

Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)
Formação contínua para Magistrados

DIREITOS DIFUSOS: DIREITO DO AMBIENTE, DO CONSUMO E DO PATRIMÓNIO CULTURAL

Autores

Dr. Carlos Adérito Teixeira
Dr. José M. Araújo de Barros

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ
Manual de apoio ao Curso M8

Ficha Técnica

Título: DIREITOS DIFUSOS: DIREITO DO AMBIENTE, DO CONSUMO E DO PATRIMÓNIO CULTURAL

Autores: Carlos Adérito Teixeira e José M. Araújo de Barros

ISBN: 978-972-9222-97-9

Depósito Legal: 266806/07

Editor: INA- Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marqueses de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: www.ina.pt

E-mail: edicoes@ina.pt

Capa: Sara Coelho

Execução Gráfica: JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

Tiragem: 1.000 exemplares

Ano de Edição: 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

Índice

PARTE 1 – INSTRUMENTOS DE TUTELA	9
SUB-ÍNDICE	11
1 – INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E ACESSO DOS PARTICULARES À JUSTIÇA	13
2 – INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS DE TUTELA	20
2.1 – "Acção procedimental administrativa"	20
2.2 – "Acção popular penal"	21
2.3 – "Acção popular civil"	22
2.4 – Legitimidade e representação	22
2.5 – Indemnização civil por danos ao ambiente	26
2.6 – Caso julgado	28
3 – MEIOS DE TUTELA ESPECÍFICOS DO DIREITO CIVIL	28
3.1 – Nota de sequência	28
3.2 – O direito ao ambiente na ordem jurídica portuguesa	28
3.3 – O direito civil ambiental	29
3.4 – O direito subjectivo a um determinado ambiente. Operacionalidade da noção. Colisão de direitos	30
3.5 – Especificidades do regime jurídico do direito ao ambiente	31
3.6 – Responsabilidade objectiva. Seguro	32
3.7 – Presunção denexo de causalidade e extensão da responsabilidade	33
4 – VIAS SANCIONATÓRIAS	34
4.1 – Direito contra-ordenacional e Direito penal secundário <i>versus</i> Direito penal de justiça	34
4.2 – Causalidade e imputação objectiva nos crimes ecológicos	37
4.3 – A estruturação típica dos crimes ecológicos	44
4.4 – Responsabilidade da pessoa colectiva	47
NOTA BIBLIOGRÁFICA	51
PARTE 2 – PATRIMÓNIO HISTÓRICO-CULTURAL	53
SUB-ÍNDICE	55
INTRODUÇÃO	57
1 – CONCEITO DE PATRIMÓNIO HISTÓRICO-CULTURAL	59
1.1 – Génese conceptual	59

1.2 – Modelo constitucional	61
1.3 – Âmbito conceptual	62
1.4 – Outras notas sobre o regime do património cultural	65
2 – MECANISMOS DE TUTELA (TRADICIONAIS E ESPECÍFICOS) E REGIME JURÍDICO	66
2.1 – Orientação e tutela na LQ.....	66
2.2 – Princípios enformadores e mecanismos de protecção.....	67
2.3 – Instrumentos específicos de tutela.....	70
2.4 – Quadro crítico do regime da LQ.....	73
2.5 – Concepção "ecológica" de património histórico-cultural.....	74
2.6 – Função social do património cultural.....	83
PARTE 3 – CONSUMERISMO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO CONSUMO	89
SUB-ÍNDICE	91
I – O DIREITO DO CONSUMIDOR. O ESTADO E O CIDADÃO. INTERESSES COLECTIVOS E DIFUSOS	97
II – RAÍZES HISTÓRICAS E IDEOLÓGICAS DO MOVIMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	99
1 – Sobre a necessidade de protecção do consumidor	99
2 – Génese histórico-social do “consumerismo”	99
2.1 – Crise do modelo liberal	99
2.2 – Características da sociedade de consumo	100
2.3 – Reacções – o consumerismo	101
2.4 – Resenha histórica do movimento consumerista e tipo de intervenção desenvolvida	102
3 – Fundamentos da política de defesa dos consumidores	103
3.1 – Antecedentes	103
3.2 – Manifestações	103
3.3 – Preocupações e objectivos	104
4 – Da definição política de consumidor ao Direito do consumo	106
4.1 – A transição da preocupação do reequilíbrio negocial do campo político para a ordem normativa	106
4.2 – A crise do princípio da autonomia privada	107
4.3 – O aparecimento do conceito de consumidor	108
III – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO CONSUMO	111
1 – Direito do consumo versus Direito do consumidor	111
1.1 – Direito do consumidor	111
1.2 – Direito do consumo	112
1.3 – Crítica. Remissão	112
2 – Definição de consumidor. O acto de consumo e a relação jurídica de consumo	113
2.1 – O consumidor	113

2.2 – Noções legais de consumidor	114
2.3 – Elementos da noção de consumidor: subjectivo; objectivo; teleológico; relacional. Sua interpenetração. O acto de consumo e a relação de consumo	115
3 – Modelos de protecção do consumidor (modelo de autotutela; modelo de controlo administrativo; modelo de controlo judicial)	120
3.1 – Modelo de autotutela	120
3.2 – Modelos de controlo administrativo e de controlo judicial	121
3.3 – Sua complementaridade. Campos preferenciais de intervenção	122
4 – Características do direito do consumidor	123
4.1 – Instrumentalidade	123
4.2 – Pluridisciplinaridade	123
4.3 – Carácter colectivo	123
4.4 – Retorno ao formalismo	123
5 – Autonomias científica e legal do direito do consumidor	124
<i>DIREITO SUPRAESTADUAL DO CONSUMO</i>	127
I – CONDICIONANTES EXTRAJURÍDICAS	127
1 – A globalização	127
2 – A vertente económica da globalização	127
3 – O consumidor e a globalização económica	129
4 – Revolução comunicacional. Aldeia global e consumo global	130
II – DIREITO INTERNACIONAL DO CONSUMO	131
1 – Rotulagem e publicidade	131
2 – Contratos celebrados à distância	132
3 – Segurança Alimentar	133
4 – Cibercrime	134
<i>MEIOS DE TUTELA</i>	135
I – DIREITO SUBSTANTIVO	135
1 – O direito do consumidor na ordem jurídica interna	135
1.1 – Protecção constitucional do direito do consumidor	135
1.2 – Lei de Defesa do Consumidor	137
1.3 – Medidas político-administrativas	137
1.4 – Legislação sectorial	137
2 – Relações entre o Direito do Consumidor e o direito comum	138
3 – Defesa do consumidor e codificação	138
4 – Legislação específica de defesa do consumidor	140

<i>Serviços Públicos Essenciais</i>	141
Nota de sequência	141
1 – Noção e princípios gerais	141
2 – Âmbito de protecção	141
3 – Sujeitos da relação jurídica	142
3.1 – Utente	142
3.2 – Organizações representativas dos utentes	143
3.3 – Prestador do serviço	143
4 – O princípio da boa fé e o dever de informação	143
5 – A suspensão do serviço e o padrão de qualidade. Proibição de imposição e de cobrança de consumos mínimos	144
<i>Publicidade</i>	145
1 – Disposições fundamentais	145
2 – Código da Publicidade	145
2.1 – Escopo essencial	145
2.2 – Conteúdo	146
<i>Responsabilidade civil do produtor</i>	150
1 – A responsabilidade objectiva	150
2 – Tutela eficaz do lesado	152
2.1 – Noção ampla de produtor	152
2.2 – Solidariedade de vários responsáveis	153
2.3 – Não diminuição da responsabilidade do produtor pela intervenção de terceiro que tenha contribuído para causar o dano	153
2.4 – Ininterrogabilidade do regime da responsabilidade	153
2.5 – Preservação da responsabilidade decorrente de outras disposições legais	154
3 – Não agravamento em demasia da posição do produtor	154
3.1 – Exclusão de responsabilidade	154
3.2 – Limite de responsabilidade	155
3.3 – Prazos de prescrição e de caducidade	155
3.4 – Exclusão de danos produzidos por acidentes nucleares	155
4 – Noção de produto defeituoso	156
<i>Cláusulas Contratuais Gerais</i>	157
1 – Da eclosão da figura das cláusulas contratuais gerais	157
1.1 – Intervencionismo no direito público e no direito privado	157
1.2 – Princípio da liberdade contratual. A liberdade como conceito ambíguo	158
2 – Noção de cláusula contratual geral	158
2.1 – Noção legal (generalidade – indeterminação – pré-elaboração – adesão)	158
2.2 – Factores determinantes da não igualdade na contratação. Debilidade do destinatário .	160
3 – Âmbito do diploma – extravasa as relações produtor-consumidor	161
4 – O critério legal – boa-fé e reposição do equilíbrio contratual	161

4.1 – Previsão legal	161
4.2 – Seu alcance	162
5 – Meios de controlo	162
5.1 – Controlo de inclusão de cláusulas (obrigação de comunicação – dever de informação – prevalência das cláusulas especificamente acordadas – exclusão de cláusulas)	163
5.2 – Controlo do conteúdo das cláusulas	164
6 – Jurisprudência	167
6.1 – Sectores de maior incidência	167
6.2 – O aplicador da lei perante o mecanismo das cláusulas contratuais gerais	167
II – DIREITO ADJECTIVO	169
1 – Vertente processual do direito do consumo	169
1.1 – Nota de sequência	169
1.2 – Sobre as especificidades que condicionam a vertente processual do direito do consumo	169
2 – Interesses difusos, colectivos e individuais homogéneos	170
3 – Legitimidade processual	171
3.1 – Direito de acção popular	171
3.2 – Lei de defesa do consumidor	172
3.3 – Código de Processo Civil	173
3.4 – DL 446/85	173
4 – Caso julgado	173
4.1 – Lei 83/95, de 31 de Agosto (acção popular)- artigo 19º	174
4.2 – n.º 2 do artigo 32º do DL 446/85 (cláusulas contratuais gerais)	174
5 – Acesso ao direito	174
5.1 – Isenção e redução de preparos e custas	174
5.2 – Intervenções processuais do Ministério Público e do Instituto do Consumidor	175
6 – Tribunais arbitrais	175
III – DIREITO DO CONSUMO E REACÇÕES PUNITIVAS	176
1 – A Ecloração do direito penal económico	176
2 – Carácter indirecto e disperso das normas penais que tutelam o consumo	176
3 – Previsões legais	177
4 – Infrações antieconómicas e contra a saúde pública	179
5 – Infrações infra-penais, administrativas ou contra-ordenações	182
6 – Conclusão	183
CONSUMO E NOVAS TECNOLOGIAS / CONSUMO E INTERNET.....	185
I – COMÉRCIO ELECTRÓNICO / COMPRAS À DISTÂNCIA / INFORMAÇÃO/ PRIVACIDADE / SEGURANÇA / QUALIDADE	185
1 – Directiva sobre o comércio electrónico e legislação conexas	185
2 – Objectivos essenciais daquela legislação. Livre circulação. Saúde. Segurança	185

3 – Âmbito dos serviços da sociedade de informação	186
4 – Novas exigências da sociedade de informação. Restrições à liberdade contratual. Formalismo. Documentos electrónicos e assinaturas digitais. O interesse da confidencialidade	187
5 – A segurança dos serviços prestados através da Internet	189
6 – Os conflitos internacionais e a via extrajudicial de resolução de litígios na sociedade de informação	190
BIBLIOGRAFIA	191

Parte 1

INSTRUMENTOS DE TUTELA

Sub-índice

1 – INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E ACESSO DOS PARTICULARES À JUSTIÇA	13
2 – INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS DE TUTELA	20
2.1 – "Acção procedimental administrativa".....	20
2.2 – "Acção popular penal".....	21
2.3 – "Acção popular civil".....	22
2.4 – Legitimidade e representação	22
2.5 – Indemnização civil por danos ao ambiente	26
2.6 – Caso julgado	28
3 – MEIOS DE TUTELA ESPECÍFICOS DO DIREITO CIVIL	28
3.1 – Nota de sequência	28
3.2 – O direito ao ambiente na ordem jurídica portuguesa	28
3.3 – O direito civil ambiental	29
3.4 – O direito subjectivo a um determinado ambiente. Operacionalidade da noção. Colisão de direitos	30
3.5 – Especificidades do regime jurídico do direito ao ambiente	31
3.6 – Responsabilidade objectiva. Seguro	32
3.7 – Presunção de nexo de causalidade e extensão da responsabilidade	33
4 – VIAS SANCIONATÓRIAS	34
4.1 – Direito contra-ordenacional e Direito penal secundário <i>versus</i> Direito penal de justiça	34
4.2 – Causalidade e imputação objectiva nos crimes ecológicos	37
4.3 – A estruturação típica dos crimes ecológicos	44
4.4 – Responsabilidade da pessoa colectiva	47
NOTA BIBLIOGRÁFICA	51

1 – INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E ACESSO DOS PARTICULARES À JUSTIÇA

1.1 – O *ambiente*, enquanto conjunto de bens ecológicos dos ecossistemas e factores económico-sociais e culturais com efeito directo ou indirecto sobre as condições orgânicas e inorgânicas, sobre os seres vivos e sobre a qualidade de vida do Homem, constitui um estado valioso merecedor de tutela jurídica.

Por regra, tal valor aparece consagrado nos ordenamentos jurídicos, a começar pelos textos constitucionais, numa dupla vertente: como direito fundamental dos cidadãos (“direito a um ambiente sadio e equilibrado”) e como tarefa do Estado.

A peculiaridade do direito ao ambiente reside no facto de ter por objecto bens, tendencialmente, insusceptíveis de apropriação individual, sem prejuízo das refacções do mesmo na esfera jurídica de cada um. Daí que a sua protecção, para ser eficaz, reclame uma intervenção programada e concertada, num plano supra-individual, *maxime*, do Estado.

Por isso, como os demais direitos sociais – ou, mais especificamente, direitos de terceira geração –, o direito ao ambiente implica, numa dimensão negativa, (o direito à) abstenção dos organismos públicos, entidades privadas e cidadãos de actuações lesivas do ambiente, bem como, numa dimensão positiva, (o direito à) prestação por parte do Estado de iniciativas e acções de defesa e promoção dos níveis ambientais.

Neste campo, estão cometidas à Administração um quadro de tarefas fundamentais que estruturam a política ambiental de cada Estado, a saber:

- a) definição de um quadro legal e regulamentar adequado;
- b) elaboração e implementação de instrumentos de planificação nos vários sectores ambientais;
- c) aproveitamento racional de recursos naturais;
- d) planeamento, gestão e ordenamento do território;
- e) promoção dos níveis de ambiente urbano;
- f) adopção de critérios de desenvolvimento sustentável ou duradouro;
- g) promoção de qualidade de vida e ambiental;
- h) coordenação de políticas sectoriais e de intervenções particulares no ambiente;

- i) adopção de medidas de formação e informação, bem como de transparência procedimental na tomada de decisões com incidência ambiental;
- j) prevenção e controle das poluições;
- k) estipulação de um regime sancionatório dissuasor;
- l) e implementação de mecanismos eficazes de fiscalização.

A ordem jurídica estabelecida pelo Estado, quer através de legislação de iniciativa própria quer por indução de instrumentos jurídicos internacionais (v.g. convenções, tratados, directivas, etc.), normalmente, tem como denominador comum de conformação da vida com repercussão ambiental a observância de princípios básicos importantes, como sejam: princípio da prevenção e da precaução; princípio do desenvolvimento sustentável; princípio do poluidor-pagador; princípio da recuperação; princípio da participação; etc.

As bases de qualquer política ambiental integram e promovem este conjunto de princípios como critérios de actuação.

Porque as normas que disciplinam a utilização de recursos naturais ou o modo de limitar os impactos negativos nem sempre são observados, a ordem jurídica consagra modos de reagir a tais inobservâncias, tanto sob um ponto de vista administrativo (v.g. sanções administrativas e procedimentais), como de ordem civil (v.g. medidas cautelares da lesão e indemnizatórias do dano) e, bem assim, sancionatórias (v.g. ilícitos penais e infra-penais).

1.2 – Na manifestação legal e fenoménica das suas reacções aos atentados ambientais e de outros valores, o sistema jurídico e judiciário encontra-se, por força de uma tradição secular, plasmado por um paradigma marcadamente individualista, orientado por princípios e mecanismos jurídicos dirigidos para uma tutela singular, do autor e do réu, isoladamente.

Este modelo serve ainda de referente - mesmo que por ficção ampliativa (v.g. personalidade e responsabilidade das pessoas colectivas; litisconsórcio e coligação) – para as situações que não se adequam aos estreitos parâmetros individualistas.

No entanto, a actual realidade sócio-económico-cultural sugere uma caracterização fundada em dois polos: o da *massificação da vida* em sociedade – ao nível da produção-comércio-consumo, da comunicação, da litigiosidade, etc. –; e o da *insegurança do possível* – esbatidas que foram as fronteiras entre o desejável e o possível (disponibilidade de acesso a tudo) através do crédito ao consumo, da capacidade mediática do "marketing" e do nevoeiro informacional – traduzida

numa insustentável situação ("psicose") de multiplicidade de prestações, de risco de perda do posto de trabalho, de dúvida sobre a liquidez das prestações sociais, de incerteza sobre o padrão de qualidade de vida futura e da cadeia alimentar, etc..

Neste quadro fáctico, a concepção individualista do Direito torna-se, não raro, insuficiente ou inadequada à resolução dos novos conflitos multipolares, atomísticos e pluri-ofensivos.

Deparamo-nos, pois, nos dias de hoje, perante um fenómeno social que reclama e aponta para a *erosão do paradigma da acção singular* e para a *emergência de um novo paradigma - do acesso colectivo à justiça* em que a acção popular, grosso modo, se vem increver. De resto, esta temática insere-se numa das três "vagas" que Cappelletti descortina no movimento de (reforma do) acesso à justiça: a primeira consubstanciada na prestação de apoio jurídico aos mais carenciados; a segunda destinada a assegurar a representação dos interesses meta-individuais ou "colectivos"; a terceira configurada com a ampliação das fronteiras para abarcar todos os procedimentos, institutos e instâncias, ainda que informais, de resolução de litígios (Cappelletti, M., e Garth, B. 1984, p. 151 e ss). Neste pormenor, o "Welfare State" ganha uma nova dimensão ou um renovado protagonismo para a "expectativa geral de justiça" que veicula.

Poder-se-ia afirmar, alinhando pela pena, de fino recorte, de Almeida Santos quando escreve que "desde a matriz romanística do nosso direito que este encara a lide na perspectiva atomística do indivíduo isolado. O direito é de cada um, a relação processual é de cada qual. [...] A legitimidade para agir em juízo, como autor ou como réu, identifica-se, desde o Lázio, com o interesse directo em demandar ou contradizer. [...] Que o mundo mudou é uma verdade de primeira intuição. As modernas sociedades industriais geraram novas famílias de direitos a começar pelos de validade universal. Tudo direitos com propensão universalizante que, sendo de cada um, são de muitos, quando não de todos. [...] De súbito, (despertou) a consciência de que não basta uma protecção jurídica quase exclusivamente individual; de que há direitos e interesses meta-individuais, a meio caminho dos colectivos; de que é insuficiente o direito de acção dos directa ou indirectamente lesados; de que se aproxima o fim da concepção individualista do direito e da justiça; de que desponta no horizonte a aurora de um novo pluralismo e de um novo Direito".

Através da Lei Portuguesa nº 83/95, de 31 de Agosto, regulamentou-se o direito de participação procedimental e de acção popular, consagrou-se no ordenamento jurídico português um modo de acesso supra-individual à justiça, a par do que sucede já em outros ordenamentos com os mecanismos de "class action",

"substituted action" ou das "citizen suits" do sistema norte-americano e anglo-saxónico, ou ainda da "acção civil pública" do Direito brasileiro, na defesa de interesses de titularidade plural.

Com a entrada em vigor desta lei superou-se uma inconstitucionalidade por omissão decorrente da falta de regulamentação do art. 52º nº 3 da Constituição da República portuguesa (doravante CRP), norma por muitos considerada inexecutável por si mesma para que pudesse ser invocada a sua aplicabilidade directa, não obstante o carácter preceptivo das normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias (art. 18º nº 1 da CRP).

1.3 – A acção popular nem sequer é, de todo em todo, um expediente novo. Na história dos ordenamentos jurídicos encontramos manifestações, de contornos imprecisos e variáveis no tempo e no espaço, que não deixam de constituir antecedentes lógicos do mecanismo em apreço.

Assim, por exemplo, na antiga Roma, a *actio de dejectis et effusis* era dirigida contra quem lançasse objectos e detritos na via pública, o que se aproxima daquele mecanismo legal (Cruz, Sebastião, 1980, p. 64 ss, e 340).

Com efeito, o cidadão romano que exercesse uma acção popular não o fazia no seu próprio interesse, mas, sim, em prol dum interesse da colectividade, apesar de o demandante poder receber o montante da condenação, concebido como "prémio" da sua actuação.

Na Idade Média, encontram-se manifestações afins deste instituto como é, por exemplo, o caso de uma acção movida pelos habitantes de uma aldeia de S. Julien, em França, junto do juiz episcopal de Sain-Jean-de-Maurienne contra uma colónia de gorgulhos (*amblevins* ou *verpillons*) que infestara as vinhas, visando a adopção de medidas adequadas à expulsão dos animais, ("por via da excomunhão ou qualquer outra censura apropriada"), por forma a aplacar a ira divina (Ferry, Luc, 1993, p. 9 e ss.).

A actual concepção do direito de acção popular surge com a consagração na CRP de 1976, ainda uma forma insipiente, mas veio a consolidar-se e a erigir-se em nóvel marco constitucional – face a outras constituições e face à lei ordinária – com a reforma de 1989 (art. 52º nº 3).

Nesta última versão, o preceito constitui o quadro de conformação do sistema emergente, expresso nos termos seguintes: "é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção

popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização".

O conteúdo deste preceito vai constituir, ainda, o primeiro vector de densificação do direito de acção popular que, ao tempo da sua consagração, já existiam na legislação ordinária, designadamente, na Lei nº 13/85 de 6 de Julho quando reconhecia a qualquer cidadão e ADP (associação de defesa do património) "o direito de acção popular de defesa do património cultural" (art. 59º); ou ainda na Lei nº 95/88, de 17 de Agosto que conferia um "direito de acção popular em defesa dos interesses das mulheres" na disponibilidade das respectivas associações (art. 6º al. b).

Mesmo assim, a densificação apenas se opera de modo mais completo, em termos de exequibilidade, com a publicação da Lei 83/95 (LAP).

1.4 – Face ao consagrado na CRP, o objecto da acção popular diversifica-se, a sua estrutura prototípica modifica-se, a legitimação para agir amplia-se e tende para a fungibilidade, a eficácia do caso julgado rompe com os cânones clássicos do parâmetro *intra partes*.

A acção popular configura-se, hoje, por um lado, como ingrediente de democracia directa, e, nessa medida, como verdadeiro *direito político* (de modo paralelo v.g. ao direito de petição); daí que se possa afirmar que "a acção popular representa um apreciável poder de intervenção na coisa pública e revela uma visão essencialmente democrática das relações entre o indivíduo e a organização político-administrativa" (Andrade, J. Robin, 1967, p. 141)

Por outro lado, a acção popular representa um novo *princípio de legitimidade* traduzido no *alargamento* desta numa dupla perspectiva: do *interesse* e do *sujeito*. Por outras palavras, a ampliação vai no sentido de admitir a defesa de interesses difusos, colectivos e individuais, através de uma pluralização (grupal) de legitimados mesmo que não sejam seus titulares pessoais e directos (legitimação "indirecta"), numa clara inflexão do princípio *nul ne pleide par procureur*.

Este é, porventura, o aspecto mais notável do novo regime instituído – liberta-se da tradicional definição de legitimidade activa na base de um titular com interesse "legítimo, logo juridicamente protegido; pessoal, correspondente a um direito subjectivo individual; directo, no sentido de sujeito da relação jurídica material; e

actual, quer dizer não eventual nem futuro, e violado ou pelo menos contestado" (Liz, J. Pegado, 1994, 177); e liberta-se da também tradicional delimitação da legitimidade passiva conectada com a Administração (às vezes, apenas a Local) para poder ser dirigida contra *entidades públicas* em geral e também *entidades privadas*.

1.5 – Os bens jurídicos tutelados pela LAP são referenciados, grosso modo, como interesses, mesmo sem os classificar quanto à sua natureza ou modo de manifestação.

De facto, a LAP alude, no art. 14º, a "direitos e interesses" e, no art. 22º, a interesses cujos titulares estão identificados e interesses em que os seus titulares não estão identificados, como posições de vantagem distintas, ou seja, acolhe pelo menos a distinção, quanto ao seu objecto, entre interesses divisíveis e indivisíveis.

Este aspecto parece vir na linha da distinção constitucional entre "direitos e interesses legítimos" (art. 20º nº 1da CRP) ou entre "direitos e interesses legalmente protegidos" (art. 268º nº 5 da CRP).

Parece dar-se, deste modo, resposta legal-positiva à necessidade de tutela de interesses meta-individuais, designadamente os difusos cuja subjectivização se revela tarefa complicada (para efeitos de integração da noção clássica de "direito subjectivo"), sobretudo quando um certo bem se revela polifacetado, susceptível de ser apreendido como direito de personalidade de um indivíduo, em certas situações, e como bem comunitário insusceptível de apropriação exclusiva por cada indivíduo da colectividade.

A densificação de conteúdo da categoria constitucional de "interesses legalmente protegidos" poderá, porventura, passar pelo acolhimento da leitura tripartida que se vem fazendo doutrinalmente (sobretudo em Itália e Brasil) de interesses difusos, interesses colectivos e interesses individuais homogéneos.

Na conceptualização e delimitação destes figurinos, poder-se-á admitir *interesses difusos* são aqueles que apresentam, no plano da sua "titularidade", uma pluralidade de sujeitos, tendencialmente ideterminada – e, nessa medida, se distinguindo dos chamados *interesses colectivos*, posicionados na titularidade de uma categoria de pessoas (normalmente) ligadas por um vínculo jurídico –; e que se caracterizam, no plano da sua "natureza", pela insusceptibilidade de apropriação individual (exclusiva) do bem em causa – distinguindo-se, neste pormenor, dos chamados *interesses individuais homogéneos*, interesses que, apresentando uma origem comum, têm, no entanto, uma tradução concreta individual, dada a divisibilidade do bem, com a correspondente titularidade determinada (apropriação individual).

Parece claro que "interesses difusos não são interesses públicos, porque a sua titularidade não pertence a nenhuma entidade ou órgão público, também não se identificam com interesses colectivos, porque não pertencem a uma comunidade ou grupo mas a cada um dos seus membros, e também não são interesses individuais, porque, como o bem jurídico a que se referem é inapropriável individualmente, esses interesses são insusceptíveis de serem atribuídos em exclusivo a um sujeito [...]" (Sousa, Miguel Teixeira, 1994, p. 412).

Ou seja, com a crescente complexidade da vida social, ganha raízes a autonomização da figura daqueles interesses que, naturalmente, radicam em "necessidades colectivas individualmente sentidas" (Caetano, Marcello, 1972, pag. 1041), hoje com enfática tradução nos interesses individuais homogêneos cuja tutela colectiva se justifica pela relevância social que revestem, ou ainda, no que tange aos interesses difusos, em "interesses [...] à procura de autor" (Cappelletti).

1.6 – Na caracterização do objecto da acção popular poder-se-ia delimitar o âmbito de tutela por referência aos bens jurídicos ou interesses relativos à "saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à protecção do consumo de bens e serviços, ao património cultural e ao domínio público" (art. 1º nº 2 da LAP).

Aliás, um leque de outros interesses – em matéria de transportes, impostos, segurança social, etc. – parece inserir-se no quadro caracterizador dos interesses contemplados na LAP (de titularidade trans-individual; de verificação atomística; de efeitos difusos; de estrutura massificada ou "poliédrica" a relação jurídica, etc) por forma a merecerem idêntico tratamento. De resto, poder-se-ia até considerá-los como factores ou componentes da "qualidade de vida" ainda que a conexão com esta surja esbatida, e, por essa via, incluí-los no âmbito de tutela da lei. Por conseguinte, o âmbito de tutela do direito de acção popular é abrangente.

1.7 – De um outro prisma, e atendendo ao tipo de providências sobre que se pode decalcar o direito de acção popular pode dizer-se que esta visa a "prevenção, a cessação ou a perseguição judicial" das infracções contra os interesses previstos no nº 3 do art. 52º da CRP.

Parece, assim, ter-se encontrado espaço para acções não só reparatorias mas também preventivas ou inibitórias.

2 – INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS DE TUTELA

2.1 – "Acção procedimental administrativa"

A este nível, a LAP veio regulamentar, especificamente e no seguimento do Código de Procedimento Administrativo (art. 53º, entre outros), a participação procedimental dos cidadãos, apesar de no art. 52º da CRP não se prever (nem vedar) o procedimento administrativo. No entanto, a via contenciosa também foi contemplada, podendo a acção popular ser decalcada nas várias vias processuais próprias deste contencioso, uma vez consideradas adequadas ao prosseguimento da defesa dos interesses em jogo, v.g. acção de reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido, etc., além de compreender ainda, de modo expresso, o recurso contencioso de actos administrativos ilegais que lesem os interesses previstos no art. 1º nº 2 da LAP (v.g. ambiente, defesa do consumidor, património cultural, etc.).

E, embora tal consagração não importe uma "mais valia" qualitativa em matéria de participação procedimental, quer no que se refere a procedimentos de planificação quer em matéria de impacte ambiental (projectos públicos ou privados), a LAP introduz uma significativa inovação, face ao CPA, em matéria de *procedimento de massas*.

A verdade é que os procedimentos de massa constituem um campo operacional privilegiado para o tratamento dos interesses pluri-individuais, em especial os difusos. De facto, para tutela procedimental dos interesses potencialmente afectados, sobretudo quando os seus titulares estejam identificados, existiam já normas em diplomas avulsos, que complementavam ou particularizavam o CPA, em matéria de impacte ambiental ou de rede nacional de áreas protegidas ou de planos de ordenamento do território, etc., em que já se previa a "consulta pública" e "informação" relativamente a documentos em poder da Administração, bem como o "inquérito público".

Nesta sede, e na linha da doutrina germânica, operam, de modo peculiar, dois postulados: o da *participação antecipada de cidadãos e associações na decisão* (v.g. com a consagração do dever da Administração de prévia audiência na definição de planos); e o *dever de ponderação dos interesses em causa por parte da Administração e consideração das sugestões apresentadas*.

Trata-se, por isso, de dar eco aos desígnios consignados na formulação "justiça procedimental" nos termos da qual se reconhece o direito de toda e cada pessoa ser ouvida em matérias que lhe digam respeito.

Nesta perspectiva, introduz-se um novo ingrediente de democraticidade na tomada de decisões, com um reforço da legitimação destas e eventual *apport* de qualidade, bem como transparência na actuação da Administração e bem assim co-responsabilização dos cidadãos.

2.2 – "Acção popular penal"

Em termos penais, a lei de acção popular (art. 25º) reconhece aos titulares da acção popular o direito de queixa ou participação criminal por violação do, s interesses tutelados quando revista natureza criminal, bem como – e este será o aspecto decisivo – o direito de se constituírem assistentes no respectivo processo, ampliando, assim, o âmbito de legitimidade que resultava das normas processuais penais em matéria de queixa e constituição como assistente (art. 113º do CP; e art. 68º do CPP).

Pela formulação expressa, inflecte-se, de modo abrangente às situações em que estejam em causa os bens jurídicos aludidos (ambiente, saúde pública, consumo, património cultural, etc.), a regra processual penal de reconhecer legitimidade apenas ao "ofendido", estendendo esta a todos os legitimados para a acção popular – qualquer cidadão, associações, fundações e autarquias locais, nos termos dos arts. 2º e 3º da LAP –, tornando-se, por esta via, verdadeiros sujeitos processuais com poderes para influenciar o destino processual da acção penal, mesmo perante a inércia processual do Mº Pº. Deste modo, reconhece-se à sociedade civil uma etapa da via jurisdicional para a prossecução de um dos fins das penas – a reafirmação contrafáctica das normas pela tutela das expectativas da comunidade (prevenção geral positiva ou de integração), quando o(s) cidadão(s) se reveja(m) na assunção da "defesa do ordenamento jurídico" como acto de cidadania.

Pena é que não se tenha reconhecido similar direito, *mutatis mutandis*, no foro contra-ordenacional, de extrema importância em matéria de interesses difusos, como já sucede v.g. ao nível das infracções anti-económicas – que de forma indirecta tutela interesses dos consumidores –, em que o art. 73º nº 3 do DL 28/84, de 20 de Janeiro, admite a intervenção no processo contra-ordenacional das associações de consumidores, sugerindo a produção de diligências de prova e realização de exames, ou apresentando memoriais e pareceres técnicos.

Em todo o caso, não se poderá falar de uma verdadeira "acção popular penal" – em face da tutela pública em matéria penal e das regras sobre dedução de acusação pelo assistente (art. 284º do CPP), atenta a natureza pública dos crimes nestas matérias – mas de uma nova e ampla legitimidade para impulso inicial e promoção do inquérito penal. De resto, as reservas que são feitas à acção popular no foro penal dizem respeito, em particular, à circunstância de, sob o ponto de

vista ético-jurídico, não haver razões para reconhecer uma pretensão punitiva a quem se sinta ofendido ("nenhum direito subjectivo ao castigo do culpado"), quando estejam em causa crimes públicos, já que a acusação a que houvesse lugar não constituiria uma exteriorização da tutela pública mas antes de um interesse privado com o risco de se tornar num instrumento persecutório. (sobre esta questão, cf. Jardim, Afrânio Silva, 1986, 479 e ss).

De registo ainda o facto de, em sede penal, já se reconhecer, a título excepcional, o direito de acção popular cujo exercício se encontra na disponibilidade de qualquer cidadão em casos como o da providência do *habeas corpus* (art. 31º da CRP); dos crimes de peculato e corrupção (art. 68º al. e do CPP); e, mais recentemente, em casos de crimes de índole xenófoba ou racista, com atribuição de tal direito às comunidades de imigrantes e associações de interesses em causa (Lei nº 20/96, de 6 de Julho).

2.3 – "Acção popular civil"

É lugar comum dizer-se que o Direito Civil constitui, enfaticamente, o espaço de garantia da autonomia individual.

Actualmente, com a emergência dos apodados "direitos de terceira geração" coloca-se em causa a visão clássica dos institutos e princípios deste ramo do direito, substantivo e adjectivo, seja o da responsabilidade civil, seja o da delimitação de direitos (v.g. de propriedade e sua função social) e situações de conflito ou compressão de direitos, seja dos esquemas do litisconsórcio e coligação e acesso colectivo à justiça.

A acção popular vem prestar um contributo para a reformulação interna, sem rupturas, atenta a versatilidade deste ramo do Direito, das concepções e regras tradicionais civis.

Para maior detalhe sobre os meios jurídicos oferecidos pela LAP, em confronto ou conexos com os tradicionalmente tratados pelo Direito civil, esboçaremos breve análise nos pontos seguintes

2.4 – Legitimidade e representação

2.4.1 – Estabelece-se na LAP uma ampla legitimidade ao reconhecer-se o direito de acção popular a qualquer cidadão, a associações e fundações defensoras dos interesses em causa, independentemente de terem interesse directo na demanda, e

ainda a autarquias locais relativamente a interesses cujos titulares residam na área de circunscrição daquelas.

De registo, desde logo, o facto de se ver consagrada uma tríplice legitimidade: *individual*, do cidadão; *colectiva*, a cargo das associações e fundações; e *institucional*, na esfera das autarquias e, de modo restrito, do M^o P^o.

2.4.2 – Relativamente à legitimidade do *cidadão* pode começar por dizer-se, que ela constitui, o polo nuclear da legitimidade, em coerência com a tradição do instituto, e ainda em obediência ao princípio de que a tutela subjectiva dos interesses individuais deve estar na disponibilidade dos seus titulares. Neste pormenor, o modelo português aproxima-se do sistema da *common law* ao eleger a legitimidade individual (*representative plaintiff*) como pedra angular, e não assente numa legitimidade institucional (v.g. a confiada ao M^o P^o) como sucede no modelo francês e brasileiro.

No entanto, o conceito de "cidadão" está usado no sentido tanto de "nacional português" como de "residentes" no país, mesmo que não tenham cidadania portuguesa (estrangeiros), como sucede, de resto, com o art. 26-A do CPC.

Pode questionar-se se faz ou não sentido exigir-se uma *conexão mínima* v.g. de índole territorial. Ou seja, perante uma questão que envolva interesses abrangidos por esta lei (v.g. poluição, consumo, património cultural, etc.), mas confinada a uma certa área geográfica – Algarve; Açores; área metropolitana de Lisboa, etc. – fará sentido admitir a petição um cidadão residente noutra área.

É certo que, em termos de eficácia da tutela, não é crível que um tal altruísmo possa ocorrer repetidas vezes (um cidadão imbuído de zelo de cidadania deslocar-se ao tribunal do local da ocorrência para intentar a acção respectiva, certamente será coisa rara).

Parece haver conveniência em procurar-se uma solução de tipo restritivo, ainda que de índole jurisprudencial, assente, pelo menos, numa base territorial correspondente à área geográfica em que é levada a cabo a citação, buscando amparo legal no disposto no art. 15^o n^o 2 quando alude a conflito "geograficamente localizado", sugerindo que a citação se dirige aos residentes naquela área, devendo, a meu ver, inferir-se ainda daí que também só estes estarão legitimados a intentarem uma acção popular.

Obviamente se os interesses, sobretudo em presença de interesses difusos, têm expressão nacional já não fará sentido uma restrição de índole geográfica.

2.4.3 – No que tange à *legitimidade associativa*, importa frisar que, além da prossecução de outros escopos, tem-se em vista reabilitar a capacidade de intervenção e eficácia da sociedade civil que os movimentos associativos podem gerar, além de poderem, de algum modo, suprir as deficiências de organização da Administração e corrigir excessos de determinados agentes socio-económicos.

É verdade que, no que concerne às associações e fundações, se exige que tenham personalidade jurídica, incluam no seu objecto a defesa dos interesses em causa, além de não exercerem actividade concorrencial com empresas ou profissionais liberais.

Face ao modelo de legitimação inteiramente conformado pelas lei, fica, assim, arredada a legitimidade de grupos ou associações "ad hoc", ainda que sob controle judicial, como v.g. comissão de moradores de um bairro, mesmo que seja manifesto o interesse social em reconhecer a um tal grupo legitimidade para intervir.

O legislador ao atribuir legitimidade às associações e fundações, não acolheu o critério da *representatividade adequada*, como sucede nas *class actions*, segundo o qual se procede a uma averiguação da representatividade – em termos de credibilidade e de índice de representação (número significativo de representados) nos interesses pluri-individuais em jogo –, na base de um critério jurisprudencial, caso a caso, ou mesmo com expressão em texto legal que comine v.g. uma "representatividade genérica" ou não, com implicações processuais distintas.

Também não procedeu a qualquer restrição de ordem geográfica – associações de âmbito local e nacional – embora a questão possa vir a ser colocada em moldes similares à situação do particular, sobretudo no que respeita àquelas que têm um raio de actuação local.

2.4.4 – Em matéria de acção popular, a legitimidade do *M^o Público*, para efeitos de intervenção principal, pode dizer-se que se encontra cerceada embora não definitivamente afastada, ocorrendo, de certo modo, de forma subsidiária.

