 29 de março de 2021, N.º 2631/21 (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n.º 2631/21, (Presidente Santoro: Estensore Toschei)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de outubro de 2007, Processo n.º 07A2761 (Fonseca Ramos)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2008, Revista n.º 2344/08 (Alberto Sobrinho) in Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secções Cíveis, 2008, p. 593.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de março de 2015, Processo n.º 296/11.2TBAMR.G1.S1 (Gabriel Catarino)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de março de 2010, Processo n.º 2688/07.2TBVCT.G1.S1 (Oliveira Vasconcelos)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2000, Revista n.º 3003/00 (Miranda Gusmão), in Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secções Cíveis, 2000, p. 424.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de maio de 2005, Processo n.º 3705/04 (Sousa Pinto)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de julho de 2011, Processo n.º 122/10.0TBEPS.G1 (Manuel Bargado)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24 de setembro de 2015, Processo n.º 21/11.8TBAVV-A.G1 (Jorge Teixeira)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de junho de 2018, Processo n.º 1366/15.3T8PVZ.P2 (Maria Cecília Agante)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande secção) de 9 de novembro de 2010, Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen, Processos apensos C-92/09 e C-93/09

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande secção) de 13 de maio de 2014, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, Processo C-131/12.

NOVA CONSUMER LAB

novaconsumerlab.novalaw.unl.pt