Pode, assim, enunciar-se tal legitimidade pela forma seguinte: a) o *M^o P^o* tem *intervenção principal* quando representa o Estado, os ausentes, menores e incapazes, e, nos termos da lei, as pessoas colectivas; b) e tem *intervenção acessória* fora daqueles casos, fiscalizando a legalidade da acção; c) e pode ainda aparecer com *legitimidade sucessiva (subsidiária)*, em substituição do autor popular em caso de desistência da lide, de transacção ou de comportamento lesivo dos interesses em jogo por parte deste.

De onde decorre que não se reconhece, *ab initio*, ao *M^o P^o* uma legitimidade (genérica) concorrente com a dos cidadãos ou associações – apesar de a lei

orgânica dispor de legitimidade para defesa de interesses difusos –, além de que a intervenção do M^o P^o se pode justificar como forma de compensar a inércia da sociedade civil (cidadãos, associações, etc.), que se traduz num verdadeiro "défice de cidadania activa", na promoção jurisdicional de interesses comunitários.

Também no que concerne à representação do Estado e organismos públicos, a lei não precisava sequer de o referir uma vez que isso resultava já da legislação em vigor, designadamente da lei orgânica do M^o P^o.

2.4.5 – A LAP inovou no quadro legal português ao consagrar, no art. 14^o, um "regime especial de representação" do autor popular da acção relativamente a todos os demais titulares dos direitos e interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão, com repercussão na extensão dos efeitos do caso julgado em decisões que não tenham improcedido por insuficiência de provas.

Resta saber se estamos perante uma verdadeira representação processual – situação em que o representante actua em nome dos representados – ou de uma substituição processual – situação em que o substituto actua em nome próprio mas defende direitos alheios – ou se estamos perante um novo figurino. É que a lei fala em "representação" mas, simultaneamente, em "por iniciativa própria" – parecendo, neste pormenor, apontar para a actuação em nome próprio, tanto mais que o preceito constitucional reconhece a todos, " *pessoalmente*" o direito (de acção popular), parecendo estabelecer uma ligação ou dependência a uma das dimensões dos direitos fundamentais –; ou, porventura, terá querido tão-só conectar a ideia de representação com a "dispensa de mandato".

E se relacionarmos este aspecto com as possibilidades que se abrem aos demais titulares, citados da pendência da lide popular, poder-se-á configurar o seguinte quadro de situações: podem estes excluir-se da representação (*opt out*), acautelando-se dos efeitos do caso julgado; ou podem nada dizer, valendo tal passividade como aceitação da representação (*opt in*), circunstância compaginável com a substituição processual, se algum interesse individual seu está a ser defendido por outrem, ou com a representação se apenas está em causa interesses difusos; ou intervêm, em defesa do seu interesse, apresentando um articulado próprio (*opt in*), parecendo gerar-se uma situação de litisconsórcio; ou ainda, podem aderir (*opt in*), aceitando o processo na fase em que se encontre, e, então, estaremos ainda em face de uma situação de litisconsórcio, em que o "aderente" surge como uma espécie de assistente de litisconsorte (cf. art. 15^o da LAP).

Estes aspectos importam algumas dificuldades de harmonização com os esquemas clássicos, nomeadamente em termos v.g. de admissibilidade de cumulação de

pedidos, de carácter colectivo e individual, ou da potencial proliferação de sujeitos co-autores e outros tantos patrocínios susceptíveis de gerar sérios problemas de gestão de prazos e trâmites processuais, de condução e disciplina da audiência, etc.

Também a solução de "auto-exclusão" se revela nova, parecendo, no entanto, só fazer verdadeiro sentido quando estejam em causa interesses individuais (ou, porventura, colectivos, *stricto sensu*, em que há uma titularidade definida ainda que colectiva), e não já para situações de interesses difusos, atenta a indivisibilidade dos bens.

Paralelamente, mas de sentido inverso, pode questionar-se se pode haver (a par da substituição colectiva) o direito de auto-exclusão colectiva, expressa ou tácita, ou seja, se uma associação pode vincular os seus associados, Face ao carácter omissivo da lei, poderia justificar-se aqui o aludido controle jurisdicional da "representatividade adequada".

2.5 – Indemnização civil por danos ao ambiente

2.5.1 – Em face da legitimidade plural abrangente, quem se apresentar em juízo a intentar uma acção popular pode provocar a tutela jurisdicional de danos com titulares determinados e ainda peticionar um *quantum* indemnizatório que seja expressão do dano comunitário indivisível, mesmo que não quantificado.

O arbitramento de indemnização pelos danos causados há-de, assim, traduzir-se, via de regra, numa condenação genérica, que compreenda quer o prejuízo individual de cada titular identificado, desde que se não tenha excluído da representação, quer o dano colectivo cuja titularidade não tenha sido determinada ou esteja assente na própria comunidade como um todo.

Por conseguinte, nesta altura, ainda não se encontra necessariamente determinado nem o número nem a identidade de todos os beneficiários da acção. Será necessário – e parece-me ser a via actual plausível, ainda que não se vede a possibilidade de propor uma acção comum singular para reclamar aquilo a que tenha direito – recorrer ao processo de "execução" com adição de uma "liquidação" para se operar a sua determinabilidade, e aí proceder à prova do prejuízo individual, sua quantificação, conexão causal com o dano global reconhecido na sentença.

Perguntar-se-á, para este efeito, qual a utilidade da acção popular?

De facto, tem como indesmentível valia a virtualidade de agregar um leque de pequenos (diminutos) prejuízos e dano global que, de outro modo, não seriam

certamente peticionados; ou, a sê-lo, propiciariam uma proliferação incontável de acções judiciais com consequências nefastas ao nível da economia processual, da repetição de prova ou da necessidade de prova (pericial) fora do alcance (técnico, financeiro) do particular (isolado), bem como o risco de disparidade de decisões.

Por outro lado, uma vez procedente a acção colectiva (popular), a condenação aproxima o *quantum* ressarcitório da totalidade do dano produzido (e não só o subjectivamente sofrido) ou do proveito obtido, efectivamente, pelo infractor.

Acresce que o beneficiário individual quando se apresenta a reclamar a sua quota parte, na execução e liquidação, dispõe já de uma decisão favorável transitada, que conheceu do dano global, simplificando assim a sua actuação. E, além do mais, uma vez determinado o montante global, nada impede que as liquidações se operem numa base voluntária ou negocial.

2.5.2 – Na determinação e cálculo do dano, e na falta de um modelo racional de parâmetros legais, deverá fazer-se intervir certas regras como sejam a da valorização de provas indiciárias e instrumentais, a observância das regras da experiência, o critério da verosimelhança, a ideia de proporcionalidade, a equidade, a técnica da amostragem e a majoração de valores segundo uma estimativa de titulares, sob pena de se manter uma efectivação conservadora do direito.

2.5.3 – Acresce ainda referir que o art. 23º alude – o que por si só constitui um indicador positivo – à responsabilidade objectiva, deveras importante na tutela dos interesses em causa.

Ficou, no entanto, por densificar e delimitar o conteúdo do preceito, nomeadamente quanto à integração da expressão "actividade *objectivamente* perigosa", inserta na sua parte final, aliás, como já sucede com a expressão "acção *especialmente* perigosa" constante do art. 41º da Lei de Bases do Ambiente. Importará a adopção de uma metodologia de integração casuística, em face de cada situação concreta?

Ou pretende o legislador proceder, em regulamentação, adoptar uma metodologia de catalogação ou listagem de actividades consideradas "objectivamente" ou "especialmete" perigosas.

Ou deverá perfilhar-se um critério misto? E se, neste caso, haverá matérias que por força da formulação legal (ao jeito de presunção) se podem subtrair à prova do "objectivamente perigoso", assim se configurando v.g. o "direito às compensações" previsto no art. 40º nº 5 da LBA?.

Cabe ao legislador optar, sendo certo que se torna necessário uma intervenção que dê corpo à regulamentação efectiva e supere a contemporização que persiste relativamente ao nº 2 do art. 41º da LBA. (sobre a temática da responsabilidade civil, cfr. Tomé, M. e Flores, M. F., 1994, p. 35-50)

2.6 – Caso julgado

A tutela de interesses difusos encabeçados por um sujeito legitimado e com abertura da acção à generalidade dos titulares legitima o recurso à eficácia *erga omnes* do caso julgado, por regra, como dispõe o art. 19º da Lei 83/95.

O caso julgado ali definido apresenta, no entanto, limites: limites *subjectivos* já que quem se auto-excluiu da acção não é abrangido pela decisão, procedente ou não; limites *objectivos* uma vez que se ressalva da eficácia geral da acção quando o autor não logre cumprir o ónus de prova que lhe incumbe, ressalva esta que pretende prevenir o conluio de autor e réu gizando uma acção para obtenção de uma decisão "improcedente por insuficiência de provas"; e limites de manifestação *casuística*, traduzidos no cerceamento da eficácia "ultra partes" naquelas situações em que juiz entenda dever decidir de modo diverso com base em motivações específicas do caso concreto (v.g. circunstâncias pessoais específicas de quem exerceu a acção).

3 – MEIOS DE TUTELA ESPECÍFICOS DO DIREITO CIVIL

3.1 – Nota de sequência

Recapitulando e por referência à sua tutela civil, o direito do ambiente poderá ser definido, num plano muito lato, como o conjunto de regras e princípios normativos, bem como de decisões, com relevância para o ambiente.

A preservação do ambiente, porque convergente com um leque de interesses muito diferenciados, tem uma protecção que se traduz num precipitado de actos jurídicos com características díspares. Por isso mesmo se falando do carácter multifacetado do direito do ambiente, que se espartilha e vai beber em vários ramos do direito, vg, administrativo, constitucional, penal ou civil.

É sobretudo *enquanto projectado na esfera jurídica individual, consubstanciando um verdadeiro direito subjectivo, o que vale por dizer um direito ao ambiente, que ele releva no âmbito do direito civil.*

3.2 – O direito ao ambiente na ordem jurídica portuguesa

Reportemo-nos às previsões normativas essenciais no panorama legislativo português que ora nos interessam.

Dispõe o artigo 66º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa que «todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e economicamente equilibrado e o dever de o defender». No nº 2 do mesmo artigo enunciam-se programaticamente as tarefas do Estado com vista a assegurar esse direito. O artigo 2º da Lei de Bases do Ambiente – Lei nº 11/87, de 7 de Abril – é uma cópia quase na íntegra daquele preceito constitucional.

O transcrito artigo 66º integra-se no Título III da Parte I da Constituição, referente aos direitos económicos, sociais e culturais. Vem, no entanto, sendo entendido que o direito nele conferido, enquanto dirigido à titularidade individual, é um *direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*.

É ainda essencial à compreensão da disciplina legal do direito ao ambiente a consideração do artigo 52º, nº 3, da Constituição: «é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização». Esta norma está inserida no Título II, pelo que o direito que lhe corresponde (direito de acção popular) goza sem dúvida do regime dos direitos, liberdades e garantias. Prende-se ele mais com uma questão de legitimidade. Garante a qualquer indivíduo a possibilidade de agir em defesa de valores ambientais, a que correspondem interesses difusos, independentemente de qualquer afectação directa da sua esfera individual. No fundo, dilata o conceito de interesse em agir, legitimando a qualquer um o recurso a uma acção para defesa de bens ambientais que, por sua natureza, não são apropriáveis individualmente. *Expandindo o alcance do direito subjectivo ao ambiente*, na medida em que possibilita ao seu titular a defesa de bens que transcendem a esfera jurídica individual.

Podemos, pois, concluir pela *existência de um direito global do indivíduo ao ambiente que, quer corresponda a um interesse imediato da pessoa, quer encarne um seu interesse não próprio e individual, por difuso (na fruição de bens necessariamente comuns), é reconhecido e efectivamente tutelado pela nossa ordem jurídica*.

3.3 – O direito civil ambiental

A natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias do direito ao ambiente a que atrás nos referimos é deveras importante, já que, como previsto no artigo 17º da Constituição, o regime destes aplica-se aos direitos fundamentais de natureza análoga, sendo uma das suas características o serem *directamente aplicáveis e vincularem entidades públicas e privadas* – cfr. o artigo 18º do mesmo diploma.

Surpreendem-se naquele direito *duas vertentes*, enquanto lhe correspondem: obrigações *de conteúdo positivo* – direito a que o Estado crie e assegure as condições para o seu exercício (direito subjectivo público); ou *de conteúdo negativo* – direito a que (Estado ou particulares) se abstenham de ofender esse direito.

Nesta segunda vertente, os titulares do direito e do dever correspondente situam-se num mesmo plano. Daí o falar-se em *efeito horizontal*, por contraposição ao *efeito vertical*, característico do direito subjectivo público, no exercício do qual o particular exige do Estado uma determinada actividade no desempenho das suas funções públicas.

A partir daqui, será fácil intuir que *a protecção jurídica concedida ao interesse ambiental através dos diversos ramos do direito está directamente relacionada com a afirmação de uma ou outra das referidas vertentes*.

Assim, no direito administrativo, ligada a um controle da actividade da administração, ou seja, e em princípio, à vertente positiva. No direito penal, é ainda essa vertente a manifestar-se, através da afirmação do Estado enquanto responsável pelo sancionamento de condutas criminalmente censuráveis. *A vertente negativa do direito*, a que, como visto, correspondem deveres de abstenção, *constitui a essência do direito civil ambiental*.

3.4 – O direito subjectivo a um determinado ambiente. Operacionalidade da noção. Colisão de direitos

Admitimos já a existência de um verdadeiro direito ao ambiente, que terá por objecto o conjunto de valores ambientais reconhecidamente consagrados. Ora, *a consideração de um direito subjectivo ao ambiente com conteúdo autónomo e próprio é imprescindível à maximização da sua operacionalidade no plano jurisdicional, estando no cerne da actuação do juiz civil*.

Na verdade, *só este lhe possibilitará uma valoração directa do interesse ambiental a proteger no caso concreto*. Se, pelo contrário, se negar esse conteúdo positivo, a actividade daquele não passará da constatação da existência ou não, *in casu*, de norma que proteja esse interesse. É esta última a perspectiva, que infelizmente tem campeado, que entende ser lícita uma actividade, logo que devidamente licenciada, mesmo que se demonstre ser extremamente nociva ao ambiente.

Se, pelo contrário, se entender que o direito ao ambiente tem um conteúdo próprio positivo, será sempre legítimo ao juiz apreciar e valorar *a se* o interesse ambiental que lhe corresponde, cotejando-o com outros direitos que com ele

conflituem. Desse modo, o licenciamento de uma actividade deixará de ser determinante, passando a factor que, entre outros, contribuirá para a verdadeira decisão: *a ponderação relativa dos interesses subjacentes aos direitos em colisão*.

Esse conflito deverá ser resolvido, como colisão de direitos, nos termos preceituados no artigo 335º, n.º1, do Código Civil: «1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devemos titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécies diferente, prevalece o que deva considerar-se superior».

Relembramos que o direito ao ambiente goza da força jurídica dos direitos, liberdades e garantias, como direito a eles análogo – artigo 17º da Constituição. O que o fará, *a priori*, preponderar sobre outros direitos sem essa força jurídica. Anotaremos, por outro lado, que o cotejo não se terá de ater só à natureza dos direitos mas também ao grau em que cada um deles, no concreto, possa ser sacrificado se se der prevalência ao outro. Não será de atender, por exemplo, a pretensão daquele que, por costumar dormir a sesta a seguir ao almoço, pede que sejam suprimidas as aulas de ginástica em escola fronteira à sua casa, por o barulho aí produzindo o impedir de dormir. Caso típico em que, quanto a nós, o direito ao descanso cederá face ao direito de propriedade do explorador do estabelecimento.

Configurando o direito ao ambiente dessa forma, que julgamos ser a mais correcta, *passará o direito civil a ser o ramo de direito mais vocacionado para a defesa do ambiente, pelas simplicidade e acessibilidade com que os seus instrumentos podem ser despoletados* – a qualquer um é legítimo o recurso a um tribunal, para que impeça a continuação de ofensa a um bem ambiental relevante, esteja ele radicado directamente na esfera jurídica do impetrante ou corresponda ele a um interesse difuso (acção inibitória). Bem como para pedir indemnização pelos danos causados por essa ofensa (acção ressarcitória).

3.5 – Especificidades do regime jurídico do direito ao ambiente

Vejamos as especificidades que, nessa vertente, se verificam na área ambiental.

No artigo 40º, n.º 4, da Lei de Bases do Ambiente, Lei 11/87, de 7 de Abril, «os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violência e a respectiva indemnização».

Estão pois previstas *duas formas de reacção contra uma ofensa*: a inibitória e a indemnizatória.

3.5.1 – A acção inibitória. Meios preventivos

Dado o especial carácter do bem jurídico protegido, cujas lesões são as mais das vezes irreversíveis ou de difícil recuperação (veja-se a extinção de espécies animais ou a contaminação radioactiva de determinada área), *a acção inibitória é o meio mais eficaz de protecção dos valores ambientais*. E dentro desta, *a acção preventiva*, caso a lesão seja previsível. Sendo certo que a mesma lei prevê, no artigo 42º da Lei 11/87, que «aqueles que se julguem ofendidos nos seus direitos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado poderão requerer que seja mandada suspender imediatamente a actividade causadora do dano, seguindo-se, para tal efeito, o processo de embargo administrativo». Anote-se que o procedimento cautelar mais comum para estes casos será o procedimento cautelar comum (não especificado), previsto nos artigos 381º e sgs. do Código de Processo Civil, e não propriamente o embargo, referido naquela lei e regulado genericamente nos artigos 412º a 420º daquele código, que apenas será de utilizar se a ofensa consistir na realização de uma obra. Mas nunca o processo de embargo administrativo, figura que não existe no mundo jurídico.

3.5.2 – A reconstituição natural. Acções reparatorias / indemnizatórias

Consumado, no entanto, o dano, deverá o bem afectado ser reconstituído, nos termos do artigo 562º do Código Civil: «quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação».

Caso não seja possível a reconstituição natural, prevê a lei que a indemnização seja fixada em dinheiro – artigo 566º, n.º 1, do Código Civil.

Em certos casos admite-se todavia que, na impossibilidade de reconstituição natural, a indemnização consista na efectivação de obras protectoras do ambiente que compensem o dano causado.

3.6 – Responsabilidade objectiva. Seguro

Já nos reportamos à eclosão do direito ao ambiente como resultado de evolução tecnológica que, possibilitando uma considerável utilização dos recursos naturais, trouxe problemas relacionados com a escassez destes.

Dessa constatação se extrai ser este ramo do direito campo propício ao funcionamento da responsabilidade pelo risco. Na verdade, a consideração fundamental que subjaz a esta, como correcção a desvios ao princípio da justiça

distributiva, está aqui bem patente: o exercício de determinadas actividades tem tal impacto sobre o ambiente que provoca a rarefacção de elementos deste, em prejuízo da sua fruição normal por toda a gente.

Por essa razão, é justo que quem beneficia dessas actividades deva responder, independentemente de culpa, pelos danos com elas causados. Aliás, e como manifestação do mesmo fenómeno, refira-se o princípio do poluidor-pagador, regra basilar em matéria ambiental.

Assim, o artigo 41º, n.º 1, da Lei 11/87, consagra a responsabilidade objectiva em matéria ambiental: «existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável».

É ainda instituída a obrigatoriedade de seguro para as actividades perigosas, no artigo 43º: «aqueles que exerçam actividades que envolvam alto grau de risco para o ambiente e como tal venham a ser classificados serão obrigados a segurar a sua responsabilidade civil». Visa-se com esta norma uma consciencialização dos potenciais ofensores do ambiente, conseguindo-se assim uma espécie de tutela indirecta contra a poluição.

Refira-se ainda a norma do artigo 44º, n.º 1, nos termos da qual «é assegurado aos cidadãos o direito à isenção de preparos nos processos em que pretendam obter reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos que violem regras constantes da presente lei e dos diplomas que a regulamentem, desde que o valor da causa não exceda o da alçada do tribunal da comarca».

3.7 – Presunção de nexos de causalidade e extensão da responsabilidade

Dada a natureza dos actos lesivos do ambiente, é, por vezes, extremamente difícil provar o nexo causal entre o facto e o dano. Por essa razão se tem vindo a advogar o estabelecimento de uma presunção do nexo de causalidade.

Constituindo presunção a ilação que se tira de um facto conhecido (base da presunção) para firmar um facto desconhecido (cfr. artigo 349º do Código Civil), o estabelecimento de uma presunção de nexo de causalidade pressupõe a prévia definição de qual o facto que serve de base a essa presunção e de qual o facto a presumir. Tarefa árdua para quem queira elaborar uma previsão de carácter genérico. O que só será possível com o recurso a uma cláusula geral, meramente orientadora. Disso é exemplo a Lei de Responsabilidade Civil sobre

o Ambiente Alemã, de 10-12-90, que, no parágrafo 6º, estabelece como base da presunção do nexu o conceito genérico de aptidão: «se a instalação for apta a, dadas as circunstâncias do evento, causar os danos verificados, presume-se tê-los causado». É certo que, nesta lei, se procura seguidamente definir os critérios que permitem avaliar dessa aptidão. Todavia, nunca se consegue anular a sua natureza de cláusula geral.

Uma outra dificuldade de prova tem ditado especificidade na disciplina da responsabilidade, fazendo reverter aquela em desfavor do lesante. É a que se relaciona com a determinação do grau com que vários agentes contribuíram para um mesmo dano. O que se consegue pela extensão da responsabilidade dos lesantes, através do mecanismo da solidariedade, só a nível de relações internas relevando o grau com que cada um deles contribui para lesão.

4 – VIAS SANCIONATÓRIAS

4.1 – Direito contra-ordenacional e Direito penal secundário *versus* Direito penal de justiça

4.1.1 – O reconhecimento de dignidade penal ao bem jurídico "ambiente" e a sua peculiar natureza suscitam também a questão de inserção dos crimes ecológicos no plano do direito penal clássico (Código Penal) em alternativa ao plano do direito penal secundário, bem como a diversa configuração da imputação objectiva consoante o plano em que se coloca.

Torna-se difícil traçar um critério preciso que demarque de modo uniforme o domínio de um e outro plano. A fronteira passará, essencialmente, por linhas de orientação de ordem formal – positiva ou razões conjunturais de política criminal.

Na indagação de um critério material, F. Dias decalca a legitimidade da colocação sistemática dos crimes na base do critério da *dupla função* da pessoa humana: quando a sua tutela se reporta à esfera de actuação pessoal, merecerá a inserção no C.P.; quando se referencia à actuação comunitária, será mais indicado o direito penal extravagante (Figueiredo Dias, 1978, p. 11).

Esta parece ser a linha de demarcação tradicional, de legado liberal – individualista, mas que importará complementar com outros critérios, em face de novos estados valiosos que revestem simultaneamente uma dimensão individual e uma dimensão comunitária como é o caso do ambiente.

Assim, apresentam-se como contributos válidos, na distinção destas áreas, critérios que remetem para o plano do direito penal secundário, matérias que

respeitem a especificidades técnicas; ou que respeitem à mutação célere do "processo civilizacional", por oposição à tendência de perenidade do CP; ou à promoção de um certo bem estar pelo Estado; ou à adequação e aplicação de sanções acessórias; ou à responsabilização das pessoas colectivas, etc.; ou a inda (critério essencialmente formal), a "arrumação" constitucional dos bens jurídicos na parte de "direitos, liberdades e garantias" *versus* "direitos sociais" (Anabela M. Rodrigues, 1996), embora seja questionável a sua operacionalidade dado existirem bens de natureza análoga àquelas e o direito do ambiente apresenta uma "estrutura bifronte", enformado por traços que simultaneamente se referenciam com outra área tipológica constitucional ("estrutura bifronte").

Em suma, a demarcação passará, basicamente, pelo considerando de o direito penal secundário compreender normas penais que tutelam, hoje, a actividade fomentadora do Estado com repercussão penal e um condicionamento enológico específico, enquanto se revê no Código Penal o espaço de eleição da tutela de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, *maxime*, com particular repercussão na matriz "pessoal" do bem jurídico.

4.1.2 – Esta linha de argumentação alcança eco, *mutatis mutandis*, na contraposição do direito penal *versus* direito de mera ordenação social cuja distinção, segundo a doutrina mais recente, residiria fundamentalmente na menor *gravidade* do ilícito de mera ordenação social, aferida por um critério quantitativo, embora complementado por critérios de ordem qualitativa (neutralidade axiológica, função social do Estado, desvalor social da acção, etc.). O direito de ordenação social representa uma espécie de limite negativo de todo o direito penal, plasmado por diferentes princípios ou com níveis diversos de garantias.

Parece, em todo o caso, que a localização mais adequada para a tutela penal do ambiente seria o Direito Penal Secundário, como propunha inicialmente F. Dias, atentas as afinidades de caracterização do bem jurídico e os traços enformadores daquele espaço jus-penal. De resto, a sua colocação, nesta sede, permitiria uma mais fácil adopção de adaptações, desenvolvimentos ou mesmo inflexões de princípios básicos ao nível de imputação objectiva, da culpa, da autoria, etc. que se mantêm (rígidos) no direito penal clássico, contrariamente à maior maleabilidade que naquele se reconhece.

4.1.3 – Todavia, a opção do legislador foi no sentido de incluir os crimes anti-ambientais no Código Penal (art. 278º e 279º), sustentada pela "nova relevância ética" – com um enfoque acrescido emprestado pelos *mass media*, conformadores da opinião pública – das questões ambientais.

Neste pormenor, o CP poderá até constituir uma "mais valia simbólica", do ponto de vista ecológico. De resto, o direito penal secundário, não raro, carece de

"visualização" social, acabando por se diluir na profusão de leis que ninguém conhece muito bem, (comunicação social e juristas, *inclusive*) e que não tem merecido grande tratamento doutrinário. Nesse sentido, pode, através da localização no CP, descortinar-se um reforço do "efeito preventivo – geral", conformador da consciência colectiva, com tradução na reafirmação da validade da norma e estabilização das expectativas da comunidade. Aliás, a inserção no CP é ainda a solução que acolhem certos ordenamentos jurídicos que procuram incrementar a consciência social em favor dos bens jurídicos.

Acrescenta-se, por vezes, um outro argumento, favorecendo a inclusão no CP, que consiste no grau de precisão da descrição típica, com a inerente definição das fronteiras da punibilidade, subtracção de incertezas e manipulações interpretativas e (maior) intensidade de eficácia no desígnio de protecção de bens jurídicos, que não ocorreriam plenamente na periferia do CP.

Contudo, esta argumentação não parece ser decisiva, já que a precisão dos tipos não depende – não deve depender – da localização sistemática das respectivas matérias, mas antes da configuração prototípica dos crimes; além de que não é líquido que a legislação penal extravagante tenha de se socorrer, com a inerente descaracterização, de parâmetros "técnicos" (em detrimento da visão "humanista"); finalmente, as molduras penais ou as razões de perseguição do crime e a determinação da pena concreta não encontram eco divergente consoante se esteja em sede do direito penal secundário ou do Código Penal.

Acresce que a alternativa de inserção dos crimes ecológicos no direito penal secundário não deixaria, todavia, de suscitar dificuldades, para além de não resolver todos os inconvenientes operativos resultantes da sua inclusão no CP.

Cogita-se, por exemplo, onde e como deveriam ser sediados e estruturados tais tipos penais, quando não está feita a codificação do direito penal extravagante.

Com efeito, a sua inserção nos diplomas – quadro dos vários sectores de actividade implicaria, desde logo, uma dispersão legal sem linha de unidade do sistema (penal), ainda que pudesse apresentar a vantagem de melhor poder ser compaginado com o ilícito de mera ordenação social previsto sobre a mesma matéria e com a actuação da Administração.

Em alternativa, poderia pensar-se na criação de um diploma específico sobre criminalidade ecológica, ou incluir tal matéria num diploma de mais vasto conteúdo que englobasse matérias como a saúde pública e delitos contra a economia, ou ainda, introduzir os crimes na própria Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87) ou numa ampla codificação sobre ambiente.

No entanto, este tipo de soluções resvalaria, por certo, numa tendência de dispersão legislativa e, sobretudo, coma-se o risco de criação de tipos prolixos e com inerentes dificuldades de operacionalidade.

Por outro lado, embora pareça estar facilitada a consagração da responsabilidade das pessoas colectivas fora do CP – o que representaria um potencial de eficácia na perseguição penal –, não se resolveriam, em sede de direito penal secundário, todas as dificuldades dogmáticas que é costume referenciar nesta matéria, assim como não está, definitivamente, vedada a sua admissão no CP (parte especial), mesmo que com algum prejuízo de harmonia do sistema (art. 11º do CP).

Em síntese, afigura-se que, para além de um conjunto de razões, sobretudo de índole formal, sobreleva como factor decisivo para a inserção da matéria ambiental no CP a admissão do "ambiente" como bem jurídico no quadro de valores ou estados valiosos considerados essenciais à vida em sociedade e com reflexo na dimensão "pessoal" dos indivíduos.

Mas a inserção sistemática no CP implica naturalmente a observância dos parâmetros que enformam este quadro normativo (parte geral – parte especial) já que não foi ressalvado, quanto à matéria em apreço, qualquer regime de excepção, condicionando inapelavelmente o realinhamento de tais parâmetros ou a implementação de inovações dogmáticas ousadas.

Em particular, suscita-se a questão de saber se o estatuído no artigo 10.º do CP – acção que seja "adequada" a produzir certo resultado se pode apoiar numa concepção de acção perigosa e sua conexão com o resultado (lesivo) exterior, isto é, numa relação de risco entre acção e resultado, ou ainda, se se basta com o "perigo objectivo" que é ínsito à acção.

Na verdade, a acção humana causadora de resultado só é relevante juridicamente se se puder concebê-la como finalisticamente orientada para a produção ou evitação de resultado, o que significa que a relação de causalidade se transfigura em imputação objectiva.

4.2 – Causalidade e imputação objectiva nos crimes ecológicos

4.2.1 – A teoria do delito encontrava-se tradicionalmente construída sobre a categoria da "acção" e esta assente, basicamente, sobre a da "causalidade", não obstante, algumas ciências sociais (v.g. a sociologia) terem, entretanto, desvalorizado o dogma causal.

Na perspectiva dogmática clássica de raiz positivista (neokantiana), o dogma causal surge, por isso, como uma relação de necessidade entre um antecedente e um conseqüente. Entretanto, o modelo teleológico veio assinalar que o processo causal não se poderia considerar como uma mera realidade natural. E, a partir daí, tem-se procurado operar a integração da causalidade no sistema jurídico, combinando elementos pessoais, normativos e naturais.

Mas, dir-se-á, que também o finalismo tinha procedido já a um processo de integração, ao considerar na "acção" não só o elemento objectivo pessoal mas também o elemento subjectivo pessoal.

A verdade é que, no plano diacrónico da modelação dogmática da acção, é já recorrente afirmar, que a concepção clássica começara por adoptar uma noção daquela correspondente ao movimento corpóreo do agente de cariz causal - naturalista (Von Liszt). Tal conceito apresenta, porém, como óbice a inadequação à omissão e à graduação da ilicitude.

No intuito de superar tais dificuldades surge a concepção neo - clássica que toma a acção como a realização fáctica humana de negação de valores imanentes a uma ordem jurídica, ou seja, de estrutura eminentemente teleológico-finalista (Mezger).

Aparece, entretanto, a concepção finalista que entende a acção II como um dado pré jurídico, de raiz ontológica, que integra a ideia de finalidade (o homem entendido como *ser final* ou que age antecipando mentalmente os fins) e que estabelece um primeiro ponto de contacto do ser - social (prévio) ao domínio axiológico-normativo, mas sem se deixar erigir em categoria intrinsecamente plasmada por valorações jurídicas (Welzel). Desta perspectiva resulta um conceito de acção plasmado pelo conteúdo da vontade (*pré - modelar final*).

Porém, estes entendimentos não se mostram consensualmente aceites, tendo, entretanto, surgido outras formulações pretendendo superar as teses anteriores, de entre as quais merecem realce a *teoria social* (Jescheck), a *teoria pessoal* (Roxin) e a *teoria da inevitabilidade individual* (Jakobs).

4.2.2 – E, procurando conectar a acção ao resultado, pode começar por afirmar-se que a acção manifestada é já, ou pode ser, um resultado.

Assim, em torno da definição de resultado, ou antes, de "resultado típico" e sua ligação à "acção", importa associar à perspectiva "naturalística" o conceito de resultado como efeito exterior da conduta e dela separada no tempo e no espaço, ou seja, correspondente a uma qualquer modificação do mundo exterior e,

paralelamente, à perspectiva "jurídica ou normativa" que faz corresponder resultado a lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico ou interesse tutelado pela norma.

O resultado, na perspectiva do grau de afectação do bem jurídico, pode traduzir uma lesão efectiva (dano), logo mais próximo da aludida noção de "consequência" ou efeito; ou ainda a probabilidade de lesão (perigo).

4.2.3 – No plano da configuração típica de crimes de resultado (danoso ou perigoso) suscita-se, de modo enfático, a questão da conexão de um resultado a uma acção e da relevância desta no mundo jurídico para a referenciar a alguém como "obra sua".

Ora, em matéria de crimes ecológicos, a questão de base que se coloca é a de saber se a previsão quantitativa (ou qualitativa) de uma "poluição inadmissível" ou a de "graves danos contra a natureza" traduz, na óptica do legislador, um *resultado específico*, legal e objectivamente imputado, ou se importa a clarificação e comprovação do resultado, de todo o processo causal e da sua "titulação" como obra de alguém.

Neste quadro de ponderação, importa, ainda atender ao facto de o resultado ou "dano ambiental" se apresentar como um resultado ou dano complexo. Tal complexidade decorre da plúrima natureza com que aquele se apresenta, não raro, de uma multiplicidade de fontes que para ele concorrem, de combinações e efeitos sinérgicos que frequentemente acontecem, da perduração de efeitos no tempo e no espaço, bem como da inerente delicadeza e dificuldade de prova.

Decerto que o maior mérito das teorias de imputação objectiva reside na consideração de dois momentos distintos: um, o da relação (causal) entre acção e resultado; outro, o da delimitação da acção típica a partir de critérios normativos como obra de alguém.

É precisamente na complexidade da vida (e da ecologia) que se suscitam os mais significativos problemas de sucessão causal e inerente imputação de resultados; apesar de, muitas vezes, se procurar antever na noção de causa um sentido individualizador, designando a condição mais importante do resultado, sobretudo em situações plúri – causais. De facto, o processo causal ambiental é tudo menos um "sistema causal fechado" ou sequência invariável de eventos.

A complexidade mantém-se também pelo facto de o conhecimento sobre as relações e interdependências das actividades humanas com os ecossistemas ou ao nível interno destes continuar deficitário.

A complexidade resulta não só da dificuldade de delimitação de causas ou condições como também da delimitação dos efeitos, no plano ambiental efectivo.

Além disso, a própria natureza complexa dos processos de destruição ou esgotamento dos recursos naturais e dos processos de poluição dos componentes ambientais leva a que a relação causal – material não se estabeleça de forma linear, podendo falar-se, a este propósito, em causalidade:

- *Concorrente ou concausalidade*: quando vários factores ou condições concorrem para a produção (conjunta) de um resultado (dano) que nenhum deles teria produzido sozinho. *Exemplo 1* – vários agentes poluidores contribuem com uma pequena quota que, de per si, se revela insuficiente para atingir o limiar de intolerabilidade ("medida inadmissível"), mas em conjunto ultrapassam o valor limite estipulado. *Exemplo 2* – dois estabelecimentos comerciais (cafés, discotecas) emitem, no conjunto, um ruído superior ao limite permitido, apesar de cada um, isoladamente, não atingir tal valor. *Exemplo 3* – vários agentes abatem exemplares de uma espécie animal protegida, eliminando, no total dos contributos, a espécie de certa região.
- *Cumulativa ou paralela*: quando o resultado foi produzido por duas ou mais condições, sequenciais ou simultâneas, mas cada uma delas revelava-se eficaz, isto é, com independência das demais teria provocado o resultado. Tal sucede, em matéria ambiental, quando várias emissões poluentes não são eliminadas ou assimiladas pelo meio receptor (ecosistema), gerando uma cadeia (soma), histórica ou paralela, de factores de risco ou de lesão ambiental. *Exemplo 1* – para uma "poluição inadmissível" típica de 50 mg/m³ (enxofre/água), cada empresa poluidora concorre, por si só, com um valor igual ou superior àquele limite. *Exemplo 2* – quando o contributo de cada uma reside no adicionamento de um produto químico diverso do utilizado pelos demais agentes, mas cada qual constituindo emissão poluente inadmissível em razão da "natureza" típica do químico (absolutamente proibido).
- *Sinérgica*: quando duas condições, à partida consideradas inócuas ou de efeito reduzido (mesmo em termos quantitativos) para a produção de determinado efeitos, se combinam, originando um resultado de potência ou de efeito nocivos multiplicados, em proporção geométrica. *Exemplo 1* – uma emissão (efluente) se combina com a(s) emissões de outros) agentes) ou fontes poluidoras, originando um aumento (no limite, dois elementos químicos, por si só, inócuos, podem gerar, quando combinados, uma reacção química nefasta).
- *Alternativa*: quando um resultado decorre da verificação de uma, entre duas (ou mais) condições e, em rigor, não se determina qual delas provocou o resultado. Não se trata aqui de concorrência efectiva de

causas, já que, verdadeiramente, só uma originou o resultado. *Exemplo 1* – face a um resultado poluente indivisível se constata que só uma de duas unidades fabris (possíveis) poderia ter provocado aquela poluição (sem se determinar qual). *Exemplo 2* – dois caçadores disparam sobre um exemplar do último casal de linces ibéricos conhecidos numa região, vindo aquele (ou os dois) exemplar a morrer com um disparo de uma arma.

- *Excedentária (surplus causas)*: quando só uma das condições teria provocado por si só o resultado, mas outra cooperou também na produção efectiva do efeito, embora não se revele determinante para a sua produção.
- *Virtual* (concorrência virtual de causas ou causas substitutivas): a causa de reserva não opera efectivamente (materialmente) no resultado.
- *Aleatória ou estocástica*: quando o resultado ou a sua configuração fica na dependência de factores alheios às acções típicas. *Exemplo 1* – as emissões poluentes, por si só, não tinham eficiência para provocar o resultado produzido, surgindo este na decorrência de factores externos, designadamente, especial sensibilidade ou especiais características do meio receptor, topografia, temperatura, pluviosidade, frequência ou velocidade eólica, níveis do caudal hídrico, etc.
- *De exclusão*: quando se atende ou se pretende provar as não – causas, ou seja, obter uma prova negativa das causas.

Estas modalidades de causalidade, quando concretizadas através de problemas ambientais, podem erigir-se em estudo de casos, passíveis de testar as formulações de causalidade e imputação objectiva, no propósito de confirmar ou infirmar a ideia de que estamos numa área susceptível de levantar complicações à dogmática tradicional, reclamando um tratamento adequado à natureza das matérias para que o direito penal ambiental não seja meramente simbólico.

Consoante a natureza da condição ou factor poluente (da água, de solo ou do ar), pode falar-se em:

- poluição "orgânica", cuja lesão ou perigo de lesão ambiental ocorre em consequência da diminuição ou carência de oxigénio (consumido por bactérias);
- poluição "tóxica", cuja lesão ambiental pode sobrevir de modo directo ou por acumulação (cádmio, mercúrio; chumbo, etc., elementos normalmente de utilização difusa);

- poluição através de "matérias nutritivas", cuja lesão decorre da entrofisação das águas (potenciando o crescimento célere de algas que consomem o oxigénio) resultante de nitratos e fosfatos;
- poluição térmica (hipertermia) que conduz a um atrofiamento das espécies vegetais e animais;
- poluição gasosa, através de gases ou metais voláteis, designadamente óxidos de azoto, dióxido de carbono, hidrocarbonetos, chumbo, amianto, sílcio e (outras) partículas em suspensão, ácidas ou radioactivas, etc. (VERNIER, JACQUES, 1994).

4.2.4 – Torna-se, então, necessário delimitar o objecto de explicação causal porque, teoricamente, é sempre possível aduzir novos factores concomitantes, anteriores, sucedâneos, paralelos, suplementares, etc. Essa é a primeira tarefa para determinar o nexa causal de um efeito: eleição de factores relativamente aos quais se suspeita terem propriedades que expliquem o resultado (perigoso ou danoso); encontrar uma explicação universal, científica ou regras de experiência que dêem suporte a uma explicação de certo resultado. Depois, importa a monitorização de variáveis para a demonstração concreta do resultado, face a circunstâncias como v. g. a verificação simultânea, a proximidade, a contiguidade, a sequência, o isolamento etc.

4.2.4.1 – Teoria da equivalência

Confrontamo-nos, desde logo, com a *teoria da equivalência* de condições, que para comprovar o nexa causal recorre ao método da *conditio sine qua non* que – mediante um procedimento hipotético de eliminação – nos termos da qual "causa" de certo evento é toda a condição cuja não verificação implicaria a não produção de resultado.

Assim, se perante uma poluição inadmissível que resulta de vários contributos, tentássemos operar a imputação daquele resultado (indivisível ou de modo parcelar) segundo esta formulação de causalidade, a fonte poluidora que, mentalmente subtraída ao processo causal, não obstasse à produção do resultado não seria condição ou causa deste, mas sê-lo-ia no caso de o limite de inadmissibilidade não ter sido atingido na sua ausência.

Todavia, porque o resultado típico do crime de poluição é um *resultado de grau*, e porque a verificação do fenómeno é, muitas vezes, determinado por uma combinação inter – activa de factores, o princípio da equivalência pode revelar-se importante pela consideração abrangente ou extensiva de imputação que lhe subjaz. Assim, se para um limite intolerável de 100, quatro fontes poluidoras

contribuíssem com um valor unitário superior a 25, qualquer uma delas era, para este efeito, considerada causa *sine qua non* (já que sem a verificação de todas e de cada uma o resultado não ocorreria – aqui residindo a amplitude da teoria); se o valor de cada uma divergisse, poderiam algumas serem condições equivalentes e outras não. Simplesmente, não se está a considerar a circunstância de cada uma das unidades poluentes estar autorizada a efectuar emissões até certo montante (que sendo 100, mostrar-se-ia, em princípio, justificada a actuação de cada uma).

No entanto, em processos causais hipotéticos – quando uma outra causa teria produzido o mesmo resultado no mesmo momento e da mesma forma – e em processos causais cumulativos (quando o resultado foi produzido por duas ou mais condições simultâneas, cada uma das quais resultou eficaz, por si só, com independência das demais) o procedimento hipotético não é aplicável por conduzir a resultados inaceitáveis.

Na causalidade cumulativa, conclui-se, através da fórmula negativa - determinado factor "não seria causa se o resultado se tivesse produzido mesmo sem a verificação da condição" –, que nenhuma das acções fora causa do evento (ou que o efeito teria ocorrido sem qualquer causa!); ou seja, a teoria da *conditio* não resolve as situações de causalidade cumulativa, nem ainda de causalidade excedentária; já na concausalidade todas são condições necessárias (embora não suficientes) do resultado; na causalidade alternativa a tese da *conditio* apresenta soluções inaceitáveis, quer do ponto de vista lógico quer jurídico.

4.2.4.2 – Teoria da adequação

Para corrigir as deficiências de operacionalidade da teoria da equivalência e a inadequação de certos postulados (em sede de crimes omissivos, ou de resultados imputados ao comportamento do agente sem correspondência causal naturalística, ou do seu procedimento hipotético de eliminação, etc.), surgiu a *teoria da adequação*, através da qual, segundo um juízo (mediano, isto é de um observador normal na posição do agente) de prognose póstuma e baseado em regras da experiência, se estabelece uma adequação entre uma certa acção e um certo resultado. Como "objectivamente previsível" é quase tudo, esta teoria socorre-se de um outro critério selectivo, o da "diligência devida".

Assim, na hipótese formulada de concausalidade, nenhuma das fontes poluidoras – e sem entrarmos em raciocínios de comparticipação – seria considerada adequada, por se revelar ineficiente, isto é, só por si, não seria adequada à produção do resultado.

Tal concepção tem sido genericamente acolhida na doutrina e jurisprudência portuguesas.

Entretanto, a teoria da adequação, importada por K. Larenz e Honig para o seio da imputação objectiva, é, hoje, objecto de revisão crítica no plano da sua operacionalidade.

Desde logo, a determinação da "condição adequada" (cfr. art. 10º CP) não dispensa um complexo *iter* racional, decomposto em fases sucessivas: 1ª, traduzida num juízo de necessidade da condição; 2ª, num juízo de (in) verificação de condição negativa; 3ª, num juízo de realidade (eficiência ou proximidade) da condição. Uma vez cumpridas estas operações mentais, o sentido positivo da resposta conduz à afirmação do nexa causal.

Por outro lado, a teoria da adequação, na sua determinação selectiva, não maximaliza a confluência de outras causas e a sua relação (condicionante) com a eleita, sendo certo que, não raro, uma condição anterior pode ter desencadeado directamente a "adequada".

Acresce que esta teoria transporta o intérprete para um plano abstracto, já que a dignidade da condição há-de revelar-se apta para produzir certo resultado, em face da sua normalidade e frequência, e na aferição de um "homem médio".

4.2.4.3 – Teoria da relevância

Também a *teoria da relevância* ou a da causa *última* ou *condição última* têm servido de fórmulas correctoras à da equivalência de condições.

Não obstante a dificuldade de se apresentarem como critério válido e passível de generalização, podem, em todo o caso, não se revelar dispiciendas, numa certa leitura destas matérias, v.g. para efeitos de imputação do crime de poluição ao último (no espaço ou no tempo) agente que contribuiu para a produção do resultado, ou de imputação do crime de danos contra a natureza quando o agente contribuiu "decisivamente", no sentido de ter sido o último a actuar – embora a expressão possa ser considerada como o contributo mais importante contemporâneo de outros para a eliminação de uma espécie ou o esgotamento de um recurso.

4.3 – A estruturação típica dos crimes ecológicos

Na leitura dos tipos penais ecológicos, à luz do "paradigma da ofensividade", importará distinguir o crime de "danos contra a natureza" (artº 278º) do de "poluição" (art. 279º).

4.3.1 – No que àquele se refere, parece ser pacífico o reconhecimento de que se trata de um crime, essencialmente, de *resultado* (*maxime*, danoso) por se entender que o seu preenchimento só ocorre com a lesão efectiva dos valores ambientais ali tutelados.

No entanto, alguns autores descortinam ainda ali – no segmento "não observando disposições legais ou regulamentares" – uma componente de *dever* (específico, logo, desobediência). Mas sobre tal aspecto pode ser feita mais que uma leitura: desde admitir-se que se trata de uma componente de desobediência em sentido próprio, consubstanciada ao tipo, constituindo um adição à tipicidade penal; ou entender-se que traduz uma mera delimitação negativa da tipificação penal, precavendo a imputação (objectiva e subjectiva) do dano de um eventual "exercício de direito" conferido por normas extra – penais (v. g. normas de caça relativamente a espécies incluídas nos anexos da legislação respectiva ou de Convenções de Bona, de Berna, etc.), resultando ainda um acrescido desvalor da acção.

Decerto aquela formulação tanto pode traduzir a violação de um dever geral – tantas são as manifestações de regulação programática e classificatória, com a cominação de *deveres genéricos*, em Leis, Convenções ratificadas e Directivas transpostas – de que decorre, em bom rigor, um *incumprimento* que está na base de qualquer ilicitude típica (administrativa, civil, etc.), como também a violação de *deveres específicos* sobretudo decorrentes de disposições regulamentares, cujos destinatários integrariam uma categoria (v.g. profissional) que seria objecto de dirigibilidade da norma, e de onde evoliria a desobediência com o desrespeito de tais deveres.

4.3.2 – Mais controversa é a leitura que se vem fazendo, sob este ponto de vista, do tipo descrito no artº 279º: para certas cocepções tratar-se-ia de um crime, basicamente, de *dano*; para outros de *perigo*; para outros de *desobediência*.

A verdade é que a multímota descrição legal parece abarcar situações de índole vária, desde comportamentos cuja realização (resultado) parecem traduzir uma lesão efectiva (dano): assim, v.g. o verbo "poluir", tanto pode sugerir uma ideia de acção como o seu efeito; a expressão "degradar" as qualidades da água deixa transparecer uma ideia de perigo; a emissão cuja "natureza" poluente é inadmissível, aproxima-se da presunção de perigo (abstracto).

Ou seja, para além de uma certa prolixidade de modelos de conduta que o preceito sugere, também não descreve claramente um qualquer resultado, danoso ou perigoso e, menos ainda, um resultado unívoco.

Resultam variações conceptuais, consonante a componente ambiental a que se refira, pelo que, no reporte ao artº 279º, se sustenta uma variada modelação comportamental delituosa sob ameaça do próprio princípio da tipicidade. É possível, assim, identificar estruturações diversas, nas alíneas do artº 279º nº 1, e até dentro da mesma alínea, como seja: quanto à *água*, crime de dano (quando a

poluição tornou inapropriada para a finalidade a que estava adstrita) e de perigo (quando apenas se alteraram as suas características); quanto ao *solo*, de perigo abstracto ou concreto (com a degradação das suas qualidades); quanto ao *ar*, de perigo abstracto ou concreto (com a alteração de qualidades); quanto ao *ruído*, de perigo concreto (com a criação deste para a saúde das pessoas).

É preciso levar em linha de conta a natureza de cada componente ambiental e de cada sector de actividade, em consonância com o grau de afectação do bem jurídico (manifestação fenoménica) – no modo de lesão ou no modo de susceptibilidade desta ou no modo da sua potencialidade (presumida). Nesta linha de raciocínio, por exemplo, parece intencional a introdução do segmento "ou [...] degradar as suas qualidades" para acrescentar um modelo de comportamento diverso daquele que encerra o sintagma "poluir". Resta saber que significado se deve atribuir a cada um desses segmentos literais: se consubstanciam já uma lesão efectiva, mesmo a mera adulteração de qualidade da componente ambiental, sem qualquer referência significativa ao cerceamento do seu destino (irrigação de campos; vida dos peixes e outros seres vivos; consumo e outras utilizações humanas; etc.); ou se essa visão ainda é uma descrição do perigo, já que ainda se pode compreender no conceito de poluição a potencialidade, real ou presumida, da lesão de um bem no seu desempenho funcional.

4.3.3 – Em todo o caso, dado o carácter maleável da noção de *perigo*, tal noção torna-se mais operativa e mais adequada à natureza do bem jurídico ambiente. Ainda assim, é comum aludir-se a mais que uma modalidade de crime de perigo.

Por um lado, fala-se em crime de "perigo concreto", enquanto crime de resultado, traduzido este na realização de uma situação realmente perigosa para o bem jurídico, de onde é provável decorrer a lesão efectiva (e cuja existência deverá ser comprovada pelo juiz no caso concreto).

Contrapõe-se-lhe o crime de "perigo abstracto" ou de mera actividade que se consuma com a realização da acção típica, independentemente da ocorrência de um resultado. Ou seja, enquanto nos crimes de perigo concreto o perigo é elemento do ilícito-típico, nos crimes de perigo abstracto o perigo é elemento do tipo mas da motivação do legislador".

Finalmente, ainda se alude a crime de perigo "abstracto – concreto," como categoria intermédia, quando não se exige que se produza um perigo efectivo para o objecto directamente protegido nem, tão pouco, uma descrição legal do perigo; segundo as regras da experiência para o bem jurídico a lei faz uma apreciação de propriedades que tornam apta ou idónea a acção para produzir o perigo real para o bem jurídico; ou seja, o perigo qualifica a conduta.

De todo o modo, não será preciso que a contaminação ou degradação de elementos ou bens ambientais, se revele factor ou condição de perigo para interesses de cariz antropocêntrico para integrar os crimes ecológicos (questão muito debatida na doutrina e jurisprudência alemãs sobre a "alteração prejudicial das propriedades da água" do § 324 do StGB).

Com efeito, numa leitura antropocêntrica, a imputação objectiva equaciona-se de modo diferente já que os componentes ambientais – água, ar, solo – seriam apenas objectos intermédios da colocação em perigo ou lesão da qualidade de vida ou saúde do Homem. O resultado típico exigiria a comprovação do perigo ou da afectação lesiva das pessoas e não dos bens ambientais, já que a tutela destes ficaria mediatizada; a não ser que a colocação em perigo dos bens ambientais constitua já um resultado típico.

4.4 – Responsabilidade da pessoa colectiva

4.4.1 – No estado civilizacional da moderna sociedade e perante os contornos que a actual criminalidade assume, a responsabilização penal da pessoa colectiva institui-se em *razão de política criminal*, para mais que esta entidade é, geralmente, a maior responsável por atentados ao ambiente.

Tal ente colectivo aparece como o “efectivo agente” do crime (socialmente, seu autor e que dele beneficia), que age de forma profissional e organizada, com base numa “estrutura de poder” complexa e opaca, que escamoteia ou dispersa a responsabilidade (através da teia hierárquica e da cadeia de parcelas ínfimas de acção de cada pessoa singular) e gera impunidade, além de produzir efeitos de forma massificada, à escala, com enorme potencial lesivo e com difusão das vítimas.

Perante este estereotipo de agentes do crime ambiental – socialmente integrados, que dispensam quaisquer programas de “ressocialização” – a resposta do Estado, detentor do *ius puniendi*, deverá ser obviamente diferente do paradigma tradicional, centrado na pessoa singular.

Pelo que, no seguimento do que já acontece no direito de mera ordenação social e em diversos diplomas do direito penal secundário, merece aplauso a ideia de tornar a pessoa colectiva um verdadeiro “centro de imputação” de ilícitos criminais ambientais.

Na verdade, no plano jus-penal, não se alcança uma eficácia equivalente pela via do alargamento da punibilidade da *actuação em nome de outrem* (art. 12º do CP), já que sempre nos deparamos com a dificuldade de identificar, causalmente, a pessoa singular que agiu de forma penalmente relevante.

Por outro lado, a “criminalidade de empresa” não encontra eco adequado nos quadros dogmáticos tradicionais, por exemplo, da *comparticipação criminosa*, já que a imputação jurídica a operar a este nível debate-se com a cisão entre “responsabilidade” e “acção” – que ocorre no seio da empresa –, sendo certo que quem age não detém, por regra, a responsabilidade da empresa.

Acresce que o apelo ao instituto da *omissão imprópria*, na base da qual se vislumbraria uma posição de garante dos órgãos de direcção ou do superior hierárquico no quadro de pessoal da empresa face aos actos delituosos dos subordinados não está isenta de dificuldades.

Finalmente, não é fácil levar a cabo a *determinação do dolo* da pessoa colectiva em moldes tradicionais: decalcado no dolo de um “representante” da empresa (imputação subjectiva derivada) ou segundo a deficiente organização da empresa de onde decorre o facto típico criminoso (imputação subjectiva directa)?

4.4.2 – De todo o modo, importará coligir (na parte geral, porventura, no art. 11º) algumas normas e critérios básicos de imputação, para que esta não venha a resultar inexequível na prática judiciária.

Assim, no confronto dos regimes jurídicos sancionatórios existentes, nacionais (sectoriais) e estrangeiros, podem identificar-se vários modelos de imputação da responsabilidade penal da pessoa colectiva.

Desde logo, um modelo de *imputação orgânica* que funda a responsabilidade apenas em acções e omissões dos “órgãos” que exprimem a vontade do ente colectivo (como se prevê, por exemplo, no nº 2 do art. 7º da Lei 433/82, de 27-10).

Neste modelo de imputação, pontifica uma ideia de mediação de acções ou omissões cuja materialidade ou existência ontológica radica em pessoas singulares mas em que a sua titulação jurídica cabe, a partir daquele critério de imputação, à entidade colectiva.

No entanto, parece revelar-se um critério insuficiente, porque restritivo, pelo que de vários quadrantes e por diversas razões surgem vozes – por exemplo, M. Delmas-Marty e Klaus Tiedeman – a reclamar um alargamento daquele círculo de pessoas “habilitadas” que exprimem o *agir*, juridicamente relevante, do ente colectivo, de modo a não se cingir o círculo ao *top management*, com funções de direcção ou supervisão, mas poder abarcar o *middle management*.

Num modelo de imputação intermédia, que se pode designar por *imputação representativa*, aquele círculo de indivíduos qualificados estende-se aos “representantes” (legais; e voluntários?) e cujo suporte dogmático se situa na

teoria da representação. É o que sucede no nosso ordenamento, por exemplo, com o DL n.º 28/84, de 20-01, sobre infracções anti-económicas e contra a saúde pública, e o DL n.º 278/87, de 07-07, sobre exercício da pesca e cultura de espécies marinhas.

Um outro modelo de atribuição da responsabilidade à pessoa colectiva, a que se chama modelo de *imputação funcional*, socorre-se de um critério de imputação que acolhe a actuação de “toda e qualquer pessoa”, quadros dirigentes e intermédios, trabalhadores, representantes, etc..

A delimitação negativa de imputação opera através da exigência de verificação de determinada conexão, material ou jurídica, com a entidade colectiva: por exemplo que a pessoa singular tenha actuado no “exercício das suas funções”, ou no “interesse colectivo”, ou ainda no “quadro e com o poderio da empresa”.

Este modelo, concretizado através de várias soluções, traduz uma responsabilidade derivada da entidade colectiva que assenta numa ideia de vicariato em que funciona a tese do *respondeat superior*.

Não há dúvida que este modelo representa um franco alargamento da responsabilidade, já que diversifica os nexos funcionais de imputação, dispensa a demonstração de algumas conexões e simplifica a produção da prova da autoria. Este tipo de construções pode surpreender-se, ao nível do ilícito de mera ordenação social, no DL n.º 204/93, de 3/6, relativo à prevenção de riscos de acidentes graves causados por actividades industriais; no DL n.º 109/91, de 15/3, relativo à disciplina da actividade industrial; num projecto de diploma que chegou a ter aprovação, em Junho de 1999, em Conselho de Ministros (e deveria ser apresentado como proposta de lei à Assembleia da República) e que visava proceder a uma revisão do DL n.º 433/82.

4.4.3 – Acresce que, no plano da autoria e participação, os parâmetros a traçar sobre esta matéria deverão partir de uma construção que tome a pessoa colectiva como “figura central” em torno da qual se equacionam conexões causais ou fácticas, a partir do critério de *domínio do facto* (nos crimes de domínio, também apelidado em ilícitos de acumulação *concert of action*): quer na modalidade de *domínio da vontade* (característico para o estabelecimento de autorias mediatas e, desse modo, reconhecer o momento de domínio no “homem de trás” que dirige a organização societária), quer de *domínio funcional* (típico na identificação de co-autorias, passível de aproveitamento em sede do organigrama societário, seja na sua configuração burocrática vertical ou estrutura hierárquica seja na configuração burocrática horizontal ou divisão de trabalho, em prestações ou contributos com carácter fungível ou mesmo em cadeia), quer de *domínio da acção* (típico da autoria imediata, singular ou paralela).

Tal responsabilização não precludiria a responsabilidade individual.

4.4.4 – O panorama actual do pensamento jurídico parece ter superado várias das reservas à responsabilização penal da pessoa colectiva, designadamente as que se prendiam com a “incapacidade de acção”, com a “incapacidade de culpa” e com a “incapacidade de pena”.

Com efeito, pode proceder-se, hoje, à construção de um *agir* “jurídica e penalmente relevante” da pessoa colectiva, ao admitir-se que: *i*) a acção e a vontade são as manifestadas pelos órgãos, representantes ou outros indivíduos, uma vez cumprida a conexão ao ente colectivo; *ii*) a capacidade de exercício deste transparece do próprio reconhecimento a este da qualidade de “sujeito” de direitos e de obrigações (v.g. celebração de contrato; obrigação de organizar a contabilidade segundo o POC; entrega do IVA; licenciamento; tratamento de efluentes; informação ao consumidor; etc.); *iii*) a actuação “socialmente visível” é a do ente colectivo (v.g. a descarga de efluente; a deposição de lixos tóxicos; o derrame de hidrocarbonetos; *mailing* publicitário de produtos a partir de base de dados não autorizadas; não entrega da declaração de IRC); *iiii*) a acção visível torna-se uma “unidade de sentido social”, passível de ser tratada penalmente.

Por outro lado, a compatibilização com o *princípio da culpa*, há-de encontrar fundamento – mesmo para além da estrutura ontológica de “obra da liberdade” ou “realização do ser-livre” em que se traduz a pessoa colectiva, assegurando-se um *princípio de identidade da liberdade* (Max Müller) – enquanto princípio de imputação do facto à responsabilidade do seu autor. Mesmo no estrito plano do dolo, importa adoptar concepções normativistas e sociais, porventura com apelo à ideia de *cognoscibilidade* ou consciência paralela ou ainda ao “conhecimento situacional”; e, no plano da negligência, sempre se pode socorrer da ideia de “culpa da organização”, certo de que a comunicabilidade a este nível não levanta as mesmas reservas dogmáticas.

Por sua vez, no plano das sanções penais, importa adoptar a par da pena pecuniária como sanção principal, um leque diversificado de sanções acessórias, que visem acautelar, de modo congruente com todo o sistema penal, uma finalidade de prevenção geral positiva.

Uma vez dogmaticamente sufragável, criminologicamente desejável e politicamente possível, a efectiva responsabilização penal da pessoa colectiva torna-se-á, por certo, factor de eficácia do sistema, em particular nos domínios da vida social que, como o ambiente, a têm como interlocutora omnipresente.

Nota Bibliográfica

- ANTUNES, L.F. COLAÇO – 1994, "Colocação Institucional, Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos e Acção Popular de Massas" separata da comunicação no Seminário sobre "A Tutela dos Interesses Difusos e o Acesso ao Direito e à Justiça".
- 1992, A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma Legitimação Procedimental.
- BARROS, J. M. ARAÚJO – 1994, "Direito Civil e Ambiente", in *Textos – Ambiente*, CEJ, pág. 220 e ss.
- BENJAMIN, A. HERMAN – 1995 "A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico – Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Ambiente e do Consumidor" in *Acção Civil Pública*, Ed. Revista dos Tribunais, S, Paulo, p. 71 e ss.
- CAETANO, MARCELLO – 1972, "Manual de Direito Administrativo", 9ª ed., Lisboa, 1972.
- CANOTILHO, GOMES – 1987, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4ª Edição.
- 1994, "A Responsabilidade por Danos Ambientais", in *Direito do Ambiente*, INA, págs 406 e ss.
- CAPELLETTI, M., E GARTH, B. – 1984, in *Accès à la Justice et État-Providence*, Economica, Paris, 1984.
- CORDEIRO, MENESES – 1994, "Tutela do Ambiente e Direito Civil", in *Direito do Ambiente*, edição do INA, pág. 379 e sgs..
- CRUZ, SEBASTIÃO – 1980, *Lições de Direito Romano*, 3ª ed. Coimbra.
- DIAS, FIGUEIREDO – 1978, "Sobre o papel do Direito penal na Protecção do Ambiente", in *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, nº 1 (Jan-Junho), Coimbra.
- FERRY, LUC – 1993, in *A nova Ordem Ecológica*, Ed. ASA, Lisboa.
- GRINOVER, ADA P. – (1994), "O processo Colectivo do Consumidor", inédito, cuja publicação na *Revª Textos/Ambiente e Consumo*, CEJ, está em preparação.
- JARDIM, AFRÂNIO SILVA – 1986, "Crítica à acção penal privada e popular subsidiárias" in *Revista Forense*, ano 82, Jan-Março, Brasil.
- LIZ, J. PEGADO – 1994, "Les Premiers pas de l'action collective au Portugal" in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 3, Lamy, France.
- MOREIRA, V. e CANOTILHO, G. – 1993, in *CRP Anotada*, 3ª ed., Coimbra.
- PONTAVICE, EMANNUEL – 1976, *La Protection du Voisinage et de L'Environnement*, Paris.

- REIS, J. PEREIRA – 1987, *Contributos para uma Teoria do Direito do Ambiente*, edição da Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais.
– 1989, *Temas do Direito do Ambiente*, Gabinete de Estudos do MPTA.
- RODRIGUES, ANABELA M. – 1996, "Direito penal do Ambiente – uma Aproximação ao novo Direito Português" in *Rev^a Textos – Ambiente e Consumo*, CEJ, Lisboa.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA – 1994, "Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente" in *Direito do Ambiente*, INA.
- TOMÉ, M. E FLORES, M. F. – 1994, "Sobre a Responsabilidade Civil por Factos de Poluição" in *Textos/Ambiente*, n^o esp., CEJ, p. 35-50.
- VERNIER, JACQUES – 1994, *O Meio Ambiente*, Papirus, S. Paulo.

Parte 2

PATRIMÓNIO HISTÓRICO-CULTURAL

Sub-índice

INTRODUÇÃO	57
1 – CONCEITO DE PATRIMÓNIO HISTÓRICO-CULTURAL	59
1.1 – Génese conceptual	59
1.2 – Modelo constitucional	61
1.3 – Âmbito conceptual	62
1.4 – Outras notas sobre o regime do património cultural	65
2 – MECANISMOS DE TUTELA (TRADICIONAIS E ESPECÍFICOS) E REGIME JURÍDICO	66
2.1 – Orientação e tutela na LQ.....	66
2.2 – Princípios enformadores e mecanismos de protecção.....	67
2.3 – Instrumentos específicos de tutela.....	70
2.4 – Quadro crítico do regime da LQ.....	73
2.5 – Concepção "ecológica" de património histórico-cultural.....	74
2.6 – Função social do património cultural.....	83

Introdução

Falar de Património Cultural não significa apenas revisitar o passado, mas encontrar no património uma espécie de subsolo mental do país e os primeiros alicerces de construção de um país.

O património cultural de um povo constitui um espaço de independência cultural, no seu modo específico de resistência à importação de modelos de cultura de massas; revela-se a ponte que liga o presente ao futuro através do passado; constitui o legado cultural nacional para as gerações futuras.

É sobre esta memória de identidades que se pretende delinear um quadro geral de tutela jurídica, com base em certo ordenamento legal, às vezes disperso, outras vezes lacunoso, outras tantas deficiente.

Não se trata, por isso, de um estudo pormenorizado das várias áreas que integram esta temática, nem, tão-pouco, de um estudo monográfico de algum dos seus aspectos como v.g. de regimes sectoriais do património cultural; ou de certos aspectos do regime geral do património cultural (restrições ao direito de propriedade, comercialização e exportação de bens culturais, benefícios fiscais, etc.); ou do papel das associações na defesa do património cultural; etc.

Ora, a conceptualização, âmbito, objectivos, regime e efeitos legais do panorama jurídico-cultural actual resultam do cruzamento de princípios e dispositivos de instrumentos internacionais com a estruturação jurídica veiculada pela legislação interna, designadamente lei-quadro (LQ) do património cultural (no caso português, após a Lei 13/85, de 6-7, a Lei 107/2001, de 8-9).

1 – CONCEITO DE PATRIMÓNIO HISTÓRICO-CULTURAL

1.1 – Génese conceptual

A tarefa de compreensão do actual enquadramento jurídico do património cultural envolve a abordagem, ainda que sumária, da linha diacrónica do próprio conceito, da sinonímia que o precedeu e da sua densificação na base de situações jurídicas que nele se subsumem ou que a ele se reportam, porquanto de tal subsunção depende a admissibilidade e extensão de tutela.

Assim, na Antiguidade Clássica e Idade Média, encontramos referências ao conceito de “obras de arte”, por reporte a *artes mechanicae*, baseadas no trabalho manual (v.g. obras de pintura e escultura), em contraposição às *artes liberales*. Por isso, os objectos de arte e monumentos mantinham um estatuto de meras *obras artesanais (manuais)*, destituídas de consideração social ou de relevância jurídica diferenciada, com excepção dos “objectos sagrados”.

Com o Renascimento, surge em Portugal, a par da nova visão de obra de arte como “acto de criação” do artista, distinta do mero “artefacto”, um novo interesse de (re)descoberta e estudo de documentos e objectos do passado, em particular da antiguidade clássica. É neste movimento que radica, de modo mais consistente, a ideia de proceder à preservação desses testemunhos, designados, então, por *antiquilhas*.

Mas, nesta altura e nos séculos subsequentes, era ainda o conceito de *documento* que servia de referência à tutela das aludidas “antiquilhas”, na base de uma reminiscente concepção de supremacia das “artes liberales”, por alusão ao estatuto sócio-jurídico-cultural de “documento”.

Entretanto, a noção de *monumento* que começara por ser um “apport” ao conceito de documento, começou a ganhar raízes, em especial com o Iluminismo, para, de forma paulatina, se autonomizar categorialmente e até se sobrepor à noção de “documento” e “antiquilha”. Monumento surge definido, então, como “ouvrage de l’art érigé dans une place publique, pour conserver et transmettre à la postérité la mémoire des personnes illustres ou des événements remarquables [...]” (Le Dictionnaire des Beaux-Arts, 1806).

A pouco e pouco, assente em ideais nacionalistas, operou-se a adição de valor, espiritual e material, exponenciado com o tempo, ao conteúdo conceptual de "monumento", agora cada vez mais, *património material-histórico-nacional*.

Com a Convenção de Haia de 1907 o âmbito dos bens merecedores de protecção é definido em razão da sua natureza, do fim (a que estavam afectos) ou da propriedade. Passa a reconhecer-se-lhes o estatuto de *bens privilegiados* – integrado por "monumentos históricos" e "obras de arte e da ciência" – merecedores de um tratamento especial.

Ao nível interno, o conceito de "monumento" alarga-se, passando a abranger os *vestígios arqueológicos*, como sucedeu com o aludido Decreto de 1910 que enunciou uma extensa tipologia de bens.

Com o Decreto 20 985 de 7 de Março de 1932 introduziu-se, a par da noção de "monumento nacional" a figura de "*imóvel de interesse público*" (art. 30º), estipulando-se que este tipo de imóveis integrassem um cadastro especial. A este conceito legal de património veio acrescentar-se a noção de imóvel ou móvel de "*valor concelhio*" (Lei 2032 de 11-6-1949), compartimentando ainda mais aquele conceito.

Deste modo, apesar da menor valia reconhecida a bens que integrem estas noções adicionais, resulta da sua consideração um claro alargamento do conceito de património. Trata-se, em todo o caso, de uma noção que encontra forma e dimensão na expressão *património monumental, artístico, histórico e arqueológico*, que transparece dos vários diplomas desta época.

Um avanço decisivo na conceptualização destas matérias foi trazido pela importação da noção de *bens culturais* que, a breve trecho, acabou por servir de base ao conceito de património, agora designado por *património cultural* (Convenção de Haia de 1954 e documentos preparatórios da UNESCO, de 1962). A expressão "bens culturais" passou, assim, a servir de denominador comum a noções parcelares, traduzindo de forma unitária o reconhecimento de um valor cultural distinto do económico⁽¹⁾.

Tal conceito – abrangente, relativo e dinâmico – de *bens culturais* ou de *património cultural* veio, entretanto, a ser perfilhado de forma enfática na Convenção sobre património mundial, cultural e natural, da ONU, concluída em Paris no dia 16 de

¹ Neste sentido, FERRI, PIER GIORGIO, "Os bens culturais no Direito Italiano" in *Direito do Património Cultural*, INA, 111-148, 1996, Lisboa.

Novembro de 1972 (aprovada para ratificação, pelo Estado Português, pelo Decreto nº 49/79 de 6 de Junho), consagrando-se definitivamente no universo jurídico do património cultural.

1.2 – Modelo constitucional

O conceito de *património cultural* foi utilizado de forma expressa, pela primeira vez, no nosso ordenamento jurídico pela Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976.

E pode mesmo dizer-se que a CRP, na actual redacção (depois das alterações introduzidas pela lei constitucional nº 1/92), contempla uma noção *dinâmica ou prospectiva* e *ampla ou abrangente* de património cultural, evitando uma concepção marcadamente subjectiva do direito de fruição cultural e de preservação dos bens culturais.

A CRP optou ainda por erigir a defesa do património cultural em *fim* do Estado nos termos no art. 9º al. e) ao preceituar que incumbe ao Estado "proteger e valorizar o património cultural do povo português", muito embora possa ter ficado aquém do desejável, atento o preponderante carácter *defensivo* que ainda se alcança nestas matérias.

Logo, o Estado deve assumir esta tarefa fundamental no pressuposto de que o património cultural constitui um elemento caracterizador da colectividade política a que empresta uma identidade cultural historicamente configurada. Não significa isso que se esteja perante uma "simples obrigação unilateral do Estado mas também, em vários aspectos, (perante) verdadeiros direitos e deveres dos cidadãos: [...] direito à fruição do património e dever de o defender (art. 78º da CRP)"(2).

Por sua vez, o art. 73º nº 3 dispõe que "o Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com [...] as associações de defesa do património cultural".

Refere-se ainda no nº 2 do art. 78º, entre o mais, que o Estado deve assegurar "o acesso de todos os cidadãos [...] aos meios de acção cultural" bem como "uma maior circulação de obras e bens culturais de qualidade", além de "desenvolver as relações culturais com todos os povos".

² CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL, in CRP Anotada, 3ª ed., 1993, pag. 94.

Acresce ainda o estatuído no art. 74º nº 3 al. h) e no art. 78º nº 2 al. d) os quais consubstanciam disposições que visam a promoção da língua portuguesa, como parte integrante da identidade cultural do povo português.

Estas normas constituem aquilo a que se poderia chamar "constituição cultural"⁽³⁾, estando na base do "Estado cultural" ou *Estado de cultura* na formulação de G. Canotilho e V. Moreira. Para estes autores trata-se de "um *Estado democrático cultural*, empenhado no alargamento e na democratização da cultura". Acrescentam ainda que a realização da "democracia cultural baseia-se, por um lado, na generalização do acesso à cultura e à fruição cultural e, por outro lado, na participação social na definição da política cultural"⁽⁴⁾. Os aludidos *direitos culturais* ou *direitos à cultura* é que consubstanciam o conceito de *democracia cultural*.. Daí que se possa dizer que o conceito constitucional de *cultura* é "um conceito aberto e universal" que abrange a tradição e o património⁽⁵⁾.

Em suma, a Constituição da República Portuguesa adopta não uma concepção estática de (mera) "protecção" do património do povo português e inerente funcionalização deste como testemunho histórico para as gerações futuras, isto é, como "permanência" da cultura portuguesa através dos tempos, mas uma concepção dinâmica, promovendo-se a valorização do património cultural, a "democratização da cultura", assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural e apoiar uma maior circulação de obras e bens culturais de qualidade e desenvolvendo as relações culturais com todos os povos.

1.3 – Âmbito conceptual

Não obstante o facto de a CRP de 1976 ter sido pioneira na adopção do conceito de *património cultural*, só com a publicação da Lei 13/85 de 6 de Julho (Lei Quadro do Património Cultural Português - LQ) é que aquela noção se consolidou no ordenamento jurídico português, em razão da extensão conceptual adoptada e do propósito "codificador" da matéria que a lei representou.

O primeiro mérito da consagração legislativa daquele conceito reside no facto de ter representado a ruptura com uma *concepção redutora e material* de património que vinha de anteriores diplomas. Com efeito, o conceito de *património* que transparece daqueles diplomas reportava-se a *coisas*, ao assinalarem como objecto

³ Também JORGE MIRANDA adopta a expressão, distinguindo a Constituição cultural objectiva de subjectiva – "O património cultural e a Constituição – tópicos" in *Direito do património cultural*, INA, 1996, p. 259.

⁴ CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL, op. cit., pg. 361.

⁵ CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL, op. cit., pg. 94.

de tutela os "bens móveis ou imóveis de valor artístico, arqueológico ou histórico" (art. 4º do DL 20985), ou as "obras de arte e peças arqueológicas" (Cap. I), ou "*cousas de arte*" (preâmbulo) do mesmo diploma.

A Lei 13/85, no seu art. 1º, demarcou-se definitivamente desta noção, definindo património cultural como o conjunto de "todos os bens materiais e imateriais que, pelo seu reconhecido valor próprio, devam ser considerados como de interesse relevante para a permanência e identidade da cultura portuguesa através do tempo".

De modo similar, o nº 1 do art. 2º da Lei 107/2001 veio definir património cultural como "todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização".

Este dispositivo constitui a pedra de toque na nova delimitação conceptual:

- a) reporta-se a *bens*;
- b) *materiais e imateriais*;
- c) com *valor intrínseco* relevante;
- d) ligados à *identidade cultural*.

Estes aspectos é que constituem factores determinativos da relevância cultural de certo bem e, conseqüentemente, potenciadores de tutela. Constitui, por conseguinte, uma *concepção dinâmica e abrangente*.

E se é certo que o conceito legal de património cultural se encontra decalcado na noção de *bem cultural*, tal noção não é pacífica. Assim, por exemplo, de um ponto de vista económico (e corrente), *bem* corresponde a tudo o que se mostra apto a satisfazer uma necessidade; e, num sentido jurídico, corresponde a tudo o que, dispondo de autonomia e utilidade, é susceptível de integrar a esfera jurídica de alguém em razão da protecção jurídica que a lei lhe confere⁽⁶⁾.

Acresce, ainda, a dimensão *cultural* à noção de bem. Ou seja, o bem cultural caracteriza-se pelo seu "valor próprio", que se deverá revelar "notável", independentemente do carácter pecuniário, ou enquanto "expressão de testemunho da criação humana, da evolução da natureza ou da técnica", ou ainda configurar um "valor geral da cultura ou da identidade e memória colectiva portuguesa", sob o ponto de vista histórico, arqueológico, artístico, arquitectónico, científico, técnico, etnográfico, social, etc. (cfr. nº 3 do art 2º da actual LQ).

⁶ BRITO, MIGUEL N., *Sobre a Legislação do Património Cultural* in Rev⁸ do Mº Pº nº 11 e 12, Jan./Jun. de 1989, pp. 164.

Então, o bem cultural, em sentido jurídico, não se esgota no "objecto material" (elementos materiais) que o integra, pois que incorpora também o "valor" que resulta da sua composição, das suas características, da sua utilidade, do seu significado. Assim, quando se fala de um monumento (ou conjunto megalítico, ou sítio-gruta natural) reportamo-nos não só aos elementos (materiais) que o integram, a construção global, a natureza dos materiais de construção, a forma e disposição dos seus elementos, a traça arquitectónica que o singulariza, a paisagem em que se insere, etc., mas também ao "valor imaterial" que se lhes liga - notabilidade da beleza, utilidade, antiguidade, ligação a um certo acontecimento, simbolismo nacional ou local, etc..

O bem jurídico objecto de tutela há-de compreender este "resultado imaterial", irreductível às coisas materiais (construção, terreno, etc.) que concorrem para a sua formação.

Assim, atendendo às disposições do ordenamento jurídico português, parece resultar com clareza que o legislador consagrou um âmbito *extensivo* de património cultural, abrangendo realidades que vão desde monumentos, conjuntos e sítios, até às obras de pintura, de escultura e desenho, têxteis e objectos de valor científico ou técnico, e ainda manuscritos, livros raros, documentos e publicações de interesse especial, incluindo publicações ou registos sonoros, cinematográficos e fotográficos – e que constituem o património cultural *material*, móvel ou imóvel –; bem como valores linguísticos e valores etnológicos e consuetudinários ou tradições, património fonográfico, fotográfico, fílmico e de outro género de espectáculos, além de outros valores históricos e estéticos, de índole etnográfica e antropológica, e que constituem o património cultural *imaterial*. (cfr. artº 2º, 84 e ss e 91º da LQ).⁽⁷⁾

Em sede da LQ, mantém-se ainda, uma tipologia de bens imóveis, de índole hierárquica em razão do mérito cultural que estes encerram, traduzida em bens de âmbito *nacional*, de valor *regional* ou *municipal* (art. 15º).

Cabe ainda referir, a este propósito, que os bens que tenham reconhecida natureza *arqueológica*, quer móveis quer imóveis, assumem, "ex vi", a natureza de "património", sendo-lhes aplicável o princípio da conservação pelo registo científico (art. 74º da LQ).

⁷ Parece assim, não se fechar a noção de "bem cultural" ao património rural v.g. moinhos de água ou de vento; noras, cegonhas, açudes, levadas; pisão, roca, fuso, tear manual; arado de madeira, mangual, ancinho; dialecto e vocabulário regional; tradições e costumes; cantares regionais ou locais; folclore; ou mesmo pintura mural, (certo) artesanato, fachada de um edifício (típico), etc., enquanto expressão da cultura de uma região do país.

Acresce que a noção de património cultural pauta-se por uma matriz *estrutural-funcional* já que, além de se revelar integradora de uma vasta gama de componentes, em termos de eficácia, comporta a ideia de preservação, ao mesmo tempo que se aponta para uma função de disponibilização ao público e para a fruição pela comunidade dos bens culturais.

Um outro aspecto conceptual do património cultural é a vocação ou dimensão *universalista*, ou seja, a possibilidade do seu decalque sobre a noção e estatuto de património cultural mundial.

1.4 – Outras notas sobre o regime do património cultural

Um dos traços fundamentais do regime jurídico em apreço reside na tutela compreensiva de património cultural, decalcada no conceito de "bens culturais". Com efeito, da combinação dos diversos segmentos legislativos com incidência sobre esta temática, pode inferir-se um conceito amplo que potencia uma extensão de tutela a um vasto leque de bens, mais do que tradicionalmente se reconhecia.

Acresce que a aferição do mérito do bem cultural é feita, antes de mais, em função do valor intrínseco ou "valor próprio" (art. 1º da LQ) do bem em questão. Tal critério, intrínseco ou absoluto, parece ser decisivo: dele resulta, naturalmente, uma secundarização do postulado que o *património de afectação* constituiu noutros tempos.

Em todo o caso, aquele critério delimitador há-de ser complementado com um outro, extrínseco ou relativo, de verificação necessária, traduzido no *interesse relevante* para a permanência e identidade da *cultura* portuguesa através do tempo.

Por esta ordem de ideias, parece estar prejudicada a consideração de bens cujo fundamental valor resida na sua singularidade ou raridade, material ou imaterial (v.g. tela, livro, etc); ou até mesmo na vetustez ou antiguidade, quando não tenham especial ligação à história do povo português (não obstante este aspecto se revelar fundamental para que certos bens sejam considerados de natureza arqueológica, logo, património nacional).⁽⁸⁾

Subsiste, em todo o caso, a dificuldade de interpretação decorrente da utilização de conceitos indeterminados como são os casos de "identidade da cultura portuguesa", "reconhecido valor próprio"⁽⁹⁾, etc.

⁸ Em idêntico sentido, PUREZA, JOSÉ MANUEL, "La Protezione del patrimonio cultural in Portugallo" in *I Beni Culturali - Esigenze unitarie di tutela e plurità di ordinamenti*", CEDAM, pp. 314; e ainda FERRI, PIER GIORGIO, "Os Bens Culturais no direito italiano" in *Direito do património cultural*, INA, 1996, p. 114 e 115.

⁹ PUREZA, J. M., op. cit., p 314.

De entre os instrumentos de protecção de índole jurídico-administrativa, que revestem enorme significado, pode assinalar-se a *classificação, inventariação e registo* dos bens.

2 – MECANISMOS DE TUTELA (TRADICIONAIS E ESPECÍFICOS) E REGIME JURÍDICO

2.1 – Orientação e tutela na LQ

Com a publicação da Lei 13/85 consolidou-se o quadro jurídico fundamental de salvaguarda do património cultural português.

Por sua vez, a Lei 107/2005 pretendeu também ser uma *lei inovadora e integradora*, atenta a dispersão legislativa existente sobre a matéria, não evitando que, num ou noutro ponto, atingisse um nível regulamentar e anunciando a publicação de diplomas de desenvolvimento que, todavia, não chegaram a ser publicados (porventura, até por envolverem posições que colidiriam com esta lei geral).

Em termos genéricos, o teor da LQ caracteriza-se por duas linhas mestras fundamentais: representa uma (certa) continuidade de regime face ao anterior enquadramento jurídico; e combina com a orientação tradicional novas concepções de política cultural, patentes em instâncias internacionais, nomeadamente UNESCO e Conselho da Europa, e em instrumentos jurídicos internacionais.

Com a LQ, emerge, como ficou referido, um alargamento conceptual, correspondente a uma actualização de conceitos e critérios que pontificavam na ordem jurídica internacional.

Por outro lado, estabelece-se um novo esquema de relações entre o Estado, as regiões autónomas, as autarquias, os proprietários de bens culturais, as associações, e demais agentes culturais, numa perspectiva de descentralização (funcional e territorial) e de co-responsabilização na defesa e vivificação do património cultural, a que faltou uma definição concreta complementar.

Esta disseminação de competências e funções radica na ideia de que a estatização progressiva e total do património não constitui a forma mais garantística de o defender, atenta a exiguidade de recursos económicos e a importante tradição interventora de instituições, como seja a Igreja Católica, as Misericórdias, algumas Fundações, alguns Bancos e outras instituições privadas, na preservação de bens culturais que lhes estão afectos.

Com a LQ o reforço da intervenção do Estado assenta, sobretudo, numa lógica de prevenção, através da valorização das questões ligadas ao estudo, inventário, registo e classificação dos bens com valor cultural; também na aposta da formação e qualificação técnica do pessoal que integra vastos segmentos da administração do património cultural que têm funções de classificação e gestão dos bens culturais; e ainda no esforço de disponibilização e aproximação do património ao quotidiano e aos cidadãos.

Na estruturação material do regime jurídico perpassa ainda a ideia de supremacia do interesse público face ao interesse privado, cujos corolários se podem identificar nas restrições ao direito de propriedade privada de bens culturais ou à admissibilidade da expropriação, entre outros aspectos.

Essa hierarquização de interesses não afasta, antes promove, o apelo à consciência cívica dos cidadãos em geral pela adesão a uma atitude de defesa e valorização do património cultural colectivo, enquanto seu direito e dever (art. 7º da LQ), bem como um espaço de abertura à sociedade civil, nomeadamente pelo reconhecimento de legitimidade de ONGs em participar nos processos de decisão e intervirem judicialmente em defesa do património cultural (art. 52º nº 3 da CRP e art. 10º da LQ).

Certos dispositivos revelam-se, no entanto, de sentido mais programático que preceptivo, atenta a vaguidade do seu teor literal, potenciando dificuldades de exequibilidade na prática judiciária.

De realce é o facto de o quadro legal português se encontrar enformado pela lógica da *classificação*, como principal mecanismo e *pressuposto* de protecção dos bens culturais.

2.2 – Princípios enformadores e mecanismos de protecção

Um princípio básico neste campo é o princípio da *prevenção*. Com efeito, o levantamento, o estudo e a inventariação dos bens visam despoletar e oficializar a informação necessária para acautelar situações antes da ocorrência de danos ou do desaparecimento dos objectos susceptíveis de protecção, funcionando como operadores de prevenção. Por outro lado, a classificação visa, em larga medida preventivamente, conferir um estatuto especial ou mesmo pôr a salvo os bens que "mereçam especial protecção". Além de que a Administração dispõe de mecanismos preventivos próprios – para além do uso que pode fazer das providências cautelares cíveis em tribunal – como seja o estabelecimento de "reserva arqueológica de protecção" (art. 75º, nº 2 da LQ) a que a lei reconhece expressamente "carácter preventivo e temporário" com vista a garantir-se a

execução de trabalhos de emergência para apuramento do interesse cultural do lugar onde seja de presumir a existência de monumento, conjunto ou sítio com valor cultural (arqueológico) suficiente. Até a própria expropriação pode revestir uma finalidade preventiva.

O sistema tutelar assume como regra básica a via da *classificação e inventariação* tomada como princípio legitimador de "especial protecção" dos bens culturais (arts. 16º a 19º da LQ). Aliás, o art. 16º nº 1 dispõe expressamente que "a protecção legal dos bens culturais assenta na classificação e na inventariação".

Afigura-se-nos mesmo que um bem destituído de "classificação" não pode ser objecto de tutela penal para efeitos de preenchimento dos tipos criminais do furto, roubo ou dano consagrados no Código Penal, como aliás se infere do teor literal dos respectivos preceitos penais (arts. 204º, 210º e 213º do Código Penal).

Um outro princípio importante, sobre a matéria de bens culturais, é o da *informação e divulgação*, e bem assim da *sensibilização e educação* do público em geral. O primeiro aspecto anda associado ao direito, constitucionalmente reconhecido, de informar, ser informado e informar-se, e na base da ideia "conhecer para proteger melhor"; e o segundo aspecto encontra-se ligado ao comprometimento estadual na formação e elevação dos níveis culturais da população em geral como condição de democraticidade.

De tal modo que no art. 12º se impõe como tarefa fundamental do Estado e dever dos cidadãos:

- a) assegurar o acesso de todos à fruição cultural;
- b) promover identidade cultural;
- c) proporcionar o aumento de bem-estar;
- d) defender a qualidade ambiental e paisagística.

Este escopo de estimular a sensibilização e participação dos cidadãos na salvaguarda e "difusão do saber" encontra-se veiculado no preâmbulo da Convenção para a protecção do património mundial, cultural; da mesma forma que ali se prevêem princípios relacionados com os acabados de enunciar, v.g. o princípio da *participação* da sociedade civil na tomada de decisões e preservação do património e da *audiência prévia* de interessados.

Vai neste sentido o disposto no art. 10º da LQ e art. 52º nº 3 da CRP ao conferir às associações de defesa do património (ADP) o direito de se pronunciarem junto das entidades envolvidas na defesa do património, bem como o direito de, em geral,

promoverem a defesa e o conhecimento do património cultural e ainda o de intervirem judicialmente em sua defesa, incluindo o direito de acção popular.

Associado àquele aspecto aparece o dever de audiência prévia, em sede do processo de classificação, do proprietário do bem e, quando se trate de imóvel, da câmara municipal da área onde se situe o bem.

Tais princípios são ainda corroborados e complementados, entre o mais, pelo estatuído no Código de Procedimento Administrativo.

De salientar ainda a adopção do princípio da *responsabilização* em termos cíveis, penais e contra-ordenacionais, administrativos e até disciplinares (regime disciplinar especial para os funcionários da Administração do património cultural por actos ou omissões causadores de prejuízos em bens classificados desde que lhe sejam imputáveis), conforme se alcança de diversos preceitos da LQ.

No quadro legal instituído, rege ainda o princípio da *colaboração* dos cidadãos, como decorre de alguns preceitos constitucionais e do art. 11º da LQ quando neles se comina o dever de todos os cidadãos de preservar, defender e valorizar o património cultural.

De resto, nos termos do art. 3º nº 1 do mesmo diploma, o levantamento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural incumbem especialmente ao Estado, às Regiões Autónomas, às Autarquias Locais, aos proprietários possuidores ou detentores e, em geral, às instituições culturais, religiosas e militares ou de outro tipo, às associações para o efeito constituídas e ainda aos cidadãos.

Sintomático é ainda o teor do art. 21º quando aponta para deveres específicos dos detentores de bens culturais em preservar e colaborar com a defesa dos bens culturais e adequar o destino e utilização dos mesmos à finalidade da sua conservação.

Não obstante o significado deste princípio, o regime jurídico reconhece o *primado da protecção pública*.

Os arts. 7º e 8º, entre outros, parece não deixar dúvidas que constitui obrigação do Estado e demais entidades públicas promover a salvaguarda e a valorização do património cultural do povo português, logo secundada pelas Regiões Autónomas e Autarquias Locais.

Neste, como em outros domínios, parece não ter inteiro cabimento, até pela natureza das matérias, a tendência de “desregulamentação”, com a transferência de competências e responsabilidades para sectores privados (ou corpos sociais de natureza afim). Afigura-se, assim, que a sociedade civil e, em particular as ONGs, tem cada vez mais importância na vida comunitária actual, atenta a crescente complexidade desta, mas não são suficientes para garantirem a (auto-)regulação social.

De referir ainda o princípio da *descentralização e desconcentração* - política, territorial e funcional – também de base constitucional e em abono do qual se pode arrolar o disposto nos arts. 3º nº 1 e 2 e 4º nº 2 da Lei 13/85 e também acontecia já com o teor da Lei nº 2032 de 11/6/1949 pela atribuição de novas competências a serviços regionais do Ministério da Cultura e outros organismos dele dependentes, a Autarquias e Regiões, sobre estudo, protecção e valorização do património cultural; ou o reconhecimento às Regiões e Autarquias o poder de classificar ou desclassificar bens imóveis (sem que, todavia, se tenha operado a regulamentação); ou ainda conferir às Autarquias o poder de expropriação e o direito de preferência na alienação de bens culturais; ou ainda a regra de manter os monumentos no local originário.

Acresce ainda o princípio de *planeamento e coordenação*, associados à ideia de *tansdisciplinarietà legislativa* (sobretudo, de índole planificatória), como decorre do próprio teor dos arts. 40º e ss. da LQ ao sujeitar a protecção, conservação, valorização e revitalização do património cultural deverão ser consideradas obrigatórias no ordenamento do território e na planificação a nível nacional, regional e local.

2.3 – Instrumentos específicos de tutela

As tipologias classificatórias assentam basicamente em categorias dicotómicas segundo as quais os bens culturais se dividem em "materiais e imateriais"; ou em "móveis e imóveis"; ou em "públicos e privados"; ou em "classificados e em vias de classificação"; ou ainda em "públicos e privados", cujas especificidades de regime nem sempre coincidem.

A classificação, pedra angular do regime tutelar dos bens culturais, traduz-se numa “intervenção ordenadora concreta da Administração”, que se estende até à propriedade privada.

Ainda num plano de actuação preventiva, merece realce (e lamento) o facto de inexistir uma disposição clara que confira uma protecção genérica e cautelar aos bens que – de modo notório ou perante o entendimento do homem médio – se apresentem com suficiente valor cultural, sem necessidade de estar classificado.

Sobre este aspecto prevê-se já na Convenção para a protecção do património mundial, cultural e natural, no art. 12º que o facto de um bem não se encontrar inscrito em qualquer das duas listas ("Lista do património mundial" e "Lista do património mundial em perigo") não poderá, de qualquer modo, significar que tal bem não tenha valor universal excepcional para fins diferentes dos resultantes da inscrição nas referidas listas. Também, na Lei brasileira (Lei nº 7 347/85) não se exige a classificação prévia pela Administração de certo bem para poder beneficiar do estatuto de bens culturais, permitindo-se que, no decorrer de uma acção intentada, se conheça e se prove a qualidade do bem (10).

A classificação confere, acima de tudo, protecção ao bem, enquanto tal, à sua "fachada". A consideração de envolvente do imóvel, o seu enquadramento local, atenta a enorme importância que tal zona reveste, passa pela criação de "zonas especiais de protecção" que, não coincidindo com o estatuto decorrente da classificação, assumem a natureza de servidões administrativas (art. 43º).

Das mais assinaláveis características deste regime é a construção da tutela do património cultural numa base de *desvinculação do reconhecimento de interesse e tutela públicos* de um bem cultural relativamente à *matriz de propriedade* desse mesmo bem(11).

Por conseguinte perde consistência a necessidade de verificação do pressuposto "carácter alheio" do bem cultural (danificado ou furtado) para preenchimento do tipo. Assim como a dúvida acerca da propriedade dos bens arqueológicos já que por força da lei integram o "património nacional". Mas, pertencentes ao Estado? à Administração? à Comunidade? ou não se toca na propriedade privada (dos achados arqueológicos) e apenas se reconhece uma "afecção" dos mesmos?

A intervenção pública de classificação, consequentemente de natural limitação do conteúdo ou prerrogativas da propriedade (privada) do bem em causa, assenta na ideia de que o direito de propriedade não é um direito absoluto, que pode ser condicionado ou moderado, designadamente por apelo à própria função social da propriedade e em presença de outros interesses, com ela conflituantes, mercedores de tutela.

Encontramos, por isso, manifestações de evidentes limitações ao direito de propriedade quando esta se encontre na esfera jurídica de um particular. Assim, nos termos de diversas disposições da LQ, não pode v.g. haver demolição de bens

¹⁰ Cfr. neste sentido, MACHADO, PAULO A. LEME, *Ação Civil Pública – Ambiente, Consumidor, Património Cultural – e Tombamento*, 2ª ed., 1987, Editora Revista dos Tribunais, pp. 51 e ss

¹¹ A ideia encontra-se bem trabalhada por FERNANDA PALMA, no texto "Protecção penal dos bens culturais numa sociedade multicultural", pag. 375 e ss. in *Direito do Património Cultural*, INA, 1996.

imóveis classificados sem prévia autorização do IPPAR, aliás susceptível de embargo. Por outro lado, o proprietário (ou possuidor) de imóveis classificados, ou em vias disso, tem a obrigação de realizar obras de conservação (que o M^o Cultura entenda necessárias). Além disso, o proprietário de tais bens não pode, em princípio, construir dentro do perímetro da zona "non aedificandi". Pode, ainda assim, requerer (ele próprio) expropriação daqueles. Tal como o Ministro da Cultura, sob parecer do IPPAR, pode promover a expropriação de imóveis em risco de degradação.

Também o poder de disposição do bem imóvel classificado está limitado ou condicionado à comunicação prévia ao Ministério da Cultura, requisito que se revela essencial para a inscrição registral da transmissão (art. 39^o da LQ). Estipula-se também, em caso de transacção, um direito de preferência especial e hierarquizado do seguinte modo: em primeiro lugar prefere o Estado; depois as Autarquias; e, finalmente, os com-proprietários.

De forma paralela, no que concerne a bens móveis classificados, existem particularidades de regime, "limitadoras", que importa assinalar. Desde logo, a insusceptibilidade de aquisição por usucapião (art. 34^o). Por outro lado, a estipulação da regra de integridade das colecções (mesmo que os elementos estejam repartidos por vários proprietários). Também o facto de os proprietários de bens móveis serem, para certos efeitos, ficcionados pela lei, como (uma espécie de) depositários. Por sua vez, o direito de exportar o bem cultural se encontrar substancialmente limitado, dependendo de autorização do Ministro da Cultura, ocorrendo, neste caso, o direito de preferência do Estado. Acresce a cominação de nulidade para transacções de bens ilegalmente importados, cerceando a livre circulação mercantil.

Merece ainda referência a *proibição de deslocamento* dos bens culturais do seu "locus" originário, como intencionalidade da sua preservação no seu contexto natural e do desfrute da colectividade que lhe está mais próxima, além de uma lógica descentralizadora que também lhe subjaz.

De considerar ainda a admissibilidade de *embargos administrativos* para situações de violação do estipulado na legislação de defesa do património cultural, previstos designadamente na LQ, no DL 349/87 de 15-11 (atribui competência ao IPPC) e DL 106-F/92 de 1-6 (cria o IPPAR)

Aspecto relevante é também o *carácter vinculativo de parecer* para efeitos de autorização de obras a realizar em bens imóveis classificados ou na respectiva zona de protecção (cfr. além da LQ, também o DL n^o 448/91 de 29 de Novembro e art. 18^o, art. 65^o e art. 52^o n^o 1 al a) do DL n^o 445/91 de 20 de Novembro (regime jurídico de licenciamento de loteamentos e de obras particulares).

Constituem aspectos dignos de registo, a submissão de projectos públicos ou privados a estudos de impacte cultural.

Da mesma forma as restrições severas ao regime de expropriação e comércio de bens culturais.

De igual modo, o acesso dos particulares a documentação que repete ao património cultural.

2.4 – Quadro crítico do regime da LQ.

Em termos sintéticos, poder-se-ão apontar como factores críticos de implementação do regime jurídico vigente, considerando designadamente a LQ, os seguintes:

- a) Por um lado, subsiste uma dispersão legislativa à margem do âmbito da Lei 101/2005 – cujo mérito aglutinador se adequa a uma lei de bases, apesar de se não se conter nesse propósito, já que, de modo ambivalente, trata aspectos quase de uma forma regulamentar – sem que um conjunto de diplomas antigos tivessem sido revistos ou substituídos. Um exemplo de uma dessas insuficiências reside no facto de ainda hoje se proceder à classificação de bens culturais com base em parâmetros inseridos em diplomas anteriores à LQ, designadamente, no Decreto nº 20985 de 7/3/1932, na Lei nº 2032 de 11/6/1949, no Decreto nº 46349 de 22/5/1965, e no DL nº 1/78 de 7 de Janeiro.
- b) Falta, no panorama jurídico que versa sobre a matéria, a regulamentação ou o leque de diplomas de desenvolvimento para que aquela lei apontava e sem os quais se cerceou o quadro operativo de tutela.
- c) Manifesta-se, por vezes, uma certa imprecisão terminológica e insuficiência de definição de conceitos operativos, de conteúdo indeterminado, bem como de critérios de classificação (cfr. art 1º e 2º da Convenção para património mundial, cultural e natural; insuficiência tipológica que dê cobertura a componentes que integram o património natural, em contradição com a abrangência sugerida na LBA e na Lei sobre rede nacional de áreas protegidas).
- d) Aspectos existem que, de todo, não foram contemplados ou então se encontram deficitariamente contemplados (património cultural religioso, militar; acções de promoção e valorização do património; mecanismos específicos de tutela; etc.).
- e) Ausência de um quadro normativo que preveja mecanismos processuais ou procedimentos específicos, em conformidade com as particularidades da matéria, que constituam expedientes céleres e ajustados a questões novas ou novos achados.

- f) Falta de um sistema sancionatório adequado (ao nível de contra-ordenações; crimes; sanções penais e civis) e adequado à consciência colectiva hodierna.
- g) Desajustamento relativamente a outras áreas da legislação, decorrente até do simples decurso do tempo em que se forjou uma panóplia de diplomas legais, em particular relativos a “direitos de terceira geração” (v.g. Legislação sobre impactes; Lei de acção popular; Código de procedimento administrativo; etc.) e falta de paralelismo de tratamento face a outras áreas afins, em especial sobre interesses difusos (v.g. ambiente e consumo).
- h) Re-estruturação dos serviços e competências (dispersas) neste domínio e re-equacionamento das relações Administração-particulares e aprofundamento do poder de classificar das Autarquias e Regiões.

2.5 – Conceção "ecológica" de património histórico-cultural

Escalpelizados os instrumentos normativos que regem as matérias do património cultural e do ambiente, constata-se que estas duas realidades se encontram conectadas por um vasto leque de afinidades de índole conceptual, dogmática ou mesmo de regime jurídico.

Com efeito, na sociedade actual, a degradação da qualidade de vida nos grandes centros urbanos, os níveis de poluição industrial, urbana e difusa, o sinal de esgotamento de recursos naturais, etc., conduziram, nas últimas décadas, ao despertar da consciência cívica, à apetência da comunicação social pela temática ambiental e cultural (com a inerente mediatização), à introdução do referencial de "desenvolvimento sustentável" nos assuntos económicos, à crescente tendência de participação dos cidadãos nas decisões que os regem, ao reforço de interesse no acesso à fruição de bens naturais e culturais, emergindo como ponto de convergência de ambos os vectores o sentido de *duradouro/sustentável*.

2.5.1 – O património e o ambiente como fins do Estado

Uma primeira conexão que se pode alcançar entre o património cultural e o ambiente é o respectivo *posicionamento* face à Administração, traduzido, desde logo, na consagração destas áreas como *tarefa fundamental* ou *fim* do Estado, e simultaneamente, como *direito (e dever)* fundamental (ao ambiente e aos bens culturais), como decorre de alguns preceitos constitucionais (art. 9º al. e, 66º, 73º, e 78º da CRP).

E, por conseguinte, importa frisar, em ambas as áreas se postula um "poder-dever", ou "poder-função", ou então, uma "regulação-actuação" do Estado.

É possível, ainda, distinguir nos chamados direitos culturais ou direitos à cultura, tal como no direito ao ambiente, um *conteúdo* de ordem *negativa*, correspondente à abstenção da Administração, das instituições e dos cidadãos levarem a cabo acções que conduzam à degradação ou destruição do património cultural; e de ordem *positiva*, correspondente a acções da Administração, instituições e cidadãos conducentes à defesa e valorização do património cultural (art. 78º nº 1 e 2 da CRP e art. 2º, 3º a 6º, 9º e 15º, entre outros da LQ).

2.5.2 – A matriz (comum) do interesse difuso e a tutela colectiva

Uma outra afinidade, de cariz dogmático, que é possível constatar entre o (direito ao) património cultural e o (direito ao) ambiente é a estruturação de ambos como interesses de natureza difusa ou, simplesmente *interesses difusos*.

Efectivamente, no ordenamento jurídico português e, desde logo, na CRP, os bens culturais e o ambiente revelam uma dimensão comunitária, tornando-se susceptíveis de uma fruição tendencialmente universal e, regra geral, insusceptíveis de apropriação individual. Por tal razão, aos direitos desta índole, *direitos culturais* ou *direitos à cultura*, reconhece-se-lhes uma titularidade plural, não "proprietarista".

É verdade que tais direitos (pelo menos em certos casos) apresentam, por um lado, um carácter individual, enquanto verdadeiros direitos subjectivos clássicos (v.g. direito ao ensino, liberdade de criação - art. 73º e 78º da CRP; direito à propriedade e titularidade intelectual da obra; e, por outro lado, uma raiz colectiva ou difusa, quando aparecem titulados por uma pluralidade de cidadãos, determinável ou não, ou mesmo potencialmente, pela totalidade dos cidadãos (v.g. direito à fruição dos bens que integram o património cultural, direito ao apoio que o Estado deve a acções culturais, direito à preservação e valorização do património cultural).

Neste contexto, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam mesmo que "o direito de fruição e criação cultural é um direito individual e colectivo, cujas principais dimensões são: a) *acesso* a todos os bens, meios e instrumentos culturais e a todos os níveis; b) *participação na cultura*, possibilitando aos cidadãos e comunidades o direito de conformação do processo de produção cultural, como titulares de participação democrática activa (criação) e não meramente passiva (fruição); c) *complicação na defesa e enriquecimento* do património cultural comum"⁽¹²⁾.

Nesta linha, afigura-se-nos poder afirmar que a CRP contempla uma dupla vertente no que tange a este tipo de interesses: por um lado, consagra a matéria numa óptica de direito subjectivo, e, por outro lado, como interesse colectivo ou difuso.

¹² CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL, in *CRP Anotada*, 3ª ed., 1993, pag. 362 e 377 e ss.

Ora, a actualidade e pertinência desta temática, leva-nos a proceder a uma tentativa de delimitação conceptual dos chamados *interesses difusos*. De facto, este figurino – de criação doutrinal recente - traduz-se em interesses que apresentam como “titular” uma pluralidade de sujeitos, tendencialmente ideterminada – nisso se distinguindo dos chamados *interesses colectivos*, estes posicionados na titularidade de uma categoria de pessoas –, e cuja “natureza” se caracteriza pela insusceptibilidade de apropriação individual do bem em causa – nisso se distinguindo dos chamados *interesses individuais homogéneos*, interesses estes que, apresentando uma origem ou fonte comum, têm, no entanto, uma tradução concreta individual, com a correspondente titularidade em termos de direito subjectivo⁽¹³⁾.

Ou seja, com a crescente complexidade da vida social, ganha raízes a autonomização da figura daqueles interesses que, naturalmente, radicam em “necessidades colectivas individualmente sentidas”⁽¹⁴⁾, e simultaneamente há-de apoiar-se num tratamento legal diferenciado e numa dogmática diferente da clássica, em torno de novas questões, nomeadamente, as que versam sobre a *legitimidade* (a questão da acção colectiva e erosão do paradigma da acção singular; da fungibilidade processual; do litisconsórcio) ou sobre a *eficácia do caso julgado* (“erga omnes” ou não, e em que situações).

Ora os bens, os interesses e os direitos tutelados pela legislação do património cultural reportam-se, via de regra, a uma pluralidade de pessoas. Apesar de pressuporem uma titularidade plural, aqueles interesses manifestam-se, por vezes, de forma atomística, centrados sobre uma pessoa ou conjunto de pessoas identificadas, sem perder, por essa razão, o seu carácter difuso.

A este propósito e numa perspectiva, que se poderá dizer “maximalista”, Ada Pellegrini Grinover refere que o objecto do interesse difuso “é sempre um bem colectivo, insusceptível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos”⁽¹⁵⁾. Esta base parece-nos ser a regra em matéria de interesses difusos puros, mas haverá que ter em conta a natureza e a titularidade efectivas dos interesses em causa bem como as situações fáctico-jurídicas em presença, nomeadamente a autonomização de um direito subjectivo paralelo ao interesse difuso, decalcados sobre o mesmo bem ainda que com expressões diferentes e, conseqüentemente, a procedência ou não da acção e a razão da não procedência (v.g. insuficiência de prova).

¹³ A nova Lei de defesa do consumidor (Lei 24/96 de 31-7) consagrou esta tipologia tripartida sem, no entanto, proceder à delimitação do respectivo conteúdo.

¹⁴ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Lisboa, 1972, pag. 1041 e ss.

¹⁵ GRINOVER, ADA PELLIGRINI, “A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos”, pp 29-45 (texto policopiado).

Além disso, tendo em vista precisamente a defesa daquele tipo de interesses e com um sentido de tutela colectiva, a lei constitucional confere, nos termos do art. 52º nº 3, "a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra o ambiente e [...] a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização".

Este preceito assume um enorme significado na defesa dos direitos e interesses nele referenciados, já que constitui, acima de tudo, um alargamento da legitimidade activa. Na verdade contempla uma legitimidade *pessoal* assente individualmente em cada cidadão para defesa v. g. de interesses individuais homogéneos ou mesmo de interesses difusos; prevê também uma legitimidade *colectiva* decalcada em particular nas associações de defesa dos interesses em causa, quer se trate de interesses difusos, quer sejam colectivos ou, eventualmente, interesses individuais homogéneos; consente ainda uma legitimidade *institucional* que se reconhece ao Ministério Público, em representação da comunidade na defesa de interesses difusos ou, porventura, em defesa do Estado-Administração quando não seja este o infractor ou ainda em defesa da legalidade, já que não se referindo expressamente no art. 52º nº 3, admite que a defesa dos interesses difusos incumba, por lei ordinária, ao Ministério Público.

Parece mesmo garantir-se através do art. 52º da CRP, além de um alargamento geral da legitimidade activa para novos sujeitos, um alargamento do âmbito da legitimidade específica das associações de defesa do património (ADP e ADPA), em face da legitimidade limitada decorrente das disposições da lei ordinária, nomeadamente do disposto na LQ.

De todo o modo, procede-se à consagração constitucional da tutela *indirecta* do interesse lesado, em confronto com a tutela originária sublinhada pelo princípio clássico do "interesse legítimo e directo".⁽¹⁶⁾ Este enfoque de tutela das duas categorias de interesses veio, entretanto, a ser acolhida na Lei da Acção Popular (Lei 83/95).

Importará ainda referir que a consagração constitucional⁽¹⁷⁾ de tais direitos lhes confere um sentido preceptivo e não meramente programático, pelo que se torna defensável a susceptibilidade da sua aplicação directa – e, naturalmente, vinculando entidades públicas e privadas (art. 18º nº 1 da CRP) – embora a sua exequibilidade se revele problemática.

¹⁶ Em face do teor do preceito do art 52º nº 3 e por razões de ordem sistemática, parece-nos que seria preferível proceder à sua inserção no âmbito do art. 20º da CRP (talvez aditando um nº 3).

¹⁷ JORGE MIRANDA encontra em diversos preceitos constitucionais uma associação estreita entre estes dois domínios, op. cit., p. 265.

Afigura-se-nos, assim, poder concluir que, face à caracterização legal do património cultural e do ambiente, a matriz do interesse difuso revela-se um denominador comum destas duas realidades, merecendo, por isso, um tratamento semelhante em grande parte dos respectivos regimes.

2.5.3 – A dimensão “natural” no quadro legal do património cultural

A ideia de interligação das realidades em apreço, sob o prisma da degradação, encontra eco legal no diploma quadro do património cultural, v. g. no segmento literal que manda os cidadãos e o Estado “defender a qualidade ambiental e paisagística” (art. 12º nº 1 al. d) da LQ).

Importará reconhecer que a noção de património cultural há-de compreender a componente *natural*, ou seja, quando se fala em património cultural deve entender-se na sua formulação mais abrangente, abarcando o património natural, já que a legislação sobre a matéria consente, pelo menos a espaços, uma tal leitura.

Neste pormenor, é de salientar, desde logo, a equiparação destas duas componentes (cultural e natural), para efeitos de tutela, veiculada por diversos instrumentos jurídicos internacionais, a que Portugal está vinculado, desde Convenções, Cartas, Resoluções, Directivas Comunitárias, e outros de que se pode destacar, a título de exemplo, a Convenção para a protecção do património mundial, cultural e natural, aprovada para ratificação pelo Decreto nº 49/79 de 6 de Julho, que, a par dos conceitos “culturais” de monumentos, conjuntos e locais de interesse, consagra as noções “naturais” de *monumentos naturais*, as *formações geológicas e fisiográficas e zonas de habitat*, e os *locais de interesse natural*.

Não obstante isso, a LQ, que seguiu de perto instrumentos internacionais nas definições de “monumento”, “conjuntos” e “sítios” (art. 51º), não incluiu uma conceptualização equivalente para a componente *natural*, como sucede nas fontes inspiradoras, o que não quererá significar que a componente natural esteja arredada, de todo, do regime jurídico estabelecido por este diploma, já que, por um lado, estaria em contradição com diplomas internacionais recebidos no nosso ordenamento jurídico, e, por outro lado, no seu articulado inserem-se várias referências àquela dimensão (o que poderá sugerir a ideia de a definição expressa de tais conteúdos se tornar dispensável).

Com efeito, a Lei 13/85, apesar de não contemplar uma visão completa e integrada (autónoma) do património natural, encontra-se, todavia, matizada por alusões a tal componente que não podem ser escamoteadas nem esvaziadas de significado. Assim, v.g. na definição de “sítios” diz-se que são “obras do homem ou obras

conjuntas do homem e da *natureza*"; do mesmo modo, fala-se do "enquadramento orgânico, *natural* ou construído, dos bens culturais imóveis; prevêm-se ainda zonas de protecção e zonas *non aedificandi* (proibindo-se "qualquer movimento de terras e dragagens, alteração ou diferente utilização") e a delimitação da área de conjuntos e sítios e proíbe-se a deslocação dos monumentos classificados do seu "locus" originário – o que sugere uma preocupação com o enquadramento natural e urbanístico; apela-se também à consideração e identificação do património cultural em planos de ordenamento do território (v.g. LBA, Legislação sobre planos, sobre loteamentos e obras particulares).

Bem pode dizer-se que a noção de património *natural* e a de património *cultural* se combinam no binómio "território-tempo", decalcado numa estrutura permanente, o "continnum naturale", e numa estrutura viva, o "solo vivo", e ainda numa conjuntura, correspondente à "intervenção do homem".⁽¹⁸⁾

Além disso, em sede da lei integradora da elaboração, aprovação e compatibilização dos planos de ordenamento do território, Lei 151/95 de 24-6, alude-se e prevê-se a aplicação do regime nela inserto aos "planos de salvaguarda do património cultural", o que diz bem do carácter inter-relacional das matérias em análise (cfr. preâmbulo, artº 4 al. c) e e) e nº 4 do anexo).

Parece, assim, que o planeamento integrado que transparece das referências feitas constitui expressão daquilo a que se vem considerando o abandono do conceito "holístico" de plano, ao apontar-se para um sistema flexível, desmultiplicado e policêntrico de planeamento"⁽¹⁹⁾.

2.5.4 – A dimensão "cultural" na legislação sobre ambiente

Alcança-se também uma estreita ligação entre as duas componentes em apreço em várias normas de diplomas de índole ambiental.

2.5.4.1 – Na Lei de Bases do Ambiente

Desde logo, a Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87 de 7 de Abril) apresenta uma noção abrangente de *ambiente* que integra "os factores culturais" com efeito directo ou indirecto sobre a qualidade de vida do homem (art. 5º nº 2 al. a) e qualifica o "património natural e construído" como componente ambiental humana, referindo

¹⁸ Em sentido semelhante, RIBEIRO TELLES, GONÇALO, em exposição oral em sede do Curso de Especialização de Direito do Ambiente, organizado pelo CEADC-M³J⁹, 1994/95, no CEJ.

¹⁹ RANGEL, PAULO CASTRO, *Concertação, Programação e Direito do Ambiente*, Coleção Argumentum/7, Coimbra Editora, 1994, pag. 75.

mesmo que "o património natural e o construído, bem como o histórico e cultural, serão objecto de medidas especiais de defesa, salvaguarda e valorização" (art. 20º nº1).

A este propósito, refere Gonçalo Ribeiro Telles que a LBA "abrange e inter-relaciona o ordenamento do território, a conservação da natureza, a defesa da paisagem rural e urbana e do património natural e construído, o que pressupõe a necessidade de uma política integrada de ambiente"⁽²⁰⁾. De registar ainda que, à luz do art. 20º, se veicula uma visão integrada dos domínios em presença, apontando-se inclusivé para uma ideia de fruição, já que nele se alude a acções a implementar numa "perspectiva de animação e utilização".

Acresce ainda a referência que no nº 2 do mesmo dispositivo se faz às políticas de "recuperação de centros históricos de áreas urbanas e rurais, de paisagens primitivas e naturais notáveis e de edifícios e conjuntos monumentais e de inventariação do património histórico, cultural, natural e construído", o que induz a ideia de interpenetração das duas componentes, natural e construída, ambiente e património, sem que se possa estabelecer facilmente uma linha de fronteira onde acaba uma e começa a outra; e se pensarmos em certos conceitos, como os de "paisagem", "centro histórico", etc. a indissociabilidade é manifesta.

Cabe ainda reter o mesmo propósito comum de abertura à sociedade civil, nomeadamente através da possibilidade de defesa dos interesses em jogo por organizações não governamentais (ONGs), como decorre da parte final do nº 2 citado, quando se apela para a cooperação com "associações locais de defesa do património e associações locais de defesa do ambiente".

Outro afloramento da estreita conexão ou tratamento das duas componentes pode ser colhido do art. 27º nº1 al. c) e do art. 29º da LBA onde se prevê a classificação e criação de áreas, sítios, conjuntos, paisagens protegidas e objectos classificados em função do valor estético, raridade, importância científica, cultural e social que apresentam; além de outras referências ao "património natural e construído" – onde caberá parte do património cultural – como v. g. art. 39º nº 3 al.c) e nº 7 al. g) da mesma lei.

2.5.4.2 – Em matéria de "impacte ambiental"

Além disso, em sede de "avaliação de impacte ambiental", a legislação em vigor é clara quanto à inclusão do património cultural como um dos factores a submeter

²⁰ RIBEIRO TELLES, GONÇALO, Declaração de voto como independente *in* *Trabalhos Preparatórios*, DAR, p. 111.

ao estudo de impacte ambiental dos projectos de obras, públicas e privadas. (cfr. art. 3º da Directiva 85/337/CEE; art. 2º nº 2 al. d) do DL 186/90 de 6 de Junho; e artº 1º al c) ponto 4 do Dec.-Reg. 38/90 de 27 de Novembro).

Assim, a implantação de instalações industriais ou turísticas, a criação de novas polos habitacionais ou agrícolas ficam sujeitas a juízos de compatibilização com a salvaguarda do património cultural existente na zona. Com efeito, a avaliação do impacte ambiental dirige-se não só ao bem cultural, enquanto tal, mas também à sua envolvente, em face do valor e significado que para o bem resulta em alguma medida da inserção deste na envolvente natural ou urbana.

2.5.4.3 – Na legislação relativa à rede nacional de áreas protegidas

Por outro lado, a Lei da Rede Nacional de Áreas Protegidas, Lei nº 19/93 de 23 de Janeiro, elege, entre outras, como área protegida de interesse nacional o "monumento natural" (art. 2º nº 3 al. d)). Define-se, ali, "monumento natural" como "uma ocorrência natural contendo um ou mais aspectos que, pela sua singularidade, raridade ou representatividade em termos ecológicos, estéticos, científicos ou culturais, exigem a sua conservação e a manutenção da sua integridade" (art. 8º). É de considerar ainda que a sua classificação como área protegida prossegue objectivos, entre outros, de "valorização de actividades culturais e económicas tradicionais, assente na protecção e gestão racional do património natural" (art 3º al. j), além de sugestivamente se aludir à "interacção harmoniosa do Homem e da Natureza" (artº 9º).

Por sua vez, o art. 10º do mesmo diploma consagra a noção de "sítio de interesse biológico", em parte coincidente com a noção de "sítio natural" da Convenção para a protecção do património mundial, cultural e natural. Tal disposição ganha especial interesse pela admissibilidade do estatuto privado da área protegida quando os seus proprietários assim o requeiram.

Parece, assim, que a lei do património cultural deixou a regulamentação concreta sobre monumentos naturais e outros aspectos do património natural para outros diplomas (parcelares) de carácter ambiental.⁽²¹⁾

2.5.4.4 – Outras afinidades

De notar que nem sequer é novidade, na nossa tradição legislativa, a extensão de regime do domínio "cultural" ao domínio "natural". Com efeito, já a Base I da Lei

²¹ Cfr. sobre este aspecto Discussão do projecto de lei 85/III, in *Diário da Assembleia*, nº 72-I, de 8 de Fev. de 1984, ; e de "Dº Assº", nº 60 -I, de 22 de Fev. de 1995, pp. 2514.

nº 2032 de 11/06/1949 admite tal interligação quando se refere v.g. ao "valor paisagístico" dos monumentos nacionais e dos imóveis de interesse público para efeitos de classificação.

Por sua vez, o Decreto-Lei 28468 de 15 de Fevereiro de 1938 sujeita à autorização prévia da Direcção-Geral da Fazenda Pública o arranjo, incluindo o corte e a derrama das árvores em jardins, parques, matas ou manchas de arvoredo existentes nas zonas de protecção de monumentos nacionais, edifícios de interesse público ou edifícios do Estado de reconhecido valor arquitectónico.

Logo, a tendência para efeitos de tratamento deve seguir no sentido de de equiparação a bens culturais - ressalvadas as especificidades de cada situação e do regime que se lhe dirige directamente - os monumentos naturais, os sítios e paisagens quando revistam notável interesse (naturalístico), por exemplo quando se está em presença de grutas naturais (v.g. do Zambujal ou de S. Mamede), certos locais da orla marítima (v.g. certas dunas, escarpas singulares), paisagens características (v.g. vale do Douro), árvores antigas ou raras (v.g. árvore de interesse público no Príncipe Real-Lisboa; castanheiro antigo em Pinhel), lagoas e zonas lagunares, etc..

A protecção deste tipo de bens naturais funda-se não só no carácter estético e ornamental mas porque apresentam intrinsecamente uma determinada característica que os nataliza e singulariza.

Afigura-se-nos, assim, que não se deverá fazer depender a tutela a conferir da circunstância de existir uma ligação directa do objecto natural tutelado à pessoa humana ou à sua história⁽²²⁾, apesar de poder ocorrer tal coincidência ou apresentar algum significado com ligação à história nacional do país.

Na verdade "cultura" deve ser entendido como "processo global" que alie as condições naturais às proporcionadas pelo homem ou como resultado seu, para a formação de um "todo" harmonioso e completo.

De resto, a identidade cultural depende, em grande medida, do grau de preservação do ambiente que serve de suporte ao desenvolvimento histórico de uma determinada cultura; ou seja, aquela resulta em parte condicionada pela interacção e interdependência da colectividade política, historicamente situada, com o ambiente que a envolve.

²² Em sentido idêntico MACHADO, PAULO A. LEME, *Ação Civil Pública – Ambiente, Consumidor, Património Cultural – e Tombamento*, 2ª ed. , 1987, Editora Revista dos Tribunais, pp. 15 e ss.

2.6 – Função social do património cultural

Importa, antes de mais, referir que não parece acertado reservar ao património cultural um "finalismo" de carácter social, político, ideológico, religioso, económico, etc. – apesar de qualquer destas variáveis poderem constituir motivações inerentes a certos bens culturais e respectiva qualificação –, parecendo preferível apelar à noção de "função" ou "funcionalização" que a ele anda normalmente associado.

Aliás, os texto legais, tanto ao nível interno como ao nível internacional, reconhecem ao património cultural – quer na parte preambular quer no próprio articulado e de forma mais ou menos explícita - uma *função social* que varia e se mostra diversificada consoante o tipo de bens e instrumento jurídico em presença.

Importa ainda reter a ideia da relatividade dos pressupostos em que assenta o reconhecimento de "valor cultural" e que tal desiderato condiciona a concretização da função dos bens culturais. É que a imaterialidade do "valor cultural" vai ou pode ir (muito) para além da arte; além disso, a arte não tem com a beleza uma relação necessária; e, por sua vez, o significado histórico de beleza é muito variável. Assim, uma "Vénus de Milo", um ícone bizantino, um amuleto de uma tibo africana não podem todos caber dentro de uma concepção clássica de beleza. E, no entanto, belos ou feios, todos aqueles objectos podem ser, com inteira propriedade, classificados como obras de arte e desempenhar um papel socialmente útil.

De resto, costumam ser considerados parâmetros reveladores da importância cultural de determinado bem a (sua) raridade e exemplaridade, a originalidade e autenticidade, a antiguidade, a ligação a um acontecimento histórico e seu significado, a pertinência a certo traço cultural, a ligação à identidade de um povo, ou (outra) determinada característica singular.

Se atentarmos no manancial de informação e sentido de vida imanente na História, percebemos que nas Cidades-Estado gregas a arte desempenhava uma função prioritariamente *pedagógica*, associada à ideia prevalente do indivíduo como componente essencial da "polis", e de relação com o sobrenatural. De resto, por toda a Antiguidade Clássica, nomeadamente entre os romanos, e ainda na Idade Média do mundo ocidental e até, de certo modo, entre os povos Eslavos (v.g. na Rus Kieviana), a arte mantém uma estreita relação com a religião e é tutelada, em grande medida, na base desse seu carácter.

Por outro lado, na linha de raciocínio de Herbert Read, deparamo-nos, na cultura grega clássica, com uma visão "antropomórfica" da arte em que se enaltecem os valores humanos e em que os deuses, de certo modo, aparecem como "versões

magnificadas do homem". Por conseguinte, a arte, tal como a religião, era para os gregos uma idealização da natureza, especialmente do homem enquanto ponto culminante dos seus processos⁽²³⁾.

Este protótipo de arte foi herdado por Roma e o Renascimento fê-lo, em parte, reviver. Difere, no entanto, do ideal bizantino, mais divino do que humano, intelectual e antivital, abstracto; difere ainda do ideal oriental, que é também abstracto, não-humano, metafísico, e mais instintivo do que intelectual; difere do ideal mítico e primitivo que talvez não fosse sequer um ideal, mas antes uma propiciação, ou uma expressão de temor em face de um mundo misterioso e implacável ⁽²⁴⁾.

Com o Renascimento a arte assume um carácter laico e de abertura à sociedade para se tornar expressão do criador da obra, emancipando-o na consideração social, ao mesmo tempo que se libertava da identificação com o artesanato, autonomizando-se a obra como única e insubstituível.

Actualmente, sem prejuízo da especificidade da arte sacra, já não se reconhece qualquer "função religiosa" ao património cultural (artístico e histórico), associando-se preferencialmente à ideia de Nação, (cujo processo evolutivo teve o seu maior enfoque nos finais do Sec. XIX e início do Sec. XX).

Ora, o património cultural, em particular na óptica do património artístico, começa por revestir uma função de *comunicação*, ou modo de comunicar, ou ainda, mais do que isso, de *linguagem* (arte-linguagem) que dispensa a palavra, a supera, multiplica o seu sentido e suprime a incapacidade de transmissão da palavra.

Revela-se, por outro lado, como verdadeira *representação da realidade* e/ou *correia de transmissão de mensagem*: mais do que simples linguagem, pode tornar-se polo de intervenção, quando traduz o quotidiano dos povos, a degradação social ou a injustiça latente na sociedade (pense-se v.g. no "Passeio dos presos" de Van Gogh) e o sentimento do indivíduo (v.g. em o "Grito" de Edvard Munch.). Torna-se, por isso, fonte aquisitiva de conhecimento da conjuntura e pensamento colectivo de determinada época histórica ou de determinada gente (povo).

Não raro, traduz a *subjectivação* e o *poder de ser diferente*: transmite o que nunca foi dito ou visto, o inédito, e ainda a desconformidade à ordem social e à estética (prevalente). A obra de arte, começa por ser única e irrepetível, para depois abrir

²³ Cfr. READ, HERBERT *O significado da arte*, Ulisseia, Lisboa, pp. 15 a 19.

²⁴ Neste sentido, READ, H., op. cit., p. 15 a 19.

espaço para o desvio ou "variância" relativamente aos padrões dominantes, podendo mesmo situar-se no limite do tolerável, quase desconformidade à ordem, ou mesmo anti-ordem (cuja história, similar à da "loucura", é a da "maior ou menor sensibilidade da razão aos discursos e comportamentos que se lhe opõem", nas palavras de M. Foucault, in "História da Loucura").

De todo o modo, como observa DENIS HUISMAN, o carácter estético do bem cultural, dada a sua diversidade – gravura, peça de cerâmica, partitura, foral, estátua, colecção, templo, etc. –, não se reduz às qualidades residentes no objecto de arte (ou cultura), decorre do sentimento estético aceite em determinada época que sobre a obra se projecta, da consciência estética colectiva, da atitude comunitária face ao objecto, por forma a atingir a universalidade necessária para o seu reconhecimento cultural (25). Por conseguinte, nesta esteira, concordamos com UMBERTO ECO, quando afirma que "as estéticas tradicionais, (...) são, no fundo, estéticas de estrutura apriorística e, por isso mesmo, normativas; partiam de um conceito pré-definido e vigente de beleza e cujo reconhecimento se ligava à aceitação prévia de uma doutrina do espírito e das suas actividades"(26).

O património cultural, que integra a arte "funcionalizada", revela-se também expressão de *testemunhos estéticos* que um povo elege como mais significativos da sua trajectória histórica e que pretende transmitir às gerações vindouras, enquanto sinais da sua identidade.

Esse carácter de "testemunho" encontra-se espelhado nas palavras de WASSILI KANDINSKI, já que "cada arte tem as raízes no seu tempo, mas a arte superior não é só um eco dessa época; possui, além disso, uma força profética que se estende longa e muito profundamente no futuro".

Na decorrência disso, é função natural do património cultural servir de *legado histórico* para as gerações futuras, na medida em que os "bens culturais e naturais", considerados "únicos e insubstituíveis" pela Convenção para a protecção do património mundial, cultural e natural, se tornam elementos essenciais para o conhecimento da história das civilizações.

Num peculiar registo, assinala-se o facto de ao património histórico se reservar o lugar de denominador da *identidade cultural nacional*, como se alcança do art. 1º da Lei nº 13/85 ao apontar de forma categórica para a ligação do "património cultural" à "identidade da cultura portuguesa através dos tempos".

²⁵ HUISMAN, DENIS, *A Estética*, Edições 70, pp. 79 a 83.

²⁶ ECO, UMBERTO, *A definição da arte*, edições 70, pp. 25 e ss. e 61.

O património cultural apresenta ainda uma vocação (pelo menos, potencial) de *património universal (cultural)*. Tal tendência é veiculada por textos jurídicos internacionais, designadamente Convenções, como v.g. a Declaração de princípios da cooperação cultural internacional, de 1966, quando reconhece que "toda a cultura tem uma dignidade e um valor" e que "na sua variedade e influência recíproca, todas as culturas fazem parte do património comum da humanidade" (artº 1º).

Subjacente a este ideário *universalista* estão os princípios, comumente aceites, da informação, da participação e do intercâmbio cultural entre os Estados.

A classificação do bem como património mundial (cultural ou natural), tarefa de um comité da UNESCO, não significa por si só que este organismo detenha a administração do bem, não deixando, todavia, de ter algum controle sobre o mesmo, através de relatórios que recebe e do financiamento de acções e obras bem como da verificação concreta da aplicação de fundos e do estado do bem⁽²⁷⁾.

A vantagem de ver classificado um determinado bem cultural como "património mundial" reside no facto de se obter um segundo nível de protecção geral; além disso, faz deslocar a defesa do bem, para uma instância supra-nacional, menos permeável a pressões internas ou locais (pressão urbanística, "lobbys" económicos, etc.); também ocorre uma transferência de informação para a opinião pública mundial; e ainda, gera uma promoção turística do bem e da região em que está inserido ("turismo cultural") – o que até pode ser fonte de riscos –, além de proporcionar uma assistência financeira, através do "fundo do património mundial", decisiva para a conservação do bem cultural.

Ou seja, a tutela internacional, nos termos da Convenção para a protecção do património mundial, cultural e natural, não substitui a protecção e actuação do Estado da localização dos bens, antes pretende completá-la ⁽²⁸⁾.

Por outro lado, a integração de um bem no património cultural significa a *fruição por todos os cidadãos* desse mesmo bem.

Esta é, porventura, a função de maior visibilidade, mais significativa e mais sentida pela comunidade onde se encontra o bem. Este propósito encontra-se

²⁷ Até agora, Portugal viu serem classificados como património mundial as cidades (zona histórica) de Évora, Angra do Heroísmo e Porto, o Mosteiro dos Jerónimos, da Batalha, e de Alcobaça, a Torre de Belém e o Convento de Cristo em Tomar, todos bens culturais, e ainda Sintra como "paisagem cultural".

²⁸ Sobre a sobreposição de regimes de tutela, nacional e internacional, cfr. KISS, ALEXANDRE-CHARLES, "La notion de patrimoine commun de l'humanité" in *Recueil des cours*, Académie de Droit International, 1982, II, Tome 175 da col., pp. 126 e ss.

patente em disposições constitucionais, designadamente no art. 78º nº 1, onde se reconhece que todos têm direito à fruição e criação cultural.

Por sua vez, o art. 44º da LQ vem, de algum modo complementar aquele dispositivo, estipulando que as medidas a tomar "visam dar a cada um dos bens culturais uma função que os insira adequadamente na vida social, económica, científica e cultural". De igual modo, é de realçar o disposto no art. 7º da LQ quando prevê – em face da *função social* dos bens culturais que em cada caso se estabeleça – a submissão dos mesmos a um regime jurídico especial, designadamente, quanto ao modo de alienação e à forma de intervenção e conservação dos bens, qualquer que seja o tipo de propriedade.

Em face da ideia de *função social* dos bens culturais, suscitam-se, naturalmente questões delicadas como sejam a da titularidade e da oneração do direito de propriedade (privada) de tais bens.

Com efeito, admite-se uma redução do conteúdo do direito de propriedade quando o bem se encontre classificado como bem cultural, mostrando-se cerceado o exercício de tal direito em matéria de alienação, de exportação, de conservação, etc. do bem cultural.

Marcelo Caetano, em sede do Decreto 20985 de 7/3/1932, considerava que "a raiz se transfere para o Estado ficando no particular a mera fruição limitada", justificando que se trataria de uma mera "tolerância dos direitos adquiridos por particulares sobre coisas que desde sempre deveriam ter sido consideradas dominiais, e que atravessam agora uma fase transitória a caminho da propriedade plena do Estado, com as características da inalienabilidade e da impenhorabilidade"⁽²⁹⁾.

Outras construções teóricas de sentido idêntico radicam em pressupostos semelhantes, designadamente as teses que consideram o património cultural como *propriedade colectiva dominial* ou como *domínio eminente estatal*.

Poder-se-á, de modo diverso, dizer que o bem cultural na esfera de um particular tem natureza jurídica privada, assim permanecendo a raiz, mas sobre ele recai um regime jurídico de tutela pública. Tratar-se-á, portanto, de uma *propriedade limitada ou imperfeita*, ou admitindo-se uma espécie de *limitação administrativa da propriedade privada*, ou até a institucionalização de uma *servidão administrativa*, ou mesmo uma *propriedade privada onerada com a função social ou o interesse público* que a acompanha, orientações que nos parecem constituir uma visão mais correcta da questão.

²⁹ M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II vol. 9ª ed. 1972, Lisboa, pag. 891 e ss.

De facto, nas palavras de ALDO SANDULLI, a "função social da propriedade traduz-se essencialmente na imposição, ao titular do direito da coisa, de certa obrigação pessoal (mas *ob rem*) tal como a de tornar socialmente útil a titularidade privada do próprio direito", o que por si só não importa um regime especial ou novo face ao regime clássico geral ⁽³⁰⁾. Por sua vez, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, por certo levando em linha de conta o interesse público subjacente, parecem radicar na obrigação constitucional (do Estado e dos cidadãos) de defesa do património cultural a legitimidade e sentido das limitações ao direito de utilização e de disposição da propriedade privada de bens culturais ou com interesse cultural (obrigação de conservação ou de alienação a favor do Estado, proibição de exportação ou de alienação a favor de estrangeiros, obrigação de abertura ao público de edifícios), submetendo os respectivos bens, quando não sejam propriedade pública, a um regime especial de conservação, alienação e fruição ⁽³¹⁾.

Por conseguinte, na nossa lei, a propriedade do património cultural parece estar ligada – sem que com isso se pretenda confundir os conceitos de "função social" e "interesse público" – à prossecução do interesse público (em sentido amplo). De facto, e no que respeita à propriedade privada dos bens, prevê-se a insusceptibilidade de alienação sem autorização do Pelouro da Cultura e o direito de preferência em favor do Estado e Autarquias, a proibição de exportação, etc..

É ainda em razão da especial natureza jurídica e função social dos bens culturais que se qualifica a zona de protecção que envolve o bem cultural de "servidão administrativa".

Afigura-se-nos que estes aspectos significarão ou visarão (acima de tudo) integrar "os proprietários ou detentores particulares de bens culturais como entidades que prosseguem interesses públicos de forma privada, nessa qualidade, no regime de protecção do património cultural. Tal regime seria penetrado pela ideia de que o interesse público de fruição dos bens culturais pode e deve ser satisfeito não apenas pelo Estado mas também pelos particulares detentores de bens culturais"⁽³²⁾.

Face ao exposto, parece legítimo concluir que a função social do património constitui fundamento de limitação do direito de propriedade⁽³³⁾, constituindo-se uma via possível para dissociar a tutela do património cultural, "qua tale", da tutela da propriedade, enquanto estados valiosos distintos.

³⁰ SANDULLI, ALDO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12ª ed., Jovene, 1980, pp 523 e ss

³¹ CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 378.

³² BRITO, MIGUEL NOGUEIRA de, *Sobre a Legislação do Património Cultural* in Revª do Mº Pº nº 11 e 12, Jan./Jun. de 1989, pp. 171.

³³ De registo o facto de a Constituição Federal brasileira prever expressamente situações-tipo de oneração da propriedade pela função social, densificada esta por certo conteúdo (v.g. ambiental).

Parte 3

**CONSUMERISMO E CONCEITOS
FUNDAMENTAIS DO DIREITO
DO CONSUMO**

DIREITO SUPRAESTADUAL DO CONSUMO

MEIOS DE TUTELA

CONSUMO E NOVAS TECNOLOGIAS

Sub-índice

I – O DIREITO DO CONSUMIDOR. O ESTADO E O CIDADÃO. INTERESSES COLECTIVOS E DIFUSOS	97
II – RAÍZES HISTÓRICAS E IDEOLÓGICAS DO MOVIMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	99
1 – Sobre a necessidade de protecção do consumidor	99
2 – Génese histórico-social do “consumerismo”	99
2.1 – Crise do modelo liberal	99
2.2 – Características da sociedade de consumo	100
2.3 – Reacções – o consumerismo	101
2.4 – Resenha histórica do movimento consumerista e tipo de intervenção desenvolvida	102
3 – Fundamentos da política de defesa dos consumidores	103
3.1 – Antecedentes	103
3.2 – Manifestações	103
3.3 – Preocupações e objectivos	104
4 – Da definição política de consumidor ao Direito do consumo	106
4.1 – A transição da preocupação do reequilíbrio negocial do campo político para a ordem normativa	106
4.2 – A crise do princípio da autonomia privada	107
4.3 – O aparecimento do conceito de consumidor	108
III – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO CONSUMO	111
1 – Direito do consumo versus Direito do consumidor	111
1.1 – Direito do consumidor	111
1.2 – Direito do consumo	112
1.3 – Crítica. Remissão	112
2 – Definição de consumidor. O acto de consumo e a relação jurídica de consumo	113
2.1 – O consumidor	113
2.2 – Noções legais de consumidor	114
2.3 – Elementos da noção de consumidor: subjectivo; objectivo; teleológico; relacional. Sua interpenetração. O acto de consumo e a relação de consumo	115
3 – Modelos de protecção do consumidor (modelo de autotutela; modelo de controlo administrativo; modelo de controlo judicial)	120
3.1 – Modelo de autotutela	120

3.2 – Modelos de controlo administrativo e de controlo judicial	121
3.3 – Sua complementaridade. Campos preferenciais de intervenção	122
4 – Características do direito do consumidor	123
4.1 – Instrumentalidade	123
4.2 – Pluridisciplinaridade	123
4.3 – Carácter colectivo	123
4.4 – Retorno ao formalismo	123
5 – Autonomias científica e legal do direito do consumidor	124
<i>DIREITO SUPRAESTADUAL DO CONSUMO</i>	127
I – CONDICIONANTES EXTRAJURÍDICAS	127
1 – A globalização	127
2 – A vertente económica da globalização	127
3 – O consumidor e a globalização económica	129
4 – Revolução comunicacional. Aldeia global e consumo global	130
II – DIREITO INTERNACIONAL DO CONSUMO	131
1 – Rotulagem e publicidade	131
2 – Contratos celebrados à distância	132
3 – Segurança Alimentar	133
4 – Cibercrime	134
<i>MEIOS DE TUTELA</i>	135
I – DIREITO SUBSTANTIVO	135
1 – O direito do consumidor na ordem jurídica interna	135
1.1 – Protecção constitucional do direito do consumidor	135
1.2 – Lei de Defesa do Consumidor	137
1.3 – Medidas político-administrativas	137
1.4 – Legislação sectorial	137
2 – Relações entre o Direito do Consumidor e o direito comum	138
3 – Defesa do consumidor e codificação	138
4 – Legislação específica de defesa do consumidor	140
<i>Serviços Públicos Essenciais</i>	141
Nota de sequência	141
1 – Noção e princípios gerais	141
2 – Âmbito de protecção	141

3 – Sujeitos da relação jurídica	142
3.1 – Utente	142
3.2 – Organizações representativas dos utentes	143
3.3 – Prestador do serviço	143
4 – O princípio da boa fé e o dever de informação	143
5 – A suspensão do serviço e o padrão de qualidade. Proibição de imposição e de cobrança de consumos mínimos	144
<i>Publicidade</i>	145
1 – Disposições fundamentais	145
2 – Código da Publicidade	145
2.1 – Escopo essencial	145
2.2 – Conteúdo	146
<i>Responsabilidade civil do produtor</i>	150
1 – A responsabilidade objectiva	150
2 – Tutela eficaz do lesado	152
2.1 – Noção ampla de produtor	152
2.2 – Solidariedade de vários responsáveis	153
2.3 – Não diminuição da responsabilidade do produtor pela intervenção de terceiro que tenha contribuído para causar o dano	153
2.4 – Inderrogabilidade do regime da responsabilidade	153
2.5 – Preservação da responsabilidade decorrente de outras disposições legais	154
3 – Não agravamento em demasia da posição do produtor	154
3.1 – Exclusão de responsabilidade	154
3.2 – Limite de responsabilidade	155
3.3 – Prazos de prescrição e de caducidade	155
3.4 – Exclusão de danos produzidos por acidentes nucleares	155
4 – Noção de produto defeituoso	156
<i>Cláusulas Contratuais Gerais</i>	157
1 – Da eclosão da figura das cláusulas contratuais gerais	157
1.1 – Intervencionismo no direito público e no direito privado	157
1.2 – Princípio da liberdade contratual. A liberdade como conceito ambíguo	158
2 – Noção de cláusula contratual geral	158
2.1 – Noção legal (generalidade – indeterminação – pré-elaboração – adesão)	158
2.2 – Factores determinantes da não igualdade na contratação. Debilidade do destinatário ..	160
3 – Âmbito do diploma – extravasa as relações produtor-consumidor	161
4 – O critério legal – boa-fé e reposição do equilíbrio contratual	161
4.1 – Previsão legal	161
4.2 – Seu alcance	162
5 – Meios de controlo	162

5.1 – Controlo de inclusão de cláusulas (obrigação de comunicação – dever de informação – prevalência das cláusulas especificamente acordadas – exclusão de cláusulas)	163
5.2 – Controlo do conteúdo das cláusulas	164
6 – Jurisprudência	167
6.1 – Sectores de maior incidência	167
6.2 – O aplicador da lei perante o mecanismo das cláusulas contratuais gerais	167
II – DIREITO ADJECTIVO	169
1 – Vertente processual do direito do consumo	169
1.1 – Nota de sequência	169
1.2 – Sobre as especificidades que condicionam a vertente processual do direito do consumo	169
2 – Interesses difusos, colectivos e individuais homogéneos	170
3 – Legitimidade processual	171
3.1 – Direito de acção popular	171
3.2 – Lei de defesa do consumidor	172
3.3 – Código de Processo Civil	173
3.4 – DL 446/85	173
4 – Caso julgado	173
4.1 – Lei 83/95, de 31 de Agosto (acção popular)- artigo 19º	174
4.2 – n.º 2 do artigo 32º do DL 446/85 (cláusulas contratuais gerais)	174
5 – Acesso ao direito	174
5.1 – Isenção e redução de preparos e custas	174
5.2 – Intervenções processuais do Ministério Público e do Instituto do Consumidor	175
6 – Tribunais arbitrais	175
III – DIREITO DO CONSUMO E REACÇÕES PUNITIVAS	176
1 – A Eclosão do direito penal económico	176
2 – Carácter indirecto e disperso das normas penais que tutelam o consumo	176
3 – Previsões legais	177
4 – Infrações antieconómicas e contra a saúde pública	179
5 – Infrações infra-penais, administrativas ou contra-ordenações	182
6 – Conclusão	183
CONSUMO E NOVAS TECNOLOGIAS / CONSUMO E INTERNET	185
I – COMÉRCIO ELECTRÓNICO / COMPRAS À DISTÂNCIA / INFORMAÇÃO/ PRIVACIDADE / SEGURANÇA / QUALIDADE	185
1 – Directiva sobre o comércio electrónico e legislação conexas	185
2 – Objectivos essenciais daquela legislação. Livre circulação. Saúde. Segurança	185
3 – Âmbito dos serviços da sociedade de informação	186
4 – Novas exigências da sociedade de informação. Restrições à liberdade contratual. Formalismo. Documentos electrónicos e assinaturas digitais. O interesse da confidencialidade	187

5 – A segurança dos serviços prestados através da Internet	189
6 – Os conflitos internacionais e a via extrajudicial de resolução de litígios na sociedade de informação	190
BIBLIOGRAFIA	191

CONSUMERISMO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE CONSUMO

I – O DIREITO DO CONSUMIDOR. O ESTADO E O CIDADÃO. INTERESSES COLECTIVOS E DIFUSOS

1 – A relevância das relações de consumo surge historicamente integrada em um fenómeno mais vasto de *reposicionamento e nova articulação do conjunto de interesses na sociedade*. Surgem, na verdade, interesses que, situando-se embora bem no âmago das preocupações da *polis*, como que atravessam esta diagonalmente, não se identificando com nenhum indivíduo concreto nem com nenhuma classe definida de cidadãos. Consubstanciando eles a necessidade de protecção de interesses supraindividuais ou difusos, não é todavia ajustado dar-lhes um cariz público. Põe-se assim em causa a clássica distinção entre o interesse público e o interesse privado, obrigando ao repensar desses conceitos, com vista a uma melhor compreensão daqueles fenómenos e a um seu mais eficaz tratamento quer ao nível político quer ao nível do direito. Tal ambiguidade vem alterar a própria estrutura da divisão de poderes, obrigando à reformulação do papel a desempenhar pelo cidadão, pelo político e pelo legislador.

Importa a pesquisa das causas que estão no advento desse novo estado de coisas, com vista a uma sua melhor compreensão.

2 – Na tradição da sociedade europeia, que se veio a constituir em matriz universal, só é legítimo começar a falar em *interesse público* por referência ao aparecimento do conceito de Estado. Este surgiu como produto do racionalismo, articulado com a centralização do poder da monarquia absoluta, que unificou o conjunto de interesses não individuais a fim de serem providenciados pelo rei, investido por Deus nesse poder-dever.

Descendo à terra, esse fundamento último foi laicizado pelo conceito de contrato-social, que trazia imanente o princípio de igualdade perante a lei e as sementes da nova ordem liberal. No entanto, a igualdade assegurada pelo Estado-Polícia cedo veio a mostrar-se desajustada a uma efectiva partilha de oportunidades por parte dos cidadãos, pelo que uma outra ordem se perfilou. E foi com o Estado-Providência que verdadeiramente se consumou o nascimento do Estado como entidade autónoma com actividade substancial específica. Conforme o maior ou

menor número de competências que o Estado a si chamou, viu-se delineada uma concreta política, em sentido estrito – intervenção mais alargada e vinculada nos regimes socialistas do que nos capitalistas, se bem que não excluindo o aparecimento de sistemas com tendências totalitárias mesmo nestes últimos.

Este binómio “Estado-Cidadão” sofre forte abalo com o aparecimento de interesses que, como o ambiente, o património ou o consumo, se não conseguem identificar com o público, por não corresponderem ao tipo de interesses cuja salvaguarda está tipicamente na origem do Estado moderno. Daí a ambiguidade com que o poder político os têm encarado. São, na verdade, valores que, na sua universalidade e tendencial perenidade, não podem ser confiados em exclusividade a um poder a quem, por força de um contingente contrato-social, foi confiada a gestão de interesses passageiros.

Dir-se-ia que esses valores em nada diferem de outros que também lograram emancipar-se do catálogo do contingente e passaram a ser consagrados de forma indelével, como todos aqueles que constam do rol de declarações universais, v.g. os direitos à vida, à saúde ou à liberdade.

No entanto, uma coisa os distingue. Se, como vimos, não são *res publica*, no sentido de os Estados não os poderem actuar como valores que tipicamente lhes compete defender, tampouco podem ser arvorados como bandeira de cada um dos cidadãos, por estes carecerem de legitimidade para individualmente se arrogarem como seus titulares (quanto ao ambiente ou ao património, por impossibilidade de apropriação individual do bem a fruir; no consumo, por só ter razão de ser a consideração global dos interesses a defender). *Tais interesses correspondem a direitos que, radicando embora no indivíduo, gozam de uma relevância operacional necessariamente trans-individual.*

Julgamos que, sem esta breve excursão de ordem histórico-estrutural à problemática dos interesses supra-individuais ou difusos, nunca se poderia com segurança abordar as questões políticas e jurídicas conexas com as relações de consumo.

II – RAÍZES HISTÓRICAS E IDEOLÓGICAS DO MOVIMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1 – SOBRE A NECESSIDADE DE PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR

A evolução da sociedade propiciada pelos avanços tecnológicos veio influenciar decisivamente a disciplina das relações entre os cidadãos, nomeadamente no que concerne às relações económicas e, mais particularmente, à contratação.

Actualmente, os meios de pressão e de sugestão podem ser potenciados de forma a anularem completamente qualquer apriorística liberdade de intervir na vida económica, desse modo operando nomeadamente uma forte clivagem no pressuposto que presidia ao clássico direito contratual – a conjunção de vontades livres, corolário da situação de igualdade das partes contratantes.

O que se torna necessariamente fonte de disparidades quando, por exemplo, uma das partes se propõe estabelecer relações contratuais com um número indeterminado de destinatários, que se limitam a aderir ou não a uma proposta contratual prévia e cuidadosamente elaborada por aquela, à luz dos seus interesses. Sobretudo se atentarmos em que por regra, e ao contrário daqueles a quem dirige a proposta contratual, o predisponente tem conhecimentos mais profundos da área na qual se estabelece a relação profissional.

2 – GÉNESE HISTÓRICO-SOCIAL DO “CONSUMERISMO”

Na lógica do pensamento liberal dos princípios do século XIX, a livre concorrência encarregar-se-ia de assegurar a igualdade entre os operadores económicos. Igualdade que, por sua vez, resultaria em benefício para a sociedade em geral, *maxime* para os consumidores – “efectivamente, a livre concorrência obrigaria as empresas a baixar os preços e a melhorar a qualidade dos produtos, em ordem a consolidar e aumentar a clientela, o que teoricamente asseguraria os direitos dos consumidores”.¹

2.1 – Crise do modelo liberal

Tal modelo errou nas suas previsões, quer no que concerne ao princípio básico de que a liberdade geraria a igualdade quer, no plano específico das relações económicas, pressupondo a estabilidade das necessidades como factor de transparência do mercado.

¹ Luís Meneses Leitão, O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, pág. 13.

Acontece que, ao contrário do previsto, a liberdade de actuação das empresas gerou situações de desigualdade e a consequente exclusão dos mais fracos, dando origem a oligopólios ou monopólios e á concentração na mão de poucos dos principais sectores da economia. *A consequência lógica do esbatimento da concorrência foi a manipulação dos preços por parte da oferta e a afectação do nível da qualidade dos produtos.*

Um outro fenómeno veio a não corresponder àquela a previsão optimista da sociedade aberta às amplas liberdades, já que a deterioração do mercado operou ainda ao nível do próprio controlo da procura por parte da oferta. Referimo-nos ao que se veio a designar genericamente por *sociedade de consumo*, na qual ironicamente, ultrapassada a satisfação das necessidades básicas do consumidor, quem dita o consumo é o próprio produtor.

2.2 – Características da sociedade de consumo

Poderemos, em largos traços, apontar algumas das características dessa dita sociedade de consumo, profundamente interligadas entre si:

- incremento do desenvolvimento industrial, conexo com o progresso científico e tecnológico;
- aumento do nível de satisfação das necessidades elementares dos consumidores;
- aumento do consumo (aumento da escolha), com diminuição dos encargos com os bens de primeira necessidade;
- desmaterialização das necessidades, que se tornam mais volúveis;
- eclosão de uma verdadeira cultura do consumo (o desenvolvimento deslocou-se do aumento da produção para o incremento do consumo);
- refinamento e elevação do nível de exigência de satisfação das necessidades (“o matar a fome” cedeu perante o “saborear a comida”) (o “descansar” deu lugar ao “ocupar o tempo”);
- diminuição do ciclo de vida dos produtos tendencialmente duradouros (quer porque a evolução técnica os torna ultrapassados quer porque assim foram concebidos, com vista à sustentabilidade das metas da produção);
- a decisão de comprar é um acto mais aleatório e de menor ponderação (é assim que, nas grandes superfícies comerciais, se anunciam produtos a preços convidativos, no intuito de atrair o comprador, que seguramente irá adquirir outros produtos que não pensou comprar; lógica que faz com que sejam disputados por vendedores locais estratégicos para a venda dos seus produtos);
- concentração tendencial dos esforços do sector nas estratégias de comercialização, secundarizando a área de produção;

- eclosão da publicidade como factor preponderante na determinação da escolha dos produtos, em prejuízo da qualidade destes e repercutindo-se em agravamentos dos preços;
- expansão geográfica dos mercados;
- multiplicidade de intermediários;
- produção e comercialização ditam as necessidades do consumidor;
- conflito entre a satisfação das necessidades básicas e o alimentar dos sonhos;
- incremento do crédito ao consumo (depois de se ter deixado de guiar pelas suas necessidades básicas, o consumidor vai deixar também de estar limitado pelos meios financeiros de que dispõe).

2.3 – Reacções – o consumerismo

Todos estes fenómenos resultam em uma manipulação da relação de consumo que está longe do arquétipo de uma sociedade estruturalmente justa. Daí que tenha havido *reacções no sentido de corrigir ou temperar essa ordem de coisas*.

Desde logo, em uma primeira fase, houve uma *intervenção do poder político* no sentido de assegurar a igualdade entre os cidadãos. O Estado-Polícia foi substituído pelo Estado-Providência e, mais tarde, pelo Estado-Social.² Apareceu uma concreta política, *stricto sensu*, mais marcada nos países de cunho socialista, que procurou colmatar as aludidas distorções. Sendo certo que uma das vertentes da intervenção do Estado foi a que visou atenuar o desequilíbrio entre o produtor e o consumidor.

Em uma fase mais adiantada, quando os efeitos mais perversos da sociedade de consumo se começaram a fazer sentir em larga escala, tal política passou a ser acompanhada de (e influenciada por) *reacções de auto-defesa da própria sociedade consumidora*.

A esse conjunto abrangente de reacções de cariz político-social vem-se dando a designação genérica de *consumerismo*³. A palavra provem do inglês *consumerism*. Reporta-se à acção das organizações dos consumidores e à sua participação socio-política, na defesa dos seus interesses, bem como à intervenção nesse sentido dos próprios órgãos políticos. Ou, de uma forma mais concisa, à acção de indivíduos, grupos ou instituições na defesa da melhoria da qualidade de vida e da reposição do equilíbrio entre a produção e o consumo, através da sua intervenção cívica e política.

² Carla Amado Gomes, OS NOVOS TRABALHOS DO ESTADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR, in Estudos do Instituto de Defesa do Consumo, Vol. I, pág. 32.

³ Não confundir com “consumismo”, termo depreciativo referente à marca negativa da sociedade de consumo (enquanto “sociedade consumista”), designando a actividade dos consumidores ditada por publicidade exagerada e alimentada pelo crédito ao consumo e pelas técnicas manipuladoras de marketing.

2.4 – Resenha histórica do movimento consumerista e tipo de intervenção desenvolvida

As suas primeiras manifestações remontam aos finais dos anos 50, com o aparecimento de *associações de consumidores* nos países mais industrializados – EUA, Canadá, países da Europa, Austrália e Japão.

Data dos anos 60 um começo de *intervenção generalizada por parte dos próprios Estados*, em uma primeira fase apenas indirectamente, através de medidas aparentemente tão só de alcance económico e visando a preservação da concorrência e abolição do proteccionismo. Essa evolução veio a ter como ponto marcante a aprovação pela Assembleia Geral da ONU, em 1985, dos princípios orientadores da protecção do consumidor.

Tem como protagonistas privilegiados as *associações de defesa do consumidor*. Damos nota do seu incremento a nível da Europa, onde em 1960 foi criada a IOCU – International Office of Consumers Unions, com sede em Haia. E do seu reconhecimento institucional, com a fundação em 1962, em Bruxelas, por iniciativa da Comissão Europeia, do BEUC – Bureau Européen des Unions de Consommateurs. Em 1974, foi criada em Portugal a primeira associação, a qual tem mantido aliás intervenção de relevo: a DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor.

Mas não só as associações com o escopo expresso de protecção dos consumidores têm protagonizado os interesses destes.

Também as *cooperativas de consumo* (é aliás através destas que são dados os primeiros sinais de organização com vista à defesa de interesses de consumidores⁴), as *organizações de defesa de interesses colectivos ou difusos* (v.g. os inquilinos, os utentes de serviços públicos – de água, de electricidade e de telefones, os telespectadores, os utentes de serviços de saúde), os *sindicatos*, as *organizações feministas* e as próprias *famílias* têm tido papel preponderante.

Refira-se ainda a acção desenvolvida por *institutos públicos* ou com participação do Estado.

De especial relevo, a acção das *organizações* que têm em vista a *cooperação* ou a *arbitragem de conflitos* entre fornecedores de bens ou serviços e consumidores. As quais, muitas vezes, tiveram a sua origem em espontânea concertação dos interessados.

⁴ Ferreira de Almeida, in Direito do Consumo, Almedina, 2005, pág. 15, nota 2, refere a primeira cooperativa de consumo, que surgiu em Manchester, em 1844 – a Rochdale Society of Equitable *Pioneers*.

Quanto ao *tipo de actividade desenvolvida*, referiremos:

- defesa de interesses de grupos;
- informação (informação sobre direitos e deveres; esclarecimento dos consumidores, nomeadamente na área das qualidades de produtos e condições óptimas de sua aquisição);
- formação de opinião pública;
- influência dos órgãos políticos com poder de decisão.
- *Podemos dizer, em suma, que o consumerismo:*
- tem a sua justificação na constatação de um conflito latente entre produtores e consumidores;
- parte do postulado de que os consumidores são a parte mais débil da relação de consumo, carecente portanto de protecção;
- pretende contrabalançar o facto de a cooperação entre os produtores, por força de uma especialização e de uma convergência de interesses profícuas, permitir a manipulação dos consumidores que, por mais dispersos e com menor motivação, não tendem naturalmente a reagir.

3 – FUNDAMENTOS DA POLÍTICA DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

3.1 – Antecedentes

Vimos que um dos objectivos dos que lutam pela causa dos consumidores visa a pressão sobre os órgãos políticos. Natural é que essa influência tenha dado os seus frutos. Também aqui se surpreende uma evolução de que cumpre deixar as linhas genéricas.

Como também já constatámos, nos séculos XIX e XX, verificou-se profunda evolução na ideologia política pós-liberal, do Estado-Polícia ao Estado-Providência e deste ao Estado-Social. A política, *stricto sensu*, procurou cada vez mais intensamente colmatar as distorções no campo da igualdade dos cidadãos que a sociedade de cunho capitalista liberal gerou. Uma das vertentes da *intervenção do Estado*, embora das mais tardias, foi a que visou atenuar o desequilíbrio entre o produtor e o consumidor. Tal política foi acompanhada de (e influenciada por) *reações de auto-defesa da própria sociedade consumidora*.

3.2 – Manifestações

Como marco histórico de primeiro *reconhecimento político* da necessidade de protecção dos consumidores, aponta-se a mensagem ao Congresso do Presidente JOHN KENNEDY, de 15 de Março de 1962 (consumer bill of rights message), na qual ele refere como direitos fundamentais do consumidor os direitos à

segurança, à informação, à escolha e a ser consultado. É dessa mensagem a frase “consumidor, por definição, inclui-nos a todos”. A importância de tal acto político veio a ser consagrado com a proclamação do dia 15 de Março como a data do Dia Mundial do Consumidor. Nos anos 60 e 70, houve várias intervenções de outros presidentes dos USA que secundaram aquela declaração, nomeadamente tendo sido criadas várias agências destinadas à protecção do consumidor, culminando com a instituição, nos anos 80, de uma agência para defesa do consumidor (Agency for Consumer Advocacy), durante a administração do Presidente Carter.⁵

No Japão, foi publicada uma Lei Fundamental sobre a Protecção do Consumidor, em 1968, e criada uma agência de informação para o consumo, em 1971. Na Suécia, a figura de uma espécie de Provedor (Ombudsman) dos Consumidores existe desde 1971, que preside a um Conselho para o Consumo, desde 1976. Na Alemanha, surge também em 1971 o primeiro relatório sobre política do consumo.

Também a nível da comunidade internacional surgem manifestações políticas em prol da defesa do consumidor. Em 1972, a OCDE publica um relatório sobre a política do consumidor nos estados membros. Em 17 de Março de 1973, foi aprovada pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa (Resolução n.º 543) a Carta dos Direitos do Consumidor. Data de 14 de Maio de 1975, um programa preliminar da Comunidade Europeia para uma política de protecção e de informação dos consumidores, o qual foi reforçado em 19 de Maio de 1981. Em 9 de Abril de 1985 é adoptada pela ONU uma Resolução pela qual os estados-membros se obrigam a uma política de protecção do consumidor, nomeadamente a prevenir os riscos para a saúde e segurança física destes. A nível da Comunidade Europeia, pelo Tratado de Maastricht (1992), foi transferida para a União Europeia a competência para legislar em matéria de direito dos consumidores, matéria na qual esta tem produzido legislação profusa (*v.g.* as Directivas 85/374/CEE, 85/577/CEE, 87/102/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE e 99/44/CE, que versam os mais amplos e variados sectores do direito do consumo).

3.3 – Preocupações e objectivos

Verifica-se, portanto, ter havido na segunda metade do século XX uma actividade política com resultados de relevo na área do consumo.

⁵ Segue-se, no essencial, referências colhidas de Luís Meneses Leitão, “O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática”, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, pág. 17 e sgs, e Carla Amado Gomes, Os Novos Trabalhos do Estado: a Administração Pública e a Defesa do Consumidor, *in* Estudos do Instituto de Defesa do Consumo, Vol. I, pág. 34 e sgs.

O qual entroncou em uma já nessa altura consagrada intervenção dos poderes públicos na área da economia, *maxime* por força da necessidade de preservação das regras da concorrência entre as empresas e das preocupações de protecção dos mais desfavorecidos. Mas que só se consolidou a partir do momento em que se fez sentir a vaga de pressões sociais geradas em reacção perante os desmandos atingidos com uma certa manipulação da sociedade de massas. Excessos que tinham propiciado uma completa disfunção entre as necessidades básicas dos cidadãos e o teor dos bens consumidos, legitimando até caracterização desta nova ordem como “sociedade de consumo”.

Se bem que essa política se tenha centrado em um único objectivo – atenuar o desequilíbrio que nas relações de consumo se geraram entre o produtor e o consumidor –, o certo é que se orientou por vectores bem diferenciados.

Tentando surpreender as *principais linhas de força da actuação política em prol do consumo*, constatamos *preocupações* a nível de:

- funcionamento do mercado (preservação da concorrência, transparência, segurança);
- saúde e bem estar dos cidadãos (controle dos preços e da qualidade dos produtos);
- articulação (entre os interesses prosseguidos com as políticas de consumo e outros que com eles concorrem);
- prevenção (informação, educação e participação dos consumidores; criação de normas, ordenatórias ou sancionatórias).

Com esses pressupostos, já no Programa preliminar da Comunidade Europeia para uma política de protecção e de informação dos consumidores, de 14 de Maio de 1975,⁶ se apontavam os cinco grandes *objectivos* de uma política europeia de defesa do consumidor:⁷

- a protecção da saúde e da segurança
- a protecção dos interesses económicos
- a informação e a educação dos consumidores
- a consulta dos consumidores nas matérias que lhes digam respeito
- a integração da política de defesa dos consumidores com outras políticas conexas.»

⁶ JOCE C 92, de 14.04.75.

⁷ Mário Tenreiro, «Novas perspectivas para uma política europeia do consumidor», in *Forum Justitiae*, n.º 1, 1999, pp. 63 e sgs., citado por Carla Amado Gomes, ob. e loc. citados, pág. 35.

Metas que veio a reforçar pelas Resoluções do Conselho de 19.05.81⁸, de 23.06.86⁹ de 9.11.89¹⁰ e de 13.07.92.¹¹

Sendo certo que o artigo 153^o do tratado de Roma, na sua redacção actual, dispõe que “a comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e a organizar-se para salvaguardar os seus interesses”.

Ainda no seio da Comunidade Europeia, foi recentemente elaborado um documento que é paradigmático no que concerne ao reconhecimento do carácter provisório e pouco sedimentado de qualquer política no âmbito da protecção do consumidor. Referimo-nos ao Livro Verde Sobre a Protecção das Consumidores na União Europeia, de 2/10/2001¹², no qual é feito um relatório sobre estado da protecção dos consumidores (tanto a nível comunitário como de cada um dos países que a integram) e se lançam as bases de uma futura orientação conjunta, enunciando as várias opções possíveis com vista à harmonização de normas.

4 – DA DEFINIÇÃO POLÍTICA DE CONSUMIDOR AO DIREITO DO CONSUMO

A propósito da eclosão do direito do direito do consumo, diz Ferreira de Almeida que “a razão de ser das normas, em termos de formulação de um diagnóstico histórico justificativo das intervenções legislativas, é quase consensual”.¹³

4.1 – A transição da preocupação do reequilíbrio negocial do campo político para a ordem normativa

Constitui, na verdade, paradigma de tal afirmação a forma como a pressão social do movimento consumerista desembocou, no último quartel do século XX, em decisões políticas que estão na base da consagração de um conjunto de normas reguladoras das relações de consumo, tendo por escopo essencial a defesa do consumidor.

⁸ JOCE C 133, de 3.06.81.

⁹ JOCE C 167, de 5.07.86.

¹⁰ JOCE C 294, de 22.11.89.

¹¹ JOCE C 186, de 23.07.92.

¹² Desenvolvidamente, sobre o tema, nomeadamente quanto à oportunidade de elaboração de uma directiva que regulasse de uma forma genérica as relações de consumo, Javier Achirica, *EL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, pág. 67 e sgs.

Ver ainda Luís Silveira Rodrigues, *TENDÊNCIAS RECENTES SOBRE A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, pág. 311 e sgs.

¹³ Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pág. 37.

A descrição que atrás deixamos relativas aos principais sucessos políticos das décadas 70 e 80 na área do consumo é sintomática e permite-nos surpreender um incremento dos instrumentos jurídicos no início dos anos 80, que se tem intensificado e não para de aumentar.

Como *objectivo predominante dessa produção normativa*, há quem eleja a protecção dos consumidores em conexão com o funcionamento do mercado.¹⁴ Outros referem uma linha de fundo sobretudo preocupada com o bem estar dos cidadãos. Sendo certo que o mais frequente é admitir-se que ambos os factores se entrecruzam e definem os interesses que catapultam a eclosão de normas na área do consumo.¹⁵

Supomos, todavia, que o mais importante é tentar surpreender o que de estruturalmente novo se nos deparou.

Os quadros do direito civil clássico, que pressupunha uma apriorística igualdade de posições entre os sujeitos de direitos, não estavam preparados para encaixar pacificamente um conjunto de normas que se ocupam de relações em que as posições relativas dos sujeitos é de desigualdade. Muito menos quando o escopo específico dessa regulação visa precisamente a *reposição do equilíbrio entre as partes*.

4.2 – A crise do princípio da autonomia privada

Por intrinsecamente ligada à igualdade, foi também posta em causa a própria liberdade negocial e, em suma, o primado da vontade das partes. Na esteira do que o *princípio da autonomia privada deixou de ser o esteio do direito privado*.

O artigo 405º, n.º 1, do Código Civil dispõe que: “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Contempla-se neste preceito uma tripla liberdade: de celebração, de selecção do tipo negocial e de estipulação.¹⁶ Ora, a igualdade entre as partes é pressuposto imprescindível ao funcionamento da lógica deste amplo princípio de liberdade. Pressuposto que, como já vimos, deixou de se verificar.

¹⁴ Pinto Monteiro, Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 207:

«Assistiu-se ao crescimento das empresas, à massificação do consumo e das trocas, à proliferação dos contratos “standard”, ao aparecimento de uma extrema variedade de produtos, de complexidade técnica cada vez maior, à difusão dos serviços, ao incremento da publicidade, ao desenvolvimento das técnicas de “marketing” e dos métodos agressivos de vendas, etc., etc., etc. Tudo isto agravou consideravelmente situações de desequilíbrio, multiplicou situações de risco e diminuiu as defesas da vítima. O direito tradicional não estava preparado para este “mundo novo”; tornava-se imperioso reformá-lo».

¹⁵ Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, págs. 41 a 44.

¹⁶ Luís Meneses Leitão, *ob. cit.*, pág. 11 e sgs.

Assim, o princípio da autonomia da vontade teve de ser corrigido.

Por um lado, começaram a surgir *mais normas de carácter imperativo*, na área dos contratos. Veja-se, por exemplo o contrato de arrendamento, que cedo começou a sofrer restrições no âmbito da liberdade de conformação, no pressuposto de que a posição do arrendatário era contratualmente mais débil do que a do senhorio.¹⁷

Por outro lado, assistiu-se a um *incremento da utilização de cláusulas gerais*, com vista à correcção de situações de flagrante desequilíbrio. No nosso Código Civil de 1966, um dos mais recentes dentro da tradição europeia, há já uma marcante presença de institutos que disso dão nota, como o abuso do direito (artigo 334º), o princípio da boa-fé (artigos 227º e 762º, n.º 2), a usura (artigo 282º), a alteração das circunstâncias (artigo 437º) e o enriquecimento sem causa (artigo 473º).¹⁸

4.3 – O aparecimento do conceito de consumidor

A *introdução do conceito de consumidor*, como figura jurídica autónoma e verdadeiro sujeito de direitos, data de uma fase mais adiantada, já bem na segunda metade do século XX. Sendo certo que o consumidor já tinha sido reconhecido e mereceu até tutela, por via indirecta, quer nos termos genéricos já referidos de restrições imperativas à liberdade de contratação e difusão de conceitos abertos correctivos, quer através de medidas que visavam no essencial assegurar a concorrência entre as empresas, nomeadamente estabelecendo padrões de qualidade ou tomando medidas contra fraudes.

Integrando-se embora em um fenómeno mais lato de “publicização” do direito privado, é inegável o *surgimento de um corpo de normas que têm como escopo específico a protecção dos interesses dos consumidores*.

Como descreve Luís Menezes Leitão, O DIREITO DO CONSUMO: AUTONOMIZAÇÃO E CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA, in Estudos do Instituto de Direito de Consumo, Vol. I, pág. 19:

«Estas intervenções levaram à sucessiva elaboração de legislação extravagante para tutela dos consumidores, que aparece como objecto directo e

¹⁷ Sobre a figura do arrendatário como consumidor, ver o estudo de Aragão Seia, “A Defesa do Consumidor e o Arrendamento Urbano”, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, 2002, págs. 21 e sgs.

¹⁸ Antunes Varela, “Direito do Consumo”, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 401, refere que se não pode subestimar «o contributo valioso que, na fixação das soluções mais convenientes aos superiores interesses da comunidade é lícito esperar de um Código Civil como o português, de data bem posterior às mais representativas compilações legislativas europeias e que nasceu de dilatados estudos de uma comissão de peritos empenhados em dar ao país, fora de quaisquer pressões político-partidárias, um estatuto privatista à medida das necessidades da sociedade civil do seu tempo».

específico de uma série de diplomas, relativos aos domínios dos danos derivados dos produtos defeituosos e perigosos, contratos de adesão, publicidade enganosa, etiquetagem, vendas ao domicílio, etc., assumindo-se assim como um dos vectores da política legislativa contemporânea. Essa intervenção da ordem jurídica passou pelo reconhecimento da insuficiência da protecção indirecta do contraente débil ou profano para uma protecção directa, através da introdução de medidas especiais que tutelam imediata e principalmente os interesses do consumidor. Daí ter-se começado a desenhar uma tutela orgânica do consumidor, pela articulação das várias facetas em que se desdobra a sua ajuda jurídica, integrada no Estado de Direito Social. Para designar esse conjunto de regras protectoras do consumidor *qua tale* fala-se em Direito do Consumo ou Direito dos Consumidores, a cuja autonomização está subjacente um critério finalista, que é o de que a protecção e promoção dos interesses dos consumidores é o escopo das normas que constituem o seu conteúdo, o seu objecto e o seu domínio de aplicação».

E a verdade é que, desde os finais da década de 70, vem proliferando um movimento geral de reconhecimento normativo dos direitos do consumidor.

Desde logo, com a *publicação de legislação sectorial avulsa*, que vem sendo a forma mais comum de difusão de normas de defesa do consumidor. Acompanhada de *intervenções de relevo nos diplomas fundamentais que regulam o direito civil* (Alemanha, Itália, Holanda e Suíça) ou da publicação de leis gerais visando a tutela do consumidor – as *Leis de Defesa do Consumidor* (Japão – 1968; México – 1975; Finlândia – 1978; Quebec – 1978; Áustria – 1979; Israel – 1981; Portugal – 1981; Luxemburgo – 1983; Espanha – 1984; Grécia – 1991; Eslováquia – 1992; Argentina – 1993; Hungria – 1997; Itália – 1998; Bulgária – 1999).

A via da *codificação* foi também trilhada: o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (1990); o Code de la Consommation Francês (1993); a Proposta de Código da Bélgica (1995).

Em alguns países, houve um reconhecimento expresso do *direito do consumo a nível dos próprios princípios constitucionais*.¹⁹ Assim, em Portugal – 1976; em Espanha – 1978; no Brasil – 1988; na Argentina – 1994.

¹⁹ A propósito do advento do direito dos consumidores à ordem de valores dignos de protecção constitucional, refere José Carlos Vieira de Andrade, OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, págs. 142 e 143:

«Os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário de direitos fundamentais, nascidos nos fins do século XVIII, contra o Estado absoluto, nem são expressão da cidadania democrática: não são direitos à abstenção, isto é, liberdades, nem direitos de participação na vida política. Integram-se, no entanto, perfeitamente no conjunto dos direitos de terceira geração – direitos

Na Europa, a publicação de diplomas sectoriais tem sido incentivado pelo elevado número de *directivas da Comunidade Europeia*, que os países membros vêm regularmente transpondo para o seu direito interno. Dá-se conta das mais relevantes:

- Directivas 85/374/CEE, de 25 de Julho, e 1999/34/CE, de 10 de Maio, relativas á responsabilidade decorrente de produtos defeituosos – transpostas pelos DL 383/89, de 6 de Novembro, e DL 131/2001, de 24 de Abril;
- Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro, relativa a contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (vendas ao domicílio e por correspondência) – transposta pelo DL 272/87, de 3 de Julho;
- Directivas 87/102/CEE, de 22 de Dezembro, 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro, e 98/7/CE, de 16 de Fevereiro, relativas ao crédito ao consumo, transpostas pelos DL 359/91, de 21 de Dezembro, e DL 101/2000, de 2 de Junho;
- Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, relativa a cláusulas abusivas em contratos com os consumidores – transposta através de alterações ao DL 446/85, de 25 de Outubro (cláusulas contratuais gerais) introduzidas pelos DL 220/95, de 31 de Janeiro, e DL 249/99, de 7 de Julho;
- Directiva 94/47/CE, de 26 de Outubro, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, transposta por alterações ao DL 275/93, de 5 de Agosto (direitos reais de habitação periódica), introduzidas pelo DL 180/99, de 22 de Maio;
- Directiva 1997/7/CE, de 20 de Maio, relativa a protecção à protecção de consumidores em contratos à distância, transposta pelo DL 143/2001, de 26 de Abril;
- Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio, relativa a venda de bens de consumo, transposta pelo DL 67/2003, de 8 de Abril.

Em nota final, julgamos não ser exagerado concluir que, por influência da reformulação de princípios que a política de defesa dos consumidores induziu, se operou, *maxime* na área dos contratos, uma *alteração essencial dos aspectos fundamentais do direito privado*.²⁰

económicos e sociais –, que, sendo impensáveis na época liberal, se revelaram como atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da sociedade técnica de massas. (...) A justificação que se dá para tal consagração é a da necessidade de proteger as pessoas enquanto consumidores de bens e serviços no contexto das relações económicas, tendo em conta as condições de produção, distribuição e consumo em massa típicas das sociedades actuais.” (...) O consumidor toma-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua subalternidade e vulnerabilidade na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a bens e serviços essenciais, que não pode deixar de adquirir».

²⁰ Aliás, é a protecção dos consumidores uma das principais forças dinamizadoras do movimento no sentido da reformulação e unificação do direito privado europeu – ver referências... Direito europeu do consumo e direito europeu de contratos – Comissão para Elaborar um Direito Privado Europeu – 4 opções e sua análise.

III – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO CONSUMO

1 – DIREITO DO CONSUMO VERSUS DIREITO DO CONSUMIDOR

Uma questão fundamental e aparentemente apenas de relevância terminológica vem dividindo a doutrina que se debruça sobre este ramo do direito.

1.1 – Direito do consumidor

Pinto Monteiro define o direito do consumidor como «o conjunto de princípios e regras destinados à protecção do consumidor».²¹ Nessa linha, entende ser *mais adequado falar de direito do consumidor* e não de direito do consumo, o que filia em uma tripla ordem de razões.

Desde logo, seria mais correcto do *ponto de vista teleológico* (da *ratio* e finalidade do direito):

“Não é o consumo, enquanto tal, que é visado pelas regras que constituem este novo ramo do direito. Verdadeiramente do que se trata é de disciplinar a produção e a distribuição de bens, assim como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor”.²²

Também do *ponto de vista constitucional* se justificaria essa opção, que é a que emana do nosso diploma fundamental. Assim, nos artigos 60º e 81º, i), da Constituição da República Portuguesa, visa-se a defesa dos “direitos dos consumidores” e, no artigo 99º, e), estabelece-se como objectivo da política comercial a “protecção dos consumidores”. Aliás, a nossa lei-quadro, Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, intitula-se significativamente Lei de Defesa do Consumidor. E o Tratado da União Europeia dedica o seu Título XI, artigo 129º-A, à “defesa dos consumidores”.

Invoca ainda em favor dessa escolha um *argumento de ordem institucional* – o organismo público que define e actua a política de defesa do consumidor é o Instituto do Consumidor.²³

²¹ Pinto Monteiro, “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal”, in Estudos de Direito do Consumidor, N.º 4, 2002, pág. 121.

²² Pinto Monteiro, ob. e loc. cit.

²³ Este organismo foi criado pela primitiva Lei de Defesa dos Consumidores (Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto), com a designação, na altura, de Instituto Nacional de Defesa do Consumidor. O acervo das suas funções e a sua estrutura estão ora regulados no DL n.º 195/93, de 24 de Maio.

Refere, por fim, ser essa a designação mais utilizada a nível internacional, tanto pelos textos legais como pela doutrina.²⁴

1.2 – Direito do consumo

Já Ferreira de Almeida,²⁵ reconhecendo embora o uso generalizado em vários sistemas jurídicos de “direito do consumidor” *manifesta a sua preferência pela expressão “direito do consumo”,* delimitando «o objecto do direito do consumo por referência a situações jurídicas de consumo, englobando nesta expressão: – as relações jurídicas criadas por efeito de contratos, de negócios jurídicos unilaterais e de outros actos jurídicos de consumo, - outras situações jurídicas originadas por contactos, efectivos ou potenciais, entre entidades que exercem actividades de produção ou de fornecimento para consumo e os seus destinatários finais e – os litígios (e a prevenção de litígios) decorrentes de quaisquer situações jurídicas de consumo». Delimitação que «deixa propositadamente em aberto o que, para o efeito, deva ser considerado consumo». Conceito que há-de variar em função das escolhas que vierem a ser tomadas em determinadas situações de tempo ou lugar.

Para a sua opção, deixa também três argumentos. Desde logo, *a figura de consumidor é uma abstracção,* não correspondendo a nenhum grupo ou categoria concreta de pessoas. Depois, *o consumidor não é personagem única no campo do direito do consumo,* onde se nos deparam outros sujeitos que se não identificam necessariamente com ele (v.g. o aderente, o cliente, o adquirente, o utente, o lesado ou o destinatário).²⁶ Por fim, no âmbito do direito do consumo pululam muitas *normas que não têm por escopo a protecção do consumidor* (v.g. as relativas a horários de estabelecimentos) ou que são até em relação a ele “desprotectoras” (v.g. as que proíbem vendas com prejuízo).

1.3 – Crítica. Remissão

Não nos parece que haja interesse em neste momento aprofundar a questão. Devemos, no entanto, desde já anotar que o *direito do consumo* (ou do consumidor), se é que ele existe (ou porque existe), pela sua juventude e pujança, *resvala forçosamente para terreno movediço e inseguro, quando reportado aos esquemas*

²⁴ Assim, no Brasil, como em Portugal, o termo mais comumente utilizado é “direito do consumidor”; como na língua alemã é “verbraucherrecht” e em inglês “consumer law”.

²⁵ Carlos Ferreira de Almeida, “Direito do Consumo”, Almedina, 2005, págs. 71, 72.

²⁶ Frisando tal nota, Sandrina Laurentino, Os Destinatários da Legislação do Consumidor, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, 2000, pág. 434.

*tradicionais do direito. Aliás, idêntica sensação nos irá percorrer ao analisar outras questões como a sua autonomia científica ou legal ou a conveniência da sua codificação.*²⁷

2 – DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR. O ACTO DE CONSUMO E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

2.1 – O consumidor

A figura do consumidor não cabe em uma definição categorial e descritiva antes pressupondo uma aproximação de tipo tópico-pragmático. Na verdade, como já foi referido, *os consumidores não integram um grupo ou uma categoria de pessoas objectivados. Antes correspondem a uma abstracção historicamente construída a partir de uma situação relacional que se entendeu carecente de correcção para reposição de um equilíbrio desejado ou prosseguido.*²⁸

Sobre a sua eclosão, aponta Menezes Leitão²⁹ uma «mudança de paradigma na concepção dos sujeitos contratuais. Passa-se de uma ideia de um contraente jurídico universal, absolutamente livre de exercer a sua autonomia privada para os mais diversos interesses, para a descoberta de um contraente com fisionomia própria, concretamente situado nas relações da sociedade e que portanto pode estar numa situação económica menos vantajosa do que a outra parte. É por essa via que surge no Direito privado um novo conceito jurídico: o de consumidor».

Daquela abordagem em termos abstractos somos assim remetidos para uma análise residual, no sentido de que *o conceito de consumidor terá afinal o alcance que a lei ou a dogmática jurídica lhe vierem casuisticamente a impor.*³⁰

²⁷ Para uma breve panorâmica sobre o emprego de cada uma das designações, nomeadamente a predominância do termo “direito de consumo” nas legislações e doutrinas francófonas, Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, págs. 16 e 17, sobretudo nas notas 7 a 10.

²⁸ Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, pág. 27, refere que “a introdução no direito da figura do consumidor se justifica pela sua condição de debilidade, fraqueza ou vulnerabilidade”. Não obstante, questiona a sua não identificação com os problemas de pobreza, nomeadamente o alheamento sistemático das políticas de consumo relativamente aos problemas da miséria, da malnutrição e da exclusão em favor dos mercados ricos e desenvolvidos – pág. 28.

²⁹ Luís Menezes Leitão, O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática, *in* Estudos do Instituto de Direito de Consumo, Vol. I, pág.19.

³⁰ É nesse pressuposto que Ferreira de Almeida, *in* Direito do Consumo, pág. 29, conclui que «a análise comparativa dos conceitos técnico-jurídicos de consumidor, legais ou doutrinários, pode efectuar-se através de uma estrutura composta por quatro elementos – subjectivo, objectivo, teleológico e relacional».

2.2 – Noções legais de consumidor

Debrucemo-nos sobre algumas noções legais de consumidor.

Nos termos do *artigo 2º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho)*, «considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestado serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios».

No *Brasil*, o Código de Protecção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, de 12.09.90), define consumidor no artigo 2º como «toda a pessoa física ou jurídica que adquira ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final».

Em *Espanha*, A Lei Geral de Defesa dos Consumidores (Lei 20/84, de 19 de Julho) diz no seu artigo 1º serem consumidores «as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizam ou gozam, como destinatários finais, bens móveis ou imóveis, produtos ou serviços».

Em *Itália*, a Lei Geral sobre o Direito dos Consumidores e dos Utentes, de 1998, refere no artigo 2º serem consumidores «as pessoas físicas que adquirem ou utilizam bens ou serviços por motivo não reportável à actividade empresarial e profissional eventualmente desenvolvida».

Já no § 13 do *Código Civil Alemão* (reforma que entrou em vigor em 1.1.2002), «consumidor é toda a pessoa física que celebre um negócio jurídico com intuito que não possa ser atribuído a uma sua actividade comercial ou profissional liberal».

A *Ley de Defensa del Consumidor Argentina* (ley 24240) dispõe no seu artigo 1º que se «consideram consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título oneroso para seu consumo final ou benefício próprio ou do seu grupo familiar ou social».

Pelo artigo 2º, b), da *Directiva 93/13 CEE*, de 5 de Abril de 1993 (relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores), é consumidor «qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional».

2.3 – Elementos da noção de consumidor: subjectivo; objectivo; teleológico; relacional. Sua interpenetração. O acto de consumo e a relação de consumo

São quatro os *elementos que se vêm apontando como compreendidos na generalidade das definições legais de consumidor*.³¹

Desde logo um *elemento subjectivo*, que passa pela pergunta de quem possa ser consumidor. Se compulsarmos as definições legais supra, verificamos o diferente alcance, nesse aspecto, das leis alemã e italiana em relação às brasileira, espanhola ou argentina. Enquanto para aquelas apenas as *peçoas físicas* são consumidoras nestas últimas estende-se a qualidade também às *peçoas jurídicas*. Já a Directiva 93/13/CEE adopta a primeira das soluções, mais restritiva.^{32 33}

No artigo 2º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, não se toma posição expressa, ficando-se pela expressão “todo aquele”. A doutrina vem interpretando a nossa opção legislativa com alcance diverso. Há quem, não concebendo o consumo não profissional de pessoas colectivas, exclua estas da noção legal de consumidor.³⁴ Outras posições mais moderadas advogam uma interpretação menos exigente, fazendo incidir o critério essencial no *intuito profissional ou não profissional da intervenção*.³⁵

Propendemos para este último entendimento.

³¹ Em análise desenvolvida sobre os elementos da definição de consumidor, confrontar Luís Menezes Leitão, ob. cit., págs. 19 a 22 (reporta-se em primeira linha apenas aos elementos subjectivo, objectivo e teleológico, acabando por concluir que também o requisito relacional é fundamental para a caracterização do conceito de consumidor), Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., págs. 29 a 36 (para quem – pág. 29 – «este modelo analítico parece para o efeito adequado e neutro, porque permite enquadrar todas as variantes possíveis, desde aquelas em que os quatro elementos coexistem até aquelas outras em que alguns deles ficam vazios – na prática, os elementos objectivo e/ou relacional»), e Sandrina Laurentino, ob. cit., págs. 415 a 434 (esta última não se referenciando directamente a cada um daqueles elementos).

³² Menezes Leitão, ob.cit., pág. 22 e nota 44, chama a atenção para o facto de a legislação comunitária europeia vir adoptando em regra esta noção mais estrita.

³³ Na legislação sectorial nacional que visou a transposição de directivas comunitárias, restringe-se a definição de consumidor às pessoas singulares nos DL n.º 359/91, de 21 de Dezembro, que transpôs as Directivas 87/102/CEE, de 22 de Dezembro, e 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro, relativas ao crédito ao consumo, e DL n.º 143/2001, de 26 de Abril, que transpôs a Directiva 1997/7/CE, de 20 de Maio, relativa a protecção à protecção de consumidores em contratos à distância.

³⁴ É o caso de Carla Amado Gomes, Os Novos Trabalhos do Estado: A Administração Pública e a Defesa do Consumidor, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, págs. 38 e 39, embora defenda solução diversa, *de jure condendo*; ou de Luís Menezes Leitão, ob. cit., pág. 29.

³⁵ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 35, que parece propender para a adopção do critério da finalidade como determinante, mesmo no caso de pessoas jurídicas; Sandrina Laurentino, ob. cit., pág. 30, dentro da figura dos consumidores equiparados.

Por um lado, aquela interpretação mais rigorosa só dificilmente conseguiria articular com o dito preceito a legislação sectorial que parece incluir as próprias pessoas colectivas, em certas circunstâncias, no conceito de consumidor. Veja-se, por exemplo, o artigo 17º do DL 446/85, de 25 de Outubro (cláusulas contratuais gerais) que, interpretado *a contrario sensu*, admite a pessoa colectiva, que não actue na qualidade de empresário e no âmbito da sua actividade específica, como destinatária das normas aplicáveis aos consumidores finais, nos termos do artigo 20º do mesmo diploma. Ou a artigo 1º, n.º 3, do DL 23/96, de 26 de Julho (serviços públicos essenciais), que expressamente inclui no âmbito de «utente, para os efeitos previstos neste diploma, a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo».

Por outro lado, não julgamos que a objecção de que é outra a opção que se colhe nas Directivas Comunitárias seja determinante, pois é postulado indiscutível do direito comunitário o princípio de que a vinculação dos Estados membros se deve pautar por uma cláusula mínima de protecção (princípio de harmonização máxima), sendo certo que da extensão do conceito de consumidor sempre resultará para este um mais elevado nível de protecção. Princípio que, nomeadamente, está enunciado expressamente no artigo 8º da Directiva 93/13/CEE - «os Estados-membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor».

Voltando ao conspecto das normas definidoras de consumidor, verificamos a existência em quase todas elas de uma referência àquilo sobre que possa incidir o direito do consumidor. Estamos a falar do *elemento objectivo* definidor do seu conceito.

No artigo 2º, n.º 1, Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), «bens, serviços ou direitos. No Brasil, «produtos ou serviços». Em Espanha, «bens móveis ou imóveis, produtos ou serviços». Em Itália, «bens ou serviços». Já nos direitos alemão e argentino, bem como na Directiva 93/13/CEE, não é feita nenhuma referência ao elemento objectivo.

Supomos ser esta última a atitude mais correcta. Ou, em alternativa, uma referência genérica a “bens”. Na verdade, sendo esse elemento, por definição, tudo o que possa consubstanciar a satisfação das necessidades de alguém,³⁶ qualquer menção ao universo dos bens que integrem tal categoria só poderia ganhar relevância em termos restritivos ou de exclusão. E mesmo esta conclusão nos parece de rejeitar, já que só em casos excepcionais deverá ser dado sentido a uma simples omissão.

³⁶ Parece-nos, por isso, desinteressante uma certa discussão sobre a pertinência ou não do dinheiro ao universo dos bens que podem ser objecto das relações de consumo. É óbvio que só o não será quando servir de mero meio de pagamento.

Efectivamente, e exemplificando, não nos parece que, mesmo que nas definições em análise se omitisse a referência a “serviços”, se considerassem excluídos os casos em que estes fossem o objecto da relação jurídica.³⁷

Pelo exposto, defendemos a consideração das referências legais ao elemento objectivo com um alcance meramente enfático.

Mais relevante para a aproximação ao conceito de consumidor é o chamado *elemento teleológico*. Importa determinar qual a finalidade a que se destinam os bens, assim se elegendo a função típica do acto de consumo.

Retomando os preceito supra considerados, verifica-se que os seus enunciados variam, nesse particular, entre *formulações positivas ou negativas*. Sendo certo que as positivas se reportam à afirmação de que apenas se consideram os que são destinatários finais dos bens (Brasil – «destinatário final»; Espanha – «destinatários finais»; Argentina – «para seu consumo final ou benefício próprio ou do seu grupo familiar ou social»), enquanto as negativas se referem à exclusão dos casos em que os bens são destinados a uso comercial ou profissional (Portugal – «destinados a uso não profissional»; Itália – «por motivo não reportável à actividade empresarial e profissional eventualmente desenvolvida»; Alemanha – «com intuito que não possa ser atribuído a uma sua actividade comercial ou profissional liberal»; Directiva 93/13 CEE «fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional»).

Ora, a formulação negativa é própria das previsões que restringiram às pessoas singulares o conceito de consumidor. Tendo sentido necessidade de excluir também as que podem ser equiparadas às pessoas colectivas, quando desempenhem actividade empresarial ou profissional.

Vê-se, portanto, que há uma *complementaridade evidente entre os elementos subjectivo e teleológico*. Mais se torna evidente que o elemento teleológico é o fulcral na definição do conceito de consumidor. Pelo que *a tendência será a de menosprezar o elemento subjectivo e reconduzir o teleológico à sua dimensão mais lata* – o destinatário final dos bens, pessoa física ou jurídica. Na verdade, se a desigualação que se pretende reequilibrar nasce de uma especialização que é própria daquele que se dedica a uma actividade de produção ou de comercialização, *não há razão para excluir da protecção das normas do direito do consumo aqueles que, embora*

³⁷ Poder-se-ia pretender haver interesse em enunciar ou excluir em casos como o do n.º 2 do artigo 2º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho: «consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos». Sem razão, já que o que aqui está em causa não é o objecto da relação mas sim a qualidade dos seus intervenientes.

comerciantes, são destinatários finais dos bens.³⁸ E muito menos para só considerar consumidores os destinatários finais, profissionais ou empresários, que são pessoas físicas, que não também as pessoas colectivas. Há até quem vá mais longe e, louvando-se no espírito da lei e em um princípio de equidade, defenda a *extensão do conceito de consumidor ao profissional que faça um uso profissional do bem não enquadrado no âmbito do seu ramo profissional*.^{39 40 41 42} O que se poderia aplicar, nas legislações em que não há nenhuma restrição nesse sentido, às próprias pessoas colectivas.⁴³

Refira-se, por último o *elemento relacional* do conceito de consumidor.

O qual está intrinsecamente ligado à *ratio* a que acabámos apelar e que dá relevo à *relação de consumo enquanto fenómeno que tem imanente uma desigualdade que cumpre temperar através de normas protectoras do consumidor*. Da qual decorre que nem toda a aquisição de um bem como destinatário final é relevante em termos de consumo. Para tal terá o transmitente de agir naquela condição de superioridade, que só se verifica em quem age profissionalmente. Não sendo considerado consumidor aquele que adquire um bem de um particular que lho venda em segunda mão. De tal forma é evidente esta noção, que não se tem sentido a necessidade de tal referir nas definições legais de consumidor. O artigo 2º, n.º 1, da Lei 24/96, constitui nesse aspecto excepção, ao incluir na definição de consumidor o requisito «fornecidos bens, prestado serviços ou transmitidos quaisquer direitos (...) por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios».

³⁸ Sandrina Laurentino, ob. cit., págs. 421 e sgs, aponta um conceito de consumidor final em sentido lato, de origem económica, que corresponderia àquele que adquire um bem não para revenda, e outro em sentido estrito, que será o adoptado na nossa lei, tendo por critério a finalidade do uso.

³⁹ João Calvão da Silva, RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR, pág. 63, nota 2.

⁴⁰ Sandra Laureano, ob. cit., págs. 426 e 427, reportando-se a ensino oral do Prof. Pinto Monteiro.

Esta autora dá exemplo de situação inversa àquela, que é a do mecânico de automóveis que adquire um automóvel para uso particular, advogando uma conseqüente interpretação restritiva do conceito legal de consumidor, neste caso.

⁴¹ Ruben Stiglitz, CONTRATO DE CONSUMO Y CLAUSULAS ABUSIVAS, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 309, refere a exclusão que, nesse aspecto, é expressamente efectuada na lei argentina (artigo 2º, § 2, da ley 24240: «não terão o carácter de consumidores ou usuários aqueles que adquiram, armazenem, utilizem ou consumam bens ou serviços para os integrar em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços».

⁴² Ferreira de Almeida, ob. cit. pág. 50, assume uma posição mais eclética, defendendo que «sem prejuízo das políticas especiais subjacentes a conceitos mais latos de consumidor e a institutos jurídicos já assimilados pelo direito comum, parece, em princípio, mais ajustado que, quando se adopte um conceito genérico e supletivo de consumidor, ele se contenha em limites restritos, relacionados apenas com o uso pessoal ou familiar de bens fornecidos (ou disponíveis para fornecer) por quem exerça uma actividade profissional».

⁴³ Definitivamente nesse sentido, louvando-se em uma interpretação maximalista do conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, Tiago Machado de Freitas, A EXTENSÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR EM FACE DOS DIFERENTES SISTEMAS DE PROTECÇÃO ADOPTADOS POR BRASIL E PORTUGAL, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, págs. 402 a 410.

Uma crítica é, no entanto, feita à inclusão na lei de tal menção, que é a de que nem sempre a relação de consumo tem fonte contratual.⁴⁴

Analisados que foram os requisitos do conceito de consumidor, importa no entanto alertar que *uma teoria dos actos de consumo se não pode quedar pela consideração isolada dos elementos daquele*.

Desde logo, são pertinentes duas considerações de *Ferreira de Almeida*,⁴⁵ chamando atenção para o facto de *nem a figura do consumidor esgotar a referência subjectiva a entidades carecentes de protecção* através de normas relacionadas com o consumo (vg, o aderente, o adquirente, o utente, o lesado, o destinatário) *nem o próprio conceito de consumidor ser uma categoria estável* dentro da mesma ordem jurídica. O que tudo aconselhará a opção por um *conceito operativo de consumidor*, repositório de uma determinada política que sedimentará soluções que resultem do diálogo entre as várias razões que se apontaram.

Daí também a solução eclética e restritiva que este ilustre professor toma quanto ao conceito de consumidor que julga vertido na actual conjuntura,⁴⁶ preferindo «delimitar o objecto do direito do consumo por referência a situações jurídicas de consumo, englobando esta expressão» relações jurídicas criadas por actos jurídicos de consumo, outras situações jurídicas conexas, bem como litígios e sua prevenção, daqueles decorrentes. O consumo subsistirá como conceito aberto a preencher casuisticamente, conforme as escolhas legislativas. Preferindo “direito do consumo” a “direito do consumidor”, descreve o seu objecto como incluindo contratos, negócios jurídicos unilaterais, responsabilidade civil do produtor e do fornecedor, direito internacional privado de consumo, regimes jurídicos relativos às actividades de produção e de comercialização de bens e da prestação de serviços, resolução de litígios e estatuto de instituições.

3 – MODELOS DE PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR (MODELO DE AUTOTUTELA; MODELO DE CONTROLO ADMINISTRATIVO; MODELO DE CONTROLO JUDICIAL)

A eclosão da figura do consumidor como carecente de tutela protectora foi já por nós reportada à segunda metade do século XX, altura em que se assiste ao incremento da sociedade técnica de consumo, gerada pelo consumo de massas.

A certa altura, tornou-se patente a diferença de forças em termos de manipulação do mercado, entre os produtores e os consumidores, o que gerou o também já analisado movimento consumerista, caracterizável como o conjunto de acções e de medidas com vista à protecção da “sociedade consumidora”.

⁴⁴ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 36.

⁴⁵ Ferreira de Almeida, ob. cit., págs. 46 e sgs.

⁴⁶ Ferreira de Almeida, ob. cit., págs. 52 e 53.

Todos os *interesses* que são consagrados em determinada sociedade passam por um *processo de revelação idêntico: afirmação, reconhecimento e sedimentação*. Afirmação, por parte dos seus titulares; reconhecimento político da sua relevância, com medidas protectoras específicas; sedimentação, através da criação de normas jurídicas que os tutelam. Esta evolução não é um fenómeno estanque e homogéneo, coexistindo as três manifestações no tempo e interpenetrando-se.

No que concerne à protecção dos interesses dos consumidores, *fazem-se corresponder a cada uma daquelas facetas modelos distintos: modelo de auto-tutela; modelo de controlo administrativo; modelo de controlo judicial*.

3.1 – Modelo de autotutela

Assim, deparamos com um *conjunto de acções individuais, colectivas ou institucionais que visam a defesa da melhoria da qualidade de vida e a reposição do equilíbrio entre produtores e consumidores*. Têm como instrumento privilegiado a intervenção cívica e política.

Fizemos já uma sumária alusão às suas principais manifestações, que remontam aos finais dos anos 50, com o aparecimento de associações de consumidores, que cedo evoluem para associações de defesa de consumidores. Passam também pelo reconhecimento político, com mais ou menos comprometidas declarações de princípios e pela acção de cooperativas de consumo e de outras organizações, nomeadamente as de defesa de interesses colectivos ou difusos. Tal actividade é por vezes tutelada pelo próprio Estado, através da acção de institutos que este para o efeito cria e financia. De notar ainda o importante contributo de organizações, criadas espontaneamente ou através de patrocínio estatal, que têm em vista a cooperação ou a arbitragem de conflitos entre fornecedores de bens ou serviços e consumidores.

Anote-se que esta *intervenção autotuteladora* não se limita a uma defesa directa dos interesses dos consumidores, estendendo também a sua actividade a tarefas conexas como a informação dos consumidores, a formação de opinião pública e o próprio tráfico de influências políticas.

3.2 – Modelos de controlo administrativo e de controlo judicial

Mas há, em contraposição a este modelo de autotutela, outras formas de protecção do consumidor que, ao contrário daquela, *resultam de uma imposição por parte de um poder constituído*. As quais podem, por sua vez, assumir duas vestes: *actos ou medidas que objectivam uma concreta política de protecção do consumidor* (seja ela por referência a uma simples conjuntura ou no cumprimento de princípios mais sedimentados e na garantia do exercício de direitos); *reconhecimento de um direito*. No primeiro caso, falar-se-á em um modelo de *controlo administrativo*; no segundo, de um modelo de *controlo judicial*.

Se, por exemplo, atentarmos no rol de direitos dos consumidores constante do artigo 60º da Constituição da República Portuguesa⁴⁷ (ou do artigo 3º da Lei de Defesa do Consumidor - Lei 24/96, de 31 de Julho⁴⁸), encontramos previsões que contemplam a protecção do consumidor através de um ou de outro modelo. As quais se distinguem porquanto as primeiras visam o direito do consumidor a que o Estado tome determinadas medidas ou prossiga determinados objectivos, enquanto as segundas lhe concedem um direito que subsiste independentemente dessa actividade do Estado e que o consumidor pode invocar perante quem quer que seja, nomeadamente através de interpelação judicial.⁴⁹

Assim, nitidamente *do primeiro tipo serão* os direitos à formação e à educação para o consumo, à participação na definição na lei ou à protecção dos seus interesses económicos. Já o direito à reparação dos danos visa tipicamente a tutela judicial.

No entanto, *a maior parte deles pode ser actuado tanto por uma como por outra via*. Assim, o direito à qualidade dos bens ou serviços consumidos, à saúde ou à segurança, que tanto podem ser assegurados pelos órgãos do Estado como reconhecidos e garantidos através de intervenção judicial.

⁴⁷ É o seguinte o teor do artigo 60º da Constituição, sob a epígrafe “Direitos dos consumidores”:

«1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos».

⁴⁸ O artigo 3º da Lei de defesa do Consumidor, sob a mesma epígrafe, dispõe:

«o consumidor tem direito:

- a) À qualidade dos bens e serviços;
- b) À protecção da saúde e da segurança física;
- c) À formação e à educação para o consumo;
- d) À informação para o consumo;
- e) À protecção dos interesses económicos;
- f) À prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos;
- g) À protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta;
- h) À participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses».

⁴⁹ Ao descrever a estrutura dos direitos fundamentais (e sem neste momento de discutir a possível inclusão do direito do consumidor nestes), costuma-se apontar aquelas duas facetas: a vertente positiva (ou vertical), que permite ao titular do direito exigir do Estado medidas que assegurem o gozo do seu direito (direito subjectivo público) e a vertente negativa (ou horizontal) que lhe dá a faculdade de exigir de quem quer que seja o respeito pelo seu direito.

3.3 – Sua complementaridade. Campos preferenciais de intervenção

Decorre do exposto que *tanto a autotutela como os controlos administrativos ou judicial são modelos que tendencialmente se interpenetram e complementam, embora cada um deles tenha o seu tempo e sector de actividade mais apropriados de intervenção.*

É um pouco nessa linha que Isabel Afonso, interrogando-se sobre a melhor adequação à problemática das cláusulas contratuais gerais do controlo administrativo ou do controlo judicial, refere⁵⁰ que «qualquer dos sistemas de controlo referidos tem implicações que exigem uma ponderação cuidada». Mais anotando que «se há sectores económicos que poderiam estar submetidos a um controlo administrativo, falamos no sector financeiro e nos serviços essenciais, sem prejuízo de submissão a um controlo judicial dito repressivo sempre que necessário, existe vasta área da actividade económica que não se compadece com a morosidade que um controlo administrativo pode significar».

Podemos em suma concluir que *a predominância de um ou de outro daqueles modelos de protecção do consumidor terá sempre muito a ver com o grau de desenvolvimento económico, com as opções políticas e com as tradições culturais.*^{51 52}

⁵⁰ Isabel Afonso, CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, pág. 476.

⁵¹ É precisamente pela falta de respeito por uma certa tradição e ambiente jurídico-cultural que o Prof. Antunes Varela, DIREITO DO CONSUMO, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 395, se lamenta face à nova Lei do consumidor, que «não alterou o carácter administrativo das normas fundamentais da tutela dos consumidores, ao mesmo tempo que definiu de novo as categorias legais de consumidor e do fornecedor em termos de manter, sem nenhuma espécie de dúvida, o carácter privatista das relações que continua e numerosamente se formam a todo o momento entre os fornecedores dos produtos ou serviços e os consumidores».

⁵² Um dos factores a ter em conta é seguramente o da maior ou menor vocação que os consumidores possam ter para recorrer aos tribunais a fim de defender os seus direitos. São bem pouco encorajadores os números que nos são fornecidos por Maria Cristina Portugal – A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇOS, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, 2001, pág. 348:

«Uma sondagem de opinião a realizada pelo Eurobarómetro entre 1 de Novembro e 15 de Dezembro de 1999 revelou que, perante um conflito de consumo ocorrido no próprio país: 13% dos europeus recorreriam aos tribunais por menos de € 100; 5% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 100; 11 % dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 200; 17% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 500; 15% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 1.000.

As justificações que os inquiridos apresentaram para não recorrer aos tribunais por um valor inferior àquele que declararam foranl: 73% por os custos do procedimento serem demasiado elevados comparativamente com o valor do bem ou serviço; 22% porque o procedimento seria demasiado longo; 22% por acharem que seria demasiado complicado».

4 – CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1 – Instrumentalidade

Sendo o direito do consumidor, na sua essência, um conjunto de princípios e regras destinadas à protecção do consumidor,⁵³ é inegável que o seu cunho específico mais marcante há-de ser precisamente a sua instrumentalidade em função daquele seu desígnio pré-estabelecido – a defesa do consumidor.⁵⁴

É desta referência teleológica que, como veremos, decorrem no essencial as suas demais características.

4.2 – Pluridisciplinaridade

Desde logo, como todo o direito de natureza institucional, arrasta no seu seio um conjunto de normas que, em uma classificação estrutural, se situam nos mais diversos ramos do direito, sejam de direito público ou privado, de direito civil ou penal, com feição substantiva ou processual. Bem como preceitos que se integram em outros institutos que com ele concorrem, como o direito comercial, o direito fiscal e o direito económico.⁵⁵ Daí, a sua vertente pluridisciplinar.⁵⁶

4.3 – Carácter colectivo

Intrinsecamente ligada ao conceito de consumidor, surge uma outra nota específica. Sendo este um ente abstracto e situacional, que apenas releva em termos sociais e políticos como classe, o direito que o tem por titular assume um carácter colectivo (por vezes até difuso), que condiciona vários aspectos do seu regime, desde uma nova conformação da figura da legitimidade para o exercício dos direitos, até à extensão do caso julgado a pessoas estranhas à lide ou à socialização dos riscos de actividade.

4.4 – Retorno ao formalismo

Um certo retorno ao formalismo é também consequência do escopo essencial de protecção que o direito do consumidor assume. É, na verdade, a necessidade de esclarecimento da parte aprioristicamente mais fraca na relação de consumo que

⁵³ Pinto Monteiro, *SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, pág. 121.

⁵⁴ Pinto Monteiro, *DO DIREITO DO CONSUMO AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pág. 212.

⁵⁵ Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, pág. 27.

⁵⁶ Cunha Rodrigues, *AS NOVAS FRONTEIRAS DOS PROBLEMAS DE CONSUMO*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pág. 50.

Este autor refere o direito do consumidor como pluriforme e fragmentário. Não me parece todavia que tais aspectos mereçam autonomia, já que, por um lado, se podem reconduzir a facetas da interdisciplinaridade e, por outro lado, aparentam não ser fenómenos definitivos.

impõe o recurso a maiores exigências de forma, com vista ao incentivo a uma melhor reflexão. Por outro lado, a tipificação de certos modelos de contratos atenua a possibilidade da sua manipulação por parte do contraente mais poderoso e esclarecido.⁵⁷

5 – AUTONOMIAS CIENTÍFICA E LEGAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Saber até que ponto as especificidades do direito do consumidor justificam a sua autonomia e que consequências nos é permitido desta retirar é a questão sobre a qual, de seguida, nos iremos debruçar.

Alertaremos desde já que entendemos que o cerne da questão se deve centrar, quanto a nós, no que atrás considerámos como a característica essencial do direito do consumidor – a sua função instrumental por referência à defesa do consumidor –, legitimadora ou não de uma autonomia institucional daquele.

É dentro desta linha que Pinto Monteiro vem defendendo que o direito do consumidor é um direito especial, de cariz essencialmente finalista. Nas suas palavras:

«O direito do consumidor emerge, assim, também como manifestação da insuficiência, perante a realidade contemporânea, da dicotomia adicionalmente estabelecida entre direito público e direito privado. De facto, o surgimento de fenómenos de massa, que ocupam o ciclo da actividade económica que vai da produção ao consumo, acarreta conflitos aos quais o direito é chamado a dar resposta. Este novo tipo de conflitualidade reclama um conjunto articulado de medidas, que não pode deixar de traduzir-se na invasão da esfera da autonomia privada por normas imperativas destinadas a restringir o livre jogo da iniciativa individual. Semelhante intervenção decorre da necessidade de fazer observar valores a que o Direito sempre se mostrou sensível: a protecção dos mais fracos constitui uma dimensão do jurídico que conseguiu impor-se, mesmo nos períodos de maior acentuação da liberdade contratual. Na verdade, o direito positivo sempre acolheu restrições à autonomia privada, com o objectivo de assegurar a justiça interna que o próprio contrato pressupõe».⁵⁸

Ou, em outra passagem, ainda mais impressivamente:

«É, efectivamente, de um direito especial que se trata, pluridisciplinar e de espírito militante, assumindo-se como direito de defesa do consumidor e a incluir na chamada ordem pública de protecção. É, portanto, o direito do consumo, um direito categorial e finalista, sem que isso obste, porém, a que algumas

⁵⁷ Luís Menezes Leitão, ob. e loc. cit.

⁵⁸ Pinto Monteiro, DO DIREITO DO CONSUMO AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 210.

*das suas regras possam vir a aplicar-se – como tem sucedido, aliás – a outros sujeitos e situações. O que faz dele, curiosamente, um direito especial de vocação geral, como Jean Beauchard não deixou recentemente de referir».*⁵⁹

Dentro dos mesmos parâmetros, Luís Menezes Leitão, reconhecendo embora a fragilidade do cariz fragmentário e por vezes não específico das normas do direito do consumo, afirma que *a vertente finalista (de protecção da parte mais fraca) constitui pólo de aglutinação que justifica a sua autonomização como ramo do direito*. Sendo certo que, no plano legal, o direito do consumo se deveria situar como lei especial em relação ao direito civil.⁶⁰

Na senda do que conclui:

«Parece-nos de reconhecer que o Direito do Consumo merece neste momento um lugar próprio no quadro das disciplinas jurídicas, e que a sua actual configuração permite que lhe seja atribuída uma autonomia dogmática própria. Reconhece-se, no entanto, que essa autonomia ainda é frágil, podendo, portanto, o Direito do Consumo evoluir no sentido de um ramo do Direito cada vez mais autónomo, ou funcionar apenas como instrumento reformador nos quadros tradicionais do Direito Civil, caso as reforma que neste venham a ser feitas levem a uma modificação desses quadros. Em qualquer caso, e seja qual for o resultado que venha a ter, pela preponderância que nos últimos tempos tem assumido, esta é claramente a hora do Direito do Consumo».⁶¹

Já Ferreira de Almeida tem uma visão mais céptica.

Desde logo, *refuta a autonomia do direito do consumo* – «o direito do consumo, sendo embora um tema disciplinar identificável, não dispõe de autonomia científica, por falta de objecto e de método próprios».⁶² Sendo na *falta de objecto compatível com essa autonomia* que centra a sua argumentação. Por um lado, a tão apregoada pluridisciplinaridade só comportaria duas consequências possíveis: falta de objecto específico ou subsistência tão só como preocupação metodológica de investigação ou ensino. O regresso ao formalismo, fenómeno apenas parcial, e o carácter colectivo seriam particularidades comuns a vários outros ramos de direito. A natureza instrumental ou finalista é comum a todas as normas legais, «sempre criadas ao serviço de políticas».

No que concerne à consideração do *direito do consumo como o direito privado especial*,⁶³ além de anotar que as normas atinentes ao consumo se não atêm ao

⁵⁹ Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 212.

⁶⁰ Luís Menezes Leitão, ob. cit., págs. 24 e 25.

⁶¹ Luís Menezes Leitão, ob. cit., pág. 27.

⁶² Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 82.

⁶³ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., págs. 195 e sgs.

direito civil, o que desde logo afasta aquela pretensão, conclui que «se se aceitar que o direito privado do consumo faz parte do direito civil, nem sequer será rigoroso dizer que este se aplica a título de direito subsidiário; melhor será verificar que o direito comum é complementar do direito do consumo, preenchendo as suas insuficiências». No sentido inverso, reconhece a inequívoca influência do direito privado de consumo no direito comum, como pioneiro em áreas como as de contratos de adesão, deveres de informação, regresso ao formalismo ou imperatividade, sendo aí «aguilhão, estímulo ou catalisador do direito comum»; a sua importância como factor de desenvolvimento do direito civil, nomeadamente como veículo de circulação de institutos exteriores ao direito civil; ou, dentro do mesmo fenómeno, como factor de desestabilização e quiçá de desagregação do direito civil. Quanto a esta última asserção, assume uma postura optimista, concluindo que «direito comum se tem adaptado e resistido bem à progressiva (mas hoje inegável) alteração do paradigma liberal da igualdade abstracta em direcção a um modelo mais complexo, mais flexível e mais realista que toma em consideração a pluralidade das situações e das circunstâncias sociais e económicas». Nessa medida, «as regras especiais do direito do consumo não representam mais do que a resposta adequada a novas exigências da economia de mercado».

A argumentação desenvolvida não deixa de ser impressiva. Não pode, no entanto, negar que a *especial natureza instrumental do direito do consumidor foi factor de catalisação que logrou autonomizar institucionalmente este*. Tal como, em determinada época, o direito do comerciante ganhou foros de autonomia.

Confessamos a perplexidade que nos percorreu perante a previsão que aquele ilustre professor (no reconhecimento de que as maiores virtualidades do direito do consumo advêm da ampliação instrumental do conceito de consumidor, enquanto factor generalizado de correcção, com predominância dos critérios teleológicos sobre os subjectivos, o que tenderá à dissolução do direito do consumo, vítima do seu próprio êxito) faz quanto ao futuro do direito do consumo: ⁶⁴ «não terá passado de uma estrela cadente, cujo fulgor, intenso mas efémero, se extinguirá quando, após quarenta ou cinquenta anos de ascensão, chegar o tempo da queda e da reintegração num grande corpo do universo jurídico».

Mas assim como a célebre exclamação de Galileo Galilei “epur si muove!”, que foi precursora mas hoje está nitidamente ultrapassada, teve o seu tempo certo, preferimos então dizer, aqui e hoje, com Menezes Leitão: “esta é claramente a hora do Direito do Consumo”.

⁶⁴ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 211.

DIREITO SUPRAESTADUAL DO CONSUMO

I – CONDICIONANTES EXTRAJURÍDICAS

1 – A GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um fenómeno que caracteriza uma mudança no conspecto das relações no âmbito da comunidade internacional, iniciada durante a 2ª Guerra Mundial e que desde essa altura se vem crescentemente incrementando. Até aí, a relação de forças a nível internacional decorria na órbita dos Estados com jurisdição sobre um determinado território e uma certa população.

O termo globalização reporta-se, assim, ao facto de cada vez mais se caminhar para uma única sociedade, com intensificação das relações sociais à escala mundial, produto de um inter-relacionamento intenso entre localidades e culturas situadas nos pontos mais díspares.

O que qualitativamente de novo surgiu foi uma *intervenção à escala universal, quer dos Estados quer de outras entidades, privadas ou públicas*.

A utilização generalizada do termo “globalização” ocorre já nos anos 80, muito ligada aos teorizadores da pós-modernidade. Convém *distingui-lo de outros conceitos próximos*, tais como “globalismo”, que se reporta à sua ideologia, “universalismo”, que se refere a valores e princípios, ou “internacionalização”, que alude ao fenómeno de transposição das fronteiras.

2 – A VERTENTE ECONÓMICA DA GLOBALIZAÇÃO

A vertente económica do fenómeno da globalização é talvez a mais marcante, sendo motor de muitas outras alterações, no plano sociológico, cultural e político, *stricto sensu*. Consubstancia a tendência para a *criação de um mercado a nível mundial, em que os bens circulem sem barreiras, de acordo com as vantagens comparativas que cada espaço oferece e sem a interferência proteccionista dos governos*.

Procurando uma caracterização mais analítico-descritiva, o que podemos detectar *de intrinsecamente novo é a eclosão de:*

- *novos intervenientes*, tais como empresas multinacionais funcionando à escala mundial e subalternizando alguns Estados,⁶⁵ instituições internacionais que gerem a economia (Banco Mundial, FMI, OMC) e organizações não governamentais (ONG) que funcionam à escala mundial;
- *regras diferentes* – acordos multilaterais ente Estados ou mesmo para-estaduais, geradoras de uma política que extravasa o clássico alcance das políticas económicas nacionais;
- *mercados funcionando* a nível mundial, sem fusos horários e com ligações instantâneas;
- *novos meios de comunicação* – telemóveis, Internet e sofisticadas redes de comunicação.

Assim colocada a questão, da globalização económica apenas podem decorrer *efeitos benéficos*. Por um lado, o crescimento económico será fundamento de progresso humano. Depois, a livre circulação e a concorrência levarão a uma melhor distribuição dos recursos. Por fim, o incremento de um mercado universal sem barreiras e de competição, só pode resultar em melhoria geral do nível de vida.

No entanto, cumpre perguntar até que ponto a extensão desse mercado, nomeadamente o incremento de empresas multinacionais, vem desaguar nessa maior oferta de bens e em uma mais intensa transparência.

A verdade é que *tal ordem de coisas vem a proporcionar o surgimento e a potencialização de desigualdades políticas e económicas*.⁶⁶ ⁶⁷Quer entre os países, quer entre os cidadãos e, mais marcadamente, entre os intervenientes económicos.

⁶⁵ Uma das típicas formas de reacção dos Estados contra os inconvenientes da globalização económica é a criação de alianças de âmbito regional, tais como a CEE (Comunidade Económica Europeia) ou o (MERCOSUL) Mercado Comum do Sul. Ou de âmbito sectorial, como a OPEP (Organização dos Países Produtores de Petróleo).

⁶⁶ Parece indiscutível, mesmo para os mais fiéis paladinos do neo-capitalismo, que o desenvolvimento dos países industrializados se vai mantendo à custa dos países pobres, de certa forma aprisionados por condições de troca desiguais, sendo estes as principais vítimas do período de desaceleração da economia que se vem sentindo a nível mundial.

⁶⁷ O seguinte quadro dá-nos conta do Índice de Desenvolvimento Humano dos países de língua oficial portuguesa, por referência ao mais e ao menos desenvolvido, relativo ao ano de 2000:

VALORES DO IDH – 2000

1º - Noruega – 0,942	161º - Angola – 0,403
...	167º - Guiné-Bissau – 0,349
28º - Portugal – 0,880	170º - Moçambique – 0,322
73º - Brasil – 0,757	...
100º - Cabo Verde – 0,715	173º - Serra Leoa – 0,275
119º - S.Tomé e Príncipe – 0,632	

Fonte: PNUD, *Relatório do Desenvolvimento Humano 2002*, Lisboa,

MENSAGEM – Serviços de Recursos Editoriais, pp. 149-156.170º - Moçambique – 0,322.

3 – O CONSUMIDOR E A GLOBALIZAÇÃO ECONÓMICA

Com o que nos vemos reconduzidos à questão consumerista, à sua mais larga escala. *Os consumidores*, classe abstracta que só pontual e sectorialmente ganha conspécto e se concretiza, com vista à defesa dos seus interesses, *terão uma dificuldade incrível em, a uma escala universal, reagir a desmandos por parte dos outros agentes económicos.*^{68 69}

Na verdade, face à inegável interdependência global, na qual dominam os interesses das grandes empresas e da banca internacional, *a sociedade civil terá menos hipóteses de servir de arauto do consumidor*, cujos interesses tenderão a revelar tão só enquanto sazonalmente coincidam com os prosseguidos por algum ou alguns daqueles outros intervenientes.

No entanto, *os movimentos de cidadania são necessários e podem aproveitar-se também eles das novas tecnologias para vigiar as grandes orientações da política económica e apregoar direitos de minorias políticas.*⁷⁰

⁶⁸ Aliás, o facto de as grandes orientações da política económica serem concertadas multilateralmente entre os responsáveis pelas grandes potências (nas reuniões do G-7, entre os representantes dos países mais ricos do mundo – Alemanha, Canadá, EUA, França, Itália, Japão e Reino Unido, a que se juntaram o representante da Comissão Europeia e o da Rússia), afasta ainda mais o cidadão consumidor das esferas em que o seu destino é jogado.

⁶⁹ São curiosos e sintomáticos, quanto à falta de vocação dos consumidores para a defesa dos seus direitos fora do Estado de que são nacionais, os dados que nos são fornecidos por Maria Cristina Portugal, A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇOS, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, 2001.

Assim, pág. 348, refere que «uma sondagem de opinião a realizada pelo Eurobarómetro entre 1 de Novembro e 15 de Dezembro de 1999 revelou que, perante um conflito de consumo ocorrido no próprio país:

13% dos europeus recorreriam aos tribunais por menos de € 100;

5% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 100;

11 % dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 200;

17% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 500;

15% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 1.000».

No entanto, pág. 357, anota que a «mesma sondagem de opinião a que já nos reportamos supra é expressiva também no tocante à reacção dos consumidores perante um conflito de consumo ocorrido noutro país:

8 % recorreriam aos tribunais por menos de € 100;

3 % recorreriam aos tribunais por mais de € 100;

6% recorreriam aos tribunais por mais de € 200;

12 % recorreriam aos tribunais por mais de € 500;

14% recorreriam aos tribunais por mais de € 1.000».

⁷⁰ Focando optimisticamente essa faceta, Delminda Sousa e Silva, CONTRATOS À DISTÂNCIA, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 425:

«Na actual guerra do Iraque é a Internet que tem uma posição de relevo na transmissão da informação, uma vez que permite enviar imagem, texto e som. Na Segunda Guerra Mundial foi a rádio que teve um papel importante, na guerra to Vietname foi a vez da televisão e na do Golfo, em 1991, foi a televisão por satélite. Justamente nesta linha sem fronteiras territoriais, à velocidade da sociedade de comunicação, neste limiar do milénio, que se expande a intenção político-legislativa de proteger o consumidor, enquanto valor autónomo, jurídico, sociológico, filosófico e económico, no contexto da informação e educação, da prevenção de danos e das medidas inibitórias, do acesso à justiça, da eficácia e celeridade processual. Defender o consumidor é hoje um problema civilizacional.».

É sobretudo de esperar que os *Estados*, cada vez mais afectados na sua soberania, por força da crescente internacionalização dos interesses, se sintam mais vocacionados para funções de controlo dos efeitos das desigualdades que resultam dos abusos que a globalização induz.

4 – REVOLUÇÃO COMUNICACIONAL. ALDEIA GLOBAL E CONSUMO GLOBAL

O facto é que também a privatização e não regulamentação dos meios de comunicação social, aliados a um impulso tecnológico verdadeiramente abismal, *massificou e universalizou a própria informação* que, ao contrário do que muitos pretendem, é mais facilmente manipulável por parte de quem a domina. Na verdade, por muito se apregoe em sentido diverso, *os principais meios de comunicação estão ao serviço de interesses do grande capital*.

É essa a principal nota da *globalização da própria comunicação social*. As agências de informação, com redes informativas a nível mundial, tornam homogéneo o mais díspar e introduzem afinidades onde nada o comporta. A cultura estandardiza-se. Como as preferências dos consumidores. Ao sabor dos interesses dos que controlam esta aldeia global.

E, na verdade, nesta nova era, da electrónica, da comunicação instantânea, das redes digitais e do primado do conhecimento, à qual se dá o epíteto de *“sociedade da informação”*, ganha um novo conspecto o comércio em geral. *Esbate-se o indivíduo como destinatário dos bens de consumo*, em um emaranhado multicéfalo, que quase permite futurar a substituição da actual sociedade de massas por uma sociedade de estereótipos. Que, *escravos da internet*, se banalizam à sombra escusa de uma máquina.

Verificamos que, também por aqui, *o consumidor vê diminuir drasticamente a sua capacidade de intervir ou de influir na conformação das relações de consumo*.

Nem tudo é negro no entanto para o consumidor da aldeia global. Em um cenário em que, como visto, prepondera uma certa lógica *“anti-estadual”* como principal factor da globalização, *os Estados tendem a ser aliados naturais das vítimas da globalização, maxime dos consumidores*. Assim, a protecção dos interesses destes ganha relevo na agenda da política internacional. O que tem constituído e, pensamos nós, tenderá continuar a ser um passo decisivo para a eclosão e incremento do direito internacional do consumo.

II – DIREITO INTERNACIONAL DO CONSUMO

1 – ROTULAGEM E PUBLICIDADE

A actividade publicitária, importante para a informação e sua difusão junto dos consumidores, deve reger-se por princípios, globalmente aceites, como sejam o da licitude, da identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor. Ainda a este propósito, ganham relevância as restrições ao conteúdo da publicidade, v.g. quando estejam em causa incitamento de menores ao consumo em certas circunstâncias ou publicidade comparativa, etc. Acrescem ainda as limitações decorrentes da publicidade entregue no domicílio, tantas vezes, não endereçada. Também a rotulagem (que acompanha os produtos) deve ser, basicamente:

- a) inteligível e de fácil compreensão para o consumidor;
- b) distinta da de outras informações e publicidade;
- c) pertinente, isto é, com informação suficiente e que não induza em erro;
- d) transparente, por forma a permitir a comparação na relação preço-qualidade face a outros produtos;
- e) controlável face aos requisitos oficiais de rotulagem;
- f) exequível, permitindo fácil aplicação dos fornecedores, vendedores e serviços de controle.

Acrescem dispositivos de natureza específica como seja os relativos ao “rótulo ecológico”, no seguimento do Regulamento CCE 880/92 do Conselho, de 23-03, cujos critérios de atribuição passa pelo respeito das regras de impacte ambiental, da correcta gestão dos ciclos dos materiais e perspectiva do desenvolvimento sustentável ou duradouro, da cadeia alimentar segura e da utilização de tecnologias limpas ou menos poluentes.

Na linha do estabelecido pela Directiva comunitária 85/374/CEE (e alterações posteriores), os fornecedores respondem solidariamente pelos defeitos dos *produtos* ou *bens* de consumo sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo for de qualidade ou quantidade inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou de mensagem publicitária.

Neste caso, pode o consumidor exigir, em alternativa:

- a) redução proporcional do preço;
- b) complemento do peso ou medida ou ajusta de qualidade;

- c) a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- d) a restituição imediata da quantia paga, actualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Para efeitos de efectivação de responsabilidade, o fornecedor *imediato* de bens ou serviços será responsável quando tiver estado a seu cargo a pesagem ou a medição, a embalagem ou a mensagem publicitária.

O prestador de *serviços* responde pelos defeitos de qualidade que os tornem inutilizáveis ou inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam ou lhes diminuam o valor, assim como por vícios decorrentes da disparidade da natureza e integralidade dos mesmos e as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária.

Neste cenário, pode o consumidor exigir, em alternativa:

- a) nova prestação dos serviços, sem custo adicional;
- b) complemento ou aperfeiçoamento da prestação;
- c) redução proporcional do preço;
- d) restituição imediata da quantia paga, actualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

2 – CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA

Em matéria de contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial, quer de bens quer de serviços, rege no espaço da União Europeia as Directivas 85/577/CEE do Conselho, de 20-12 e a 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-05, secundado por legislação interna de cada Estado (Em Portugal v.g. DL nº 143/2001).

Nesta matéria, merecem realce alguns aspectos, por mais paradigmáticos.

Desde logo, ao nível da “informação”, deve esta ser prestada pelo fornecedor ao consumidor, sob forma escrita, sobre as condições e modalidades de contrato e sua resolução; também é imperioso que o fornecedor indique o endereço do seu estabelecimento onde o consumidor pode apresentar as suas reclamações; além disso, devem ser dadas indicações sobre o serviço de assistência pós-venda e demais garantias associadas.

Acresce a necessidade de o fornecedor obter o consentimento prévio do consumidor quando a relação comercial utilize certas técnicas de comunicação à

distância, designadamente sistema automatizado de chamadas telefónicas ou o telefax. As demais técnicas podem ser usadas desde que não haja oposição expressa do consumidor.

Por outro lado, prevê-se que o consumidor disponha de um prazo mínimo de 14 dias para resolver o contrato, embora se possa prorrogar em certas condições. Um efeito possível e previsível da resolução é o reembolso a cargo do fornecedor no prazo máximo de 30 dias.

O contrato deve ter, de modo uniforme, requisitos mínimos, quer quanto á forma, quer ao conteúdo quer ao valor do contrato (cfr. art. 16º DL 143/2001).

Além disso, em matéria de ónus da prova, incumbe este ao fornecedor em matéria de: prestação de informação prévia, confirmação por escrito, cumprimento dos prazos e prestação do consentimento do consumidor.

As vendas especiais esporádicas ou ocasionais ficam sujeitas á autorização prévia de um organismo competente do Estado em causa (Direcção-Geral das Actividades Económicas).

São proibidas as vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou de “bola de neve”.

Por outro lado, são proibidas em matéria de “vendas forçadas”: a presunção de aceitação na sequência de uma falta de resposta por parte do consumidor; quando traduzam um aproveitamento de uma situação de especial debilidade do consumidor, quer pessoal (deste quer induzida pelo fornecedor).

De igual modo são vedadas as prestações de bens e serviços não encomendados ou ainda quando estejam subordinados à venda de outro bem ou serviço.

O DL 143/2001 prevê sanções administrativas para a violação de muitos dos aspectos referidos, podendo ser accionados os infractores nos tribunais portugueses.

3 – SEGURANÇA ALIMENTAR

O sector alimentar cruza os interesses da saúde pública, da higiene da alimentação e das preocupações dos consumidores com a segurança e a qualidade alimentar em geral.

A segurança alimentar é hoje um imperativo.

Movemo-nos no campo da protecção do consumidor, onde a procura da qualidade tem a primazia enquanto processo que medeia da exploração agrícola até à mesa.

E deparamo-nos, frequentes vezes, com as hormonas da carne, os pesticidas, os resíduos de antibióticos, as doenças v.g. a BSE ou a febre aftosa.

Pretende-se, naturalmente, uma rotulagem esclarecedora, um rastreio e despistagem, através de uma fiscalização correcta.

Em suma, pretende-se dar consistência ao princípio da precaução e da prevenção, em matérias tão importantes como são a higiene e a manipulação dos alimentos.

4 – CIBERCRIME

A Convenção do Cibercrime do Conselho da Europa aberta à assinatura dos Estados em 23/11/2001 teve como Estados participantes, além dos que integram o Conselho (entre os quais Portugal), também os EUA, o Canadá, o Japão e a África do Sul.

Representa o primeiro Tratado Internacional sobre criminalidade contra sistemas de computadores, redes ou dados, ou seja, com um âmbito essencialmente material, define crimes em matéria de confidencialidade, integridade e disponibilidade dos sistemas de computadores e seus conteúdos (quer se trate de “dados de base”, “dados de tráfego” ou “dados de conteúdo” propriamente ditos).

Tal criminalidade desdobra-se em criminalidade informática e criminalidade praticada com recurso a meios informáticos, o mesmo é dizer que se alude às tecnologias de informação quer como “meio de execução” quer como “alvo do crime”.

Mas a Convenção também prevê também medidas de índole processual e de cooperação judiciária internacional, designadamente, condições e salvaguarda de dados, procedimento de injunção (art. 18º da Convenção), recolha em tempo real de dados ou de busca e apreensão de dados informáticos (v.g. de conteúdo pedófilo ou xenófobo) e medidas de auxílio quer em matéria de recolha da prova quer de medidas provisórias quer de transmissão de presos e sua extradição.

MEIOS DE TUTELA

Nota de sequência

Definido o direito do consumidor genericamente, pelo seu carácter finalista, como o conjunto de normas que visam a defesa do consumidor, importa determinar de que forma tal escopo é conseguido na ordem jurídica de cada Estado.

I – DIREITO SUBSTANTIVO

1 – O DIREITO DO CONSUMIDOR NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Analisámos já as diversas categorias de normas que consagram o direito do consumidor a nível interno. Vimos que o acervo das previsões substantivas consta de diplomas que regulam regimes sectoriais, nem todas elas tendo o consumidor como destinatário exclusivo.⁷¹ O que não impediu que em alguns países se introduzissem alterações dos diplomas fundamentais que regem o direito civil, como na Alemanha e em Itália. Ou se fosse mais longe, através de uma lei genérica que plasmasse os princípios gerais do direito do consumidor – as Leis de Defesa do Consumidor –, como em Portugal, em Espanha e na Argentina. Havendo ainda muitos países cujas constituições contemplam o direito do consumidor como um dos direitos dignos de protecção como direito fundamental.

Vejamos a forma como se estrutura a “*ordem jurídica*” do consumidor no direito português.

1.1 – Protecção constitucional do direito do consumidor

Na *Constituição da República Portuguesa*, a previsão específica do direito dos consumidores consta do *artigo 60, n.º 1*: «os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos».

⁷¹ Exemplos de uns e de outros, na legislação portuguesa, são dados por Tiago Machado de Freitas, ob. cit., págs. 413 a 415.

O preceito está integrado no Título III, relativo aos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais.⁷² Estes direitos não têm a densidade normativa dos previstos Título II como Direitos, Liberdades e Garantias». O que desde logo decorre da previsão do artigo 18º, n.º 1 – estes, ao contrário daqueles, são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.

Na verdade, a protecção constitucional do direito dos consumidores traduz-se essencialmente em uma imposição ao Estado para que tome providências (legislativas ou administrativas) no sentido de proteger o consumidor. É assim que, no *artigo 81º, i*), se inclui nas incumbências prioritárias do Estado «garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores».

O que não quer dizer que não haja direitos dos consumidores que não beneficiem daquela tutela mais intensa. Como os que se relacionam com outros direitos que desta beneficiam, nomeadamente os ligados à saúde ou a componentes essenciais da qualidade de vida. Ou até de uma forma directa, como o direito à reparação dos danos, já que, no *artigo 52º, n.º 3*, preceito incluído nos direitos, liberdade e garantias, se «confere a todos (...) o direito de acção popular (...) incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra (...) os direitos dos consumidores». O que permitiria considerar, nessas vertentes, o direito dos consumidores como um *direito fundamental de natureza análoga*, aos quais, nos termos do artigo 17º, se aplica o regime dos direitos, liberdades e garantias.

Anote-se, com Vieira de Andrade⁷³ (se bem que alertando para os inconvenientes que derivam de uma certa inflação dos direitos fundamentais que impressivamente rotula de “jusfundamentalismo”), que «a inclusão dos direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais insere-se num fenómeno de constitucionalização do direito privado e visa assegurar – através da prevalência do direito constitucional, em geral, e do prestígio ou da força jurídica dos direitos fundamentais, em particular –, um grau mais elevado de realização legislativa na protecção dos consumidores».

⁷² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 323, anotam que «a protecção constitucional dos consumidores que, no texto originário da constituição, estava inserida na constituição económica, surge agora localizada em sede de direitos fundamentais (depois dos direitos dos trabalhadores e antes das normas referentes à garantia da iniciativa económica e do direito de propriedade), o que se traduz numa evidente promoção».

⁷³ José Carlos Vieira de Andrade, OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, ob. cit., págs. 159 e 160.

1.2 – Lei de Defesa do Consumidor

De particular relevo nessa tarefa é a Lei de Defesa do Consumidor, *Lei 24/96, de 31 de Julho* (que substituiu a Lei 29/81, de 22 de Agosto). Sendo uma lei-quadro, reúne os princípios gerais atinentes ao direito dos consumidores, constituindo referência imprescindível a qualquer intérprete de leis atinentes ao consumo, e define genericamente o estatuto das principais instituições a quem cabe actuar aqueles princípios.

Assim, após a menção de um dever geral de protecção dos consumidores que incumbe aos entes públicos (artigo 1º) e de uma definição do âmbito subjectivo da relação de consumo (artigo 2º), enuncia e concretiza os diversos direitos do consumidor (artigos 3º a 15º): direito à qualidade dos bens e serviços; direito à protecção da saúde e da segurança física; direito à formação e à educação; direito à informação; direito à protecção dos interesses económicos; direito à prevenção e acção inibitória; direito à reparação de danos; direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; direito de participação por via representativa. Após o que (artigos 17º a 22º) define genericamente o estatuto e as funções das “instituições de promoção e tutela dos direitos do consumidor”: as associações de consumidores, o Ministério Público, o Instituto do Consumidor e o Conselho Nacional do Consumo.

1.3 – Medidas político-administrativas

Em um plano mais próximo do concreto, surge a activação de *medidas de protecção do consumidor no âmbito do dito controlo administrativo*. Tal tarefa será desenvolvida por organismos públicos, como a Secretaria de Estado para a Defesa do Consumidor,⁷⁴ o Instituto do Consumidor,⁷⁵ a Comissão de Segurança,⁷⁶ o Conselho Nacional do Consumo ⁷⁷ e os Serviços Municipais de Informação ao Consumidor,⁷⁸ entidades a quem em via principal incumbe dar corpo e assegurar que o Estado desempenhe as funções de protecção que lhe são exigidas.⁷⁹

1.4 – Legislação sectorial

Por último, mas sendo talvez a intervenção que mais proficuamente tem influenciado a protecção do direito do consumidor em Portugal, surge o vasto

⁷⁴ DL 474-A/99, de 8 de Novembro.

⁷⁵ DL 187/93, de 24 de Maio.

⁷⁶ DL 311/95, de 20 de Novembro

⁷⁷ DL 154/97, de 20 de Junho.

⁷⁸ Lei 169/99, de 18 de Setembro.

⁷⁹ Sobre a génese, enquadramento, composição e atribuições destes organismos, em pormenor, Carla Amado Gomes, OS NOVOS TRABALHOS DO ESTADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, págs. 42 a 59.

leque de *diplomas que sectorialmente estabelecem a concreta disciplina do direito do consumidor*. Em fase subsequente, procederemos à sua análise mais pormenorizada, pelo que, por ora, quedamo-nos por esta breve referência.

2 – RELAÇÕES ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO COMUM

Depois desta sumária excursão pela legislação protectora do consumidor em Portugal, percorrendo uma grande diversidade de meios de tutela, podemos concluir que *cada um desses tipos de consagração legal do direito dos consumidores revela uma certa forma de entabulamento das relações entre ele e o direito comum*, nomeadamente no que toca à sua autonomia. Sendo certo que manifestações como o reconhecimento constitucional ou a existência de uma lei geral que visa a protecção do consumidor são sinal claro de o legislador tende a admitir a especificidade do direito do consumidor.

Aliás, é indesmentível que o ramo de direito que mais contributos dá ao direito do consumidor, *o direito privado, sofreu também ele grande erosão na sua estrutura tradicional, com o incremento de figuras de ordem finalista, tão próprias da área do consumo, numa espécie de socialização ou publicização do direito privado*.⁸⁰ Do que são exemplo típico a disciplina dos contratos de adesão ou a ampla consagração os deveres pré-contratuais de informação e de comunicação.

3 – DEFESA DO CONSUMIDOR E CODIFICAÇÃO

Dentro da polémica em volta da autonomia do direito do consumidor, assumimos uma postura pragmática, concluindo que, independentemente de considerações de ordem sistemática, o direito do consumidor já se revela hoje como uma realidade institucional. É também com esse espírito que supomos dever-se encarar a oportunidade ou não de um código do consumidor.

A codificação das normas atinentes a um direito é o reconhecimento institucional da necessidade (ou utilidade) da autonomização desse direito.⁸¹ Essa opção, se bem que em princípio possa resultar de uma discussão no seio da dogmática jurídica, assume

⁸⁰ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pág. 207.

⁸¹ Pinto Monteiro, SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL, in Estudos de Direito do Consumidor, pág. 124, depois de se referir à imensa legislação avulsa e reflexão doutrinária existente em Portugal, conclui que «no momento actual é a um código que se apela, como que a coroar todo este movimento e a reconhecer ao direito do consumidor a maioridade e a autonomia que uma codificação requer».

contornos políticos indeléveis. Sobretudo se respeitar a um direito que, como o direito do consumidor, se define pelo seu móbil – a protecção do consumidor.⁸²

Como *exemplos de codificação* contam-se o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.09.1990) e o Code de la Consommation francês – Lei n.º 93-949, de 26.07.1993. Anote-se que este último não passa de uma compilação de leis na área do consumo. Há ainda uma Proposta de Código na Bélgica, datada de 1995, que ainda não mereceu aprovação.

Em Portugal, foi em princípios de 2004 entregue o Anteprojecto do Código de Consumidor. O Professor Pinto Monteiro, que aliás preside à comissão dos trabalhos preparatórios desse código, julga imperiosa tal codificação.⁸³

Por um lado, por *facilidade de consulta*. O que se verificará com a simples compilação da legislação avulsa respeitante ao consumidor, de que é exemplo o “código-compilação” francês.

A grande vantagem, todavia, é a que pode resultar do que denomina “código-inovação”, por contraposição àquele, «*pois a elaboração de um código permite intervir normativamente na realidade jurídica existente, eliminando disposições repetidas ou supérfluas, integrando lacunas, superando incoerências ou deficiências e inovando sempre que necessário*».⁸⁴

Quanto ao *âmbito do código*, defende a inclusão nele de todas as matérias que, embora não destinadas exclusivamente à protecção do consumidor, se reportam a «temas emblemáticos da cruzada da defesa do consumidor». Assim, e louvando-se em Mário Tenreiro, deveria ser um código “*autour du consommateur*».⁸⁵

Conclui repudiando os inconvenientes que são normalmente apontados à codificação do direito do consumidor, por se tratar de um direito jovem e ainda não suficientemente sedimentado, apontando-lhe precisamente a vantagem de poder actuar decisivamente no sentido de o direito do consumidor ultrapassar essa fase, na medida em que «contribuirá para a indispensável e desejável estabilidade legislativa, atribuirá a este direito uma maior dignidade e facilitará o seu reconhecimento científico como ramo de direito autónomo».⁸⁶

⁸² Ada Pellegrini Grinover e António Herman Benjamim, *in* CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMENTADO PELOS AUTORES DO ANTEPROJECTO, Ed. Forense Universitária, 8ª ed., pág. 9, dão-nos conta das vicissitudes que o nascimento deste código mereceu, tendo acabado por ser aprovado como simples lei.

⁸³ Pinto Monteiro, *ob. cit.*, págs. 128 a 135.

⁸⁴ *Ob. cit.*, pág. 129.

⁸⁵ Ver MÁRIO TENREIRO, Un code de la consommation ou un code autour du consommateur? Quelques réflexions sur la codification et la notion de consommateur, *in* Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden, 1997, pág. 339 e sgs.

⁸⁶ Pinto Monteiro, *ob. cit.*, pág. 134.

4 – LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A verdade é que, no presente momento, muito no seguimento do que vem sendo ditado pela CEE, o acervo essencial do regime legal atinente à defesa do consumidor se encontra espalhado por diplomas sectoriais.

Dos quais realçamos os seguintes, com referência, sendo caso disso, às Directivas da Comunidade Europeia que transpõem para a ordem interna:

- DL 446/85, de 25 de Outubro, DL 220/95, de 31 de Janeiro, e DL 249/99, de 7 de Julho – *cláusulas contratuais gerais* (Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril);
- DL 272/87, de 3 de Julho – *vendas ao domicílio e por correspondência* (Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro);
- DL 383/89, de 6 de Novembro, e DL 131/2001, de 24 de Abril – *responsabilidade decorrente de produtos defeituosos* (Directivas 85/374/CEE, de 25 de Julho, e 1999/34/CE, de 10 de Maio);
- DL 138/90, de 26 de Abril, e DL 162/99, de 13 de Maio – *preços*;
- DL 330/90, de 23 de Outubro e DL 275/98, de 9 de Setembro, DL 51/2001, de 15 de Fevereiro, e DL 23/2003, de 22 de Agosto – *Código da Publicidade*;
- DL 359/91, de 21 de Dezembro, e DL 101/2000, de 2 de Junho – *crédito ao consumo* (Directivas 87/102/CEE, de 22 de Dezembro, 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro, e 98/7/CE, de 16 de Fevereiro);
- DL 275/93, de 5 de Agosto, DL 180/99, de 22 de Maio, e DL 22/2002, de 31 de Janeiro – *direitos reais de habitação periódica* (Directiva 94/47/CE, de 26 de Outubro);
- DL 311/95, de 20 de Novembro – *segurança geral dos produtos* (Directiva 92/59/CEE, de 29 de Junho);
- Lei 83/95, de 31 de Agosto – *participação procedimental e acção popular*;
- Lei 23/96, de 26 de Julho, e DL 195/99, de 8 de Junho – *serviços públicos essenciais*;
- Lei 6/99, de 27 de Janeiro – *publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia*;
- DL 143/2001, de 26 de Abril – *contratos à distância* (Directiva 1997/7/CE, de 20 de Maio);
- DL 243/2001, de 5 de Setembro – *qualidade da água para consumo humano* (Directiva 98/83/CE, de 3 de Novembro);

– DL 67/2003, de 8 de Abril – *venda de bens de consumo* (Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio).

Seguir-se-á uma análise mais pormenorizada do regime de alguns desses diplomas, por ligados a institutos marcantes na área do consumo

Serviços Públicos Essenciais

Nota de sequência

A Lei 23/96, de 26 de Julho, consagra no direito português uma série de normas que visam assegurar os interesses dos utentes dos serviços públicos essenciais. A análise a que iremos proceder seguirá de perto o regime desse diploma, esclarecendo e integrando as soluções legais.

1 – NOÇÃO E PRINCÍPIOS GERAIS

O conceito de serviços públicos essenciais é integrado por duas notas, entre si profundamente interligadas. A *essencialidade*, que consiste no facto de esses serviços não poderem ser prescindidos, sob pena de afectação grave da saúde, do bem estar ou da qualidade de vida. A *natureza pública*, na medida em que incumbe ao Estado assegurar que os mesmos sejam prestados.

Desses dois aspectos, derivam princípios que regem a prestação destes serviços. Assim, o *princípio da universalidade*, nos termos do qual a eles devem ter acesso todos, impondo um dever de contratar por parte do fornecedor do serviço (em termos contratuais dá-se prevalência ao princípio da igualdade, em detrimento da liberdade). O *princípio da continuidade* do serviço, que tendencialmente não pode ser suspenso. E a garantia de um mínimo de *qualidade*, sob pena de afectação desses direitos essenciais.

2 – ÂMBITO DE PROTECÇÃO

No que concerne ao âmbito de aplicação das normas relativas aos serviços públicos essenciais, *duas opções legislativas são possíveis: previsão ou não de quais os serviços que são abarcados por aquele conceito*. Na verdade, definidos os dois parâmetros que delimitam o género, natureza pública e essencialidade, poder-se-ia deixar ao aplicador da lei a tarefa de incluir nele as espécies de serviços que gozassem destas características.⁸⁷ *Na lei portuguesa*, optou-se todavia por um critério mais seguro,

⁸⁷ Foi essa a opção tomada no artigo 22º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

enumerando no artigo 1º, n.º 2, quais os serviços públicos abrangidos pelo seu regime: fornecimento de água; fornecimento de energia eléctrica; fornecimento de gás; telefone. Está claro que esta taxatividade não irá ter por efeito uma exclusão drástica de protecção relativamente a outros possíveis serviços merecedores de eventual tutela já que, como veremos, muitos dos preceitos desta lei mais não são do que decorrência de outras regras previstas em outros diplomas de âmbito mais geral, nomeadamente do DL 446/85, de 25 de Outubro, relativo a cláusulas contratuais gerais.⁸⁸ Aliás, no artigo 13º, n.º 2, prevê-se a extensão das regras desta lei aos serviços de telecomunicações avançadas e aos serviços postais, o que todavia ainda não ocorreu.⁸⁹

3 – SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

3.1 – Utente

A lei em análise perfila-se, em termos finais, à protecção do *utente*, que é, «para os efeitos previstos neste diploma, a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-lo» – artigo 1º, n.ºs 1 e 3.

Este é um conceito mais amplo do que o do consumidor. Ao menos para aqueles que têm uma concepção estrita deste.

Assim, o utente será, pessoa colectiva ou singular, aquele a quem o fornecedor se obriga a prestar o serviço. *Abstrai-se portanto tanto da qualidade do destinatário como do destino que este entenda dar ao serviço.*

Sendo a finalidade típica da lei a protecção do utente, dá-se por um lado *imperatividade* aos seus preceitos, que não podem ser excluídos ou limitados convencionalmente, sob pena de nulidade, e por outro lado só se permite ao beneficiário da lei, ao utente, a invocação dessa nulidade ou a eventual redução do contrato – artigo 11º. Além disso, ressalvam-se as *disposições legais* que, em concreto, se mostrem *mais favoráveis* ao utente – artigo 12º.

Consagra-se uma outra particularidade de feição marcadamente protectora, tendo em vista acautelar o consumidor contra descontrolo dos seus encargos e eventual sobreendividamento, que é o encurtamento do *prazo de prescrição* da dívida por serviço prestado, fixando-o em 6 meses – artigo 10º, n.º 1. Prazo esse que normalmente seria de 5 anos – artigo 310º, g), do Código Civil.

⁸⁸ Assim o princípio geral da boa fé e o dever de informação, previstos nos artigos 3º e 4º da Lei 23/96, mas também com previsão específica nos artigos 6º e 15º do DL n.º 446/85.

⁸⁹ Costuma-se ainda apontar como serviços que poderão aspirar ao estatuto de serviços mínimos essenciais, os relativos aos transportes públicos, às rodovias, aos serviços postais, aos serviços mínimos bancários, aos seguros obrigatórios.

3.2 – Organizações representativas dos utentes

Há outras entidades a quem são reconhecidos direitos nesta lei, que são as *organizações representativas dos utentes*, às quais são conferidos direitos de participação: devem ser consultadas quanto aos actos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais actos de natureza genérica que venham a ser celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias e as entidades concessionárias; têm ainda o direito de ser ouvidas relativamente à definição das grandes opções estratégicas das empresas concessionários do serviço público, desde que este serviço seja prestado em regime de monopólio – artigo 2º, nºs 1 e 3.

3.3 – Prestador do serviço

Quanto à figura do *prestador do serviço*, face à natureza pública do serviço, será o Estado ou uma entidade pública, podendo também ser um privado a quem o serviço esteja concessionado.

É, aliás, esse carácter público do serviço que acaba por potenciar a necessidade de protecção a dispensar ao utente, que já decorria da sua posição contratual de inferioridade e que faz impender sobre o prestador de serviços públicos *deveres especiais de conduta*.

4 – O PRINCÍPIO DA BOA FÉ E O DEVER DE INFORMAÇÃO

No artigo 3º preceitua-se que «o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os difames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger».

Esta afloração do princípio geral *de boa fé* ganha especificidade em este sector, como em outros da área do consumo, face ao pressuposto de que o prestador de serviços tem uma posição mais esclarecida e, portanto, um maior domínio da relação que o liga ao utente, quase se presumindo que qualquer desequilíbrio nessa relação em desfavor do utente provem de má fé do fornecedor. Tal é, como visto, reforçado pelo carácter público do serviço. Assim, impõe-se àquele que, para lá dos seus interesses, pondere também os valores que decorrem da natureza pública do serviço e os interesses do utente que a lei visa proteger.

Daí, por outro lado, o acrescido *dever de informação* que o vincula, conforme ao artigo 4º. Dever esse que assume feição especialíssima, no que concerne à facturação, exigindo-se especificação dos valores que a factura apresenta – artigo

9º, n. 1. Sendo que no n.º 2 deste preceito, referente à factura de serviços telefónicos, se prevê que o prestador do serviço deva «adoptar as medidas técnicas adequadas à salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações. Estamos perante um caso típico de colisão de direitos entre aquele direito à informação e o direito à privacidade.⁹⁰

5 – A SUSPENSÃO DO SERVIÇO E O PADRÃO DE QUALIDADE. PROIBIÇÃO DE IMPOSIÇÃO E DE COBRANÇA DE CONSUMOS MÍNIMOS

Vimos que do carácter essencial do serviço decorria a exigência da sua continuidade. Daí uma *genérica proibição de suspensão do fornecimento do serviço público* – artigo 5º, n.º 1, *a contrario sensu*.

Este não é, todavia, um princípio absoluto, mas tão só *tendencial*.

Desde logo, excepciona-se o *caso fortuito ou de força maior* (mesmo preceito).

Admite-se também em *casos justificados por mora do utente*, com obrigatoriedade de pré-aviso adequado e esclarecedor do motivo da suspensão – n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo. Restringe-se de qualquer modo esta possibilidade, não a admitindo «em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis» – n.º 4, e não se admitindo a recusa do seu pagamento, ainda que facturado juntamente com outros, tendo o utente direito a que lhe seja dada quitação daquele, nesse caso – artigo 6º.

Uma outra imposição da característica da essencialidade é, como visto, a *garantia de um mínimo de qualidade* do serviço. Tal exigência está assegurada pelo artigo 7º: «a prestação de qualquer serviço deverá obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões».

Já a *proibição de imposição e cobrança de consumos mínimos* (artigo 8º) é imposta pelo carácter público do serviço, que se não coadugna com a discriminação que tal representaria para os utentes com menos disponibilidade económicas.⁹¹

⁹⁰ Mais desenvolvidamente, sobre o tema, Pinto Monteiro, A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, 2000, pág. 345.

⁹¹ O mesmo se diga da proibição, constante do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho, no seu artigo 1º, n.º 2, da «exigência de prestação de caução, sob qualquer forma ou denominação, para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do fornecimento dos serviços públicos essenciais», apenas se vindo a admiti-la excepcionalmente, em caso de incumprimento por parte do consumidor, e com certas restrições.

Publicidade

1 – DISPOSIÇÕES FUNDAMENTAIS

No artigo 60º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* prescreve-se que «a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa».

Na *Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96, de 31 de Julho*, diz-se no artigo 7º, n.º 4, que «a publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores». E, no n.º 5 do mesmo artigo, que «as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário».

2 – CÓDIGO DA PUBLICIDADE

A legislação essencial relativa à publicidade está, porém, regulada no denominado *Código da Publicidade, publicado pelo DL 330/90, de 23 de Outubro*. Este diploma ordenou e racionalizou toda a legislação extravagante que havia nesta área e procedeu à sua harmonização com a legislação comunitária europeia, nomeadamente com as *Directivas 84/450/CEE, de 10 de Setembro, e 89/552/CEE, de 3 de Outubro*, e com a *Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras, assinada por Portugal em 18 de Novembro de 1989*.

Sofreu inúmeras alterações,⁹² a mais marcante as introduzidas pelo DL 275/98, de 9 de Setembro, no qual se clarificou o conceito de publicidade enganosa e se procedeu à harmonização do código com as *Directivas 97/36/CE, de 30 de Junho, e 97/55/CE, de 6 de Outubro*, relativas a publicidade comparativa e a medidas cautelares.

2.1 – Escopo essencial

Dimana deste diploma um *essencial intuito de protecção do consumidor*.

Se bem que, no seu preâmbulo se inscreva a publicidade como factor preponderante «no domínio da actividade económica» e «como instrumento

⁹² DL 74/93, de 10 de Março; DL 6/95, de 17 de Janeiro; Lei 31-A/98, de 14 de Julho; DL 275/98, de 9 de Setembro; DL 51/2001, de 15 de Fevereiro; DL 332/2001, 18 de Outubro; DL 81/2002, de 4 de Abril; Lei 23/2003, de 22 de Agosto; DL 224/2004, de 4 de Dezembro.

privilegiado do fomento da concorrência, sempre benéfica para as empresas e respectivos clientes», anunciando-se programaticamente que «importa enquadrar a actividade publicitária como grande motor do mercado, enquanto veículo dinamizador das suas potencialidades e da sua diversidade e, nessa perspectiva, como actividade benéfica e positiva no processo de desenvolvimento de um país». Porém, acaba-se por sublinhar que tal importância não permite descurar

a sua responsabilidade «na perspectiva, igualmente merecedora de atenção, da protecção e defesa dos consumidores e das suas legítimas expectativas». Concluindo-se que «uma sociedade responsável não pode deixar igualmente de prever e considerar a definição de regras mínimas, cuja inexistência, podendo consumir situações enganosas ou atentatórias dos direitos do cidadão consumidor, permitiria, na prática, desvirtuar o próprio e intrínseco mérito da actividade publicitária».

2.2 – Conteúdo

Analisemos, pois, este código.

2.2.1 – Noção de publicidade

Fixa-se desde logo o carácter desta lei, como *lei especial* por referência ao direito civil e ao direito comercial, estabelecendo que (artigo 2º) a publicidade se rege «pelo disposto no presente diploma e, subsidiariamente, pelas normas de direito civil ou comercial».

A *noção de publicidade* consta do artigo 3º, n.º 1: «considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições».

Por um lado, exige-se a natureza profissional da actividade do publicitante (explicitando-se, no artigo 5º, que tanto o anunciante como o agente publicitário gozam dessa qualidade). Complementa-se essa nota com outra de feição finalista – a publicidade visa a comercialização de bens ou serviços ou a promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Segue-se, no essencial, o conceito de publicidade constante da Directiva 84/450/CEE, de 10 de Setembro,⁹³ que é todavia menos lato, na medida em que

⁹³ «Na acepção da presente directiva, entende-se por: 1. Publicidade: qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações».

contempla apenas o fim de «promover o fornecimento de bens ou serviços». Nesse aspecto, a lei portuguesa aproxima-se da noção constante do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.⁹⁴

No artigo 4º, vai-se mais longe, definindo-se o tipo de actividade publicitária como sendo «o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efectuem as referidas operações». Enumerando, não taxativamente, as actividades de «concepção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias».

2.2.2 – *Sujeitos da relação publicitária*

Da conjugação dos artigos 4º e 5º, resultam determinados e definidos *sujeitos activos da relação publicitária*.

No que concerne ao seu *destinatário*, admite-se que possa ser tanto uma pessoa singular como uma pessoa colectiva e abrangendo quem quer que possa ser atingido pela mensagem publicitária e não só aquele a quem esta se dirige – artigo 5º, n.º 1, c).

2.2.3 – *Princípios gerais: licitude; identificabilidade, veracidade; respeito pelos direitos do consumidor*

São enumerados os princípios gerais pelos quais a publicidade deve reger.

O *princípio da licitude*, nos termos do qual «é proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados» – artigo 7º, n.º 1.

No n.º 2 deste preceito, dão-se exemplos, tais como a publicidade que:

- a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas;
- b) Estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa;
- c) Atente contra a dignidade da pessoa humana;

⁹⁴ Este código adopta uma noção ainda mais abrangente, na medida em que prescinde do carácter profissional da actividade, definindo genericamente publicidade como «toda actividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias».

- d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo;
- e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa;
- f) Utilize linguagem obscena;
- g) Encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente;
- h) Tenha como objecto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso».

O princípio da *identificabilidade*, segundo o qual «a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado» – artigo 8º, Nº 1. Proíbe-se expressamente a publicidade oculta ou dissimulada (artigo 9º).

O princípio da *veracidade*, nos termos do qual «a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos» (artigo 10º), proibindo a publicidade enganosa,⁹⁵ quer quanto ao conteúdo quer no que concerne à forma (artigo 11º). Para a determinação do carácter enganoso da mensagem publicitária, deve-se atender nomeadamente: às características dos bens ou serviços; ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como as condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; à natureza, às características e aos direitos do anunciante; aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.

Consagra-se, por fim, um genérico *princípio de respeito pelos direitos do consumidor*, segundo o qual «é proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor, com especial destaque para os direitos deste à saúde e à segurança (artigos 12º e 13º).

2.2.4 – Restrições à publicidade

Introduzem-se *restrições à publicidade* (artigos 14º a 22º), que tanto podem incidir sobre o *conteúdo* (publicidade dirigida a menores; publicidade testemunhal; publicidade comparativa) como sobre o *objecto* da publicidade (bebidas alcoólicas; tabaco; tratamentos e medicamentos; publicidade em estabelecimentos de ensino

⁹⁵ Paulo Netto Lobo, A INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, 2001, pág. 38, refere, a propósito da publicidade enganosa: «Até o advento e consolidação do direito do consumidor, a publicidade não gerava consequências jurídicas a quem dela se utilizasse ou mesmo abusasse. Entendia-se que era o preço a pagar ou a ser suportado pela sociedade, para o desenvolvimento das actividades económicas, em favor do irrestrito princípio da livre iniciativa. Afirmava-se que era um “*dolus bonus*”, tolerado ou desconsiderado pelo direito, pois sua função era apenas a de estimular e atrair ao consumo».

ou destinada a menores; jogos de fortuna ou azar; cursos; veículos automóveis; produtos e serviços milagrosos⁹⁶).

2.2.5 – Formas especiais de publicidade

Regulam-se os princípios a que devem obedecer certas formas especiais de publicidade, tais como a *publicidade domiciliária ou por correspondência*⁹⁷ e a publicidade sob a forma de *patrocínio* (financiamento de programas) – artigos 23º e 24º.

Nos artigos 25º e 25º-A, enunciam-se as regras da *publicidade televisiva*, com especial destaque para a televenda (difusão de ofertas directas ao público, realizada por canais televisivos, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações mediante remuneração).

2.2.6 – Relações entre os sujeitos da actividade publicitária

As relações entre os sujeitos da actividade publicitária (já definidos nos artigos 4º e 5º – anunciante, profissional, agência de publicidade e entidades que explorem suportes publicitários), bem como as suas relações com terceiros, merecem também previsões específicas.

Assim, no artigo 28º, enuncia-se um *princípio de utilização exclusiva para o fim contratual* dos produtos da actividade publicitária.⁹⁸

⁹⁶ No que concerne à publicidade aos produtos milagrosos, que é caracterizada no artigo 22º-B como « a publicidade que, explorando a ignorância, o medo, a crença ou a superstição dos destinatários, apresente quaisquer bens, produtos, objectos, aparelhos, materiais, substâncias, métodos ou serviços como tendo efeitos específicos automáticos ou garantidos na saúde, bem-estar, sorte ou felicidade dos consumidores ou de terceiros, nomeadamente por permitirem prevenir, diagnosticar, curar ou tratar doenças ou dores, proporcionar vantagens de ordem profissional, económica ou social, bem como alterar as características físicas ou a aparência das pessoas, sem uma objectiva comprovação científica das propriedades, características ou efeitos propagandeados ou sugeridos», deixa-se nota do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 384/2003 do Tribunal Constitucional (sumariado *in* Estudos de direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 470), que não considerou inconstitucional este preceito, por pretensa violação dos direitos a informar e à iniciativa privada, já que o mesmo se limita a estabelecer restrições ao exercício daqueles direitos e que tais limites não só não atingem o núcleo essencial dos mesmos, como se justificam por razões de interesse geral – “o evitar o aproveitamento da ignorância, do medo, da crença e da superstição dos consumidores relativamente à oferta de bens ou serviços a que são atribuídas, sem uma objectiva comprovação científica, determinadas características ou efeitos, ditos milagrosos, nos domínios físico, psicológico, económico e outros da pessoa humana».

⁹⁷ O regime da *publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia* consta da Lei 6/99, de 27 de Janeiro.

⁹⁸ Anote-se que a remissão da parte final do artigo 28º para as operações referidas no n.º 2 do artigo 4º não levou em conta a não taxatividade da enumeração efectuada neste, o que pode criar dúvidas quanto à sua aplicabilidade a outras operações que não as nesse preceito expressamente referidas. Julgamos que se impõe, sob pena de absurdo, uma interpretação extensiva dessa remissão.

No artigo 29.º, remete-se para a legislação sobre direitos de autor a *disciplina da criação publicitária*.

No artigo 30.º, estabelece-se um princípio de *responsabilidade solidária dos anunciantes e agentes de publicidade perante terceiros*, no âmbito da responsabilidade civil extra-contratual, admitindo-se todavia aos anunciantes eximir-se da mesma mediante prova de não terem tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

2.2.7 – Fiscalização e sanções

Um último capítulo (artigos 34º a 41º), sob a epígrafe “fiscalização e sanções” prevê sanções pelo não cumprimento das disposições do código (coimas ou sanções acessórias: apreensão de objectos utilizados na prática das contra-ordenações; interdição temporária do exercício da actividade publicitária; privação do direito a subsídios ou benefícios; encerramento temporário das instalações e cancelamento de licenças ou alvarás), aplicação de medidas preventivas (suspensão, cessação ou proibição da publicidade), determinando quais as entidades a quem compete a fiscalização, a instrução dos processos e a aplicação das sanções e das medidas.

2.2.8 – Exclusão

Refira-se ainda que os preceitos do código não se aplicam à *publicidade do Estado* (artigo 27º), que é regulada em diploma próprio.⁹⁹

Responsabilidade civil do produtor

A disciplina deste instituto está regulada no DL 383/89, de 6 de Novembro (alterado pelo DL 131/2001, de 24 de Abril) – responsabilidade do produtor de produtos defeituosos –, diploma que transpôs para a ordem jurídica portuguesa o regime das Directivas 85/374/CEE, de 25 de Julho, e 1999/34/CE, de 10 de Maio, relativas à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.¹⁰⁰

1 – A RESPONSABILIDADE OBJECTIVA

O artigo 1º do DL 383/89 enuncia o princípio geral de que «o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação».

⁹⁹ No DL 231/2004, de 13 de Dezembro, estabelecem-se as regras aplicáveis à distribuição das acções informativas e de publicidade do Estado pelas rádios locais e pela imprensa regional.

¹⁰⁰ Profundamente relacionado com este diploma está o DL 311/95, de 20 de Novembro, relativo à segurança geral dos produtos (que transpôs a Directiva 92/59/CEE, de 29 de Junho), ao qual adiante faremos referência pontual.

A responsabilidade objectiva tem o seu fundamento último no princípio de que quem auferir determinadas vantagens deve arcar com os correspondentes inconvenientes. No presente caso, o lucro do produtor justificará a assumpção da responsabilidade pelos defeitos do bem produzido, mesmo que estes não lhe sejam imputáveis a título de culpa – *ubi commoda ibi incommoda*.

Sobre o concreto fundamento desta opção, Calvão da Silva ¹⁰¹ aponta quatro possíveis factores:

- *disseminação do risco de dano pela sociedade*, incorporando os prémios de seguro pagos pelo produtor nos preços dos produtos;
- *dissuasão e controlo do risco*, ao induzir o fabricante à máxima segurança dos produtos mediante mais investimentos na investigação para eliminar ou reduzir o risco de comercializar produtos defeituosos e perigosos para a vida humana, a saúde e integridade pessoal;
- *protecção das expectativas do consumidor*, confiado na qualidade e segurança dos produtos apresentados ao público através da sua descrição, publicidade e marketing;
- *redução de custos*, já que a exigência e certeza da responsabilidade objectiva diminuirá os litígios judiciais e estimulará transacções extrajudiciais, baixando o tempo e os custos de funcionamento do sistema de reparação das vítimas».

O centrar no produtor dessa responsabilidade entroncará na constatação de que cada vez mais se esbate a intervenção dos intermediários, no que concerne a actos que possam contender com a qualidade dos produtos. Por outro lado, daí resultará uma maior facilidade para os destinatários dos produtos, distanciados do produtor por uma cada vez maior cadeia de intermediários, o que poderia vir a dificultar, em termos de responsabilidade aquiliana, o apuramento do verdadeiro culpado.

No preâmbulo do DL 383/89, justifica-se sucintamente a opção:

«No artigo 1.º consagra-se o princípio fundamental de responsabilidade objectiva do produtor, desenvolvido nas normas sucessivas. É a solução preconizada pela doutrina como a mais adequada à protecção do consumidor na produção técnica moderna, em que perpassa o propósito de alcançar uma justa repartição de riscos e um correspondente equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor».

Definem-se ainda nesse preâmbulo as *linhas de força essenciais do diploma: tutelar eficazmente o lesado; não agravar demasiado a posição do produtor*.

¹⁰¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 3ª Edição, Almedina, 2004, pág. 178.

2 – TUTELA EFICAZ DO LESADO

Ao estabelecer a eficaz tutela do lesado como razão prioritária do regime que se introduz, marcou-se o tipo de intervenção legislativa que se pretendia, *muito ao jeito da restante legislação na área do consumo, cujo carácter finalista se reconduz à tentativa de reposição de um reequilíbrio nas relações de consumo*, mediante especiais normas de protecção ao consumidor.

Anote-se, no entanto, que este diploma *não visa só proteger o consumidor*, tendo um alcance mais lato. É que decorre do seu artigo 8º: «são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino».¹⁰²

Convém esclarecer que, como bem refere Calvão da Silva:¹⁰³

«Contra isto não depõe o facto de os danos em coisas diversas do produto defeituoso ser confinado a bens de consumo (2ª parte do art. 8º), porquanto prejuízos deste tipo, tal como os danos pessoais, podem ser causados por bens de investimento. É que, bem vistas as coisas, são dois problemas distintos: um, o do produto causador do dano, que pode ser qualquer coisa móvel, sem distinção entre bens de consumo e bens de equipamento (art.3º); outro, o dos danos ressarcíveis, que o legislador, na parte relativa aos prejuízos em coisas e por razões de ordem prática – com vista a evitar indemnizações muito vultosas, “insuportáveis”, pelo produtor –, circunscreve aos causados em bens de consumo, deixando de fora os provocados em bens de produção».

Tal desígnio protector do diploma justifica, segundo o próprio legislador, algumas opções.

2.1 – Desde logo, uma *noção ampla de produtor*. A qual irá incluir não só o fabricante do produto como também aquele que como tal se apresenta, o comerciante que o importe do exterior da CEE e o que não identifique o seu produtor ou importador.

Assim, o artigo 2º:

1 – Produtor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo.

¹⁰² No DL 311/95, relativo à segurança geral dos produtos, optou-se por um critério mais restritivo, apenas visando o bem «destinado aos consumidores ou susceptível de por eles ser utilizado» - artigo 2º, n.º 1, a).

¹⁰³ CALVÃO DA SILVA, ob. cit., pág. 186.

2 – Considera-se também produtor:

- a) Aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição;
- b) Qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente».

2.2 – Depois, a *solidariedade de vários responsáveis*, remetendo-se para as relações entre estes a discussão do grau de culpa com que cada um deles tenha contribuído para o dano.

Consagrada no artigo 6º:

- 1 – Se várias pessoas forem responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.
- 2 – Nas relações internas, deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano.
- 3 – Em caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais».

2.3 – Bem como a *não diminuição da responsabilidade do produtor pela intervenção de terceiro que tenha contribuído para causar o dano*.

O que decorre do n.º 2 do artigo 7º: «sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo anterior, a responsabilidade do produtor não é reduzida quando a intervenção de um terceiro tiver concorrido para o dano».

2.4 – Ou a *inderrogabilidade do regime da responsabilidade*.

Aliás, a imperatividade das normas é característica do direito do consumidor que, como já realçámos, tem uma das suas notas essenciais na procura do reequilíbrio nas relações de consumo. Ora, tendo como pressuposto uma superioridade negocial, compreende-se que se queira evitar à partida qualquer possibilidade de manipulação por parte do mais forte, impedindo a derrogação do regime legal pela vontade das partes.

Assim, o preceituado no artigo 10º: «não pode ser excluída ou limitada a responsabilidade perante o lesado, tendo-se por não escritas as estipulações em contrário».

2.5 – Por fim, a *preservação da responsabilidade decorrente de outras disposições legais*.

É também o princípio de uma maior protecção do consumidor que impõe a disciplina do artigo 13º: «o presente diploma não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais». Por exemplo, se o produtor actuar através de comissário responde independentemente de culpa, nos termos do artigo 500º do Código Civil. Ora, sem aquela restrição, o comprador poderia ficar menos bem protegido, já que a disciplina do presente diploma não consagra a responsabilidade objectiva em toda a sua plenitude.

Como de seguida se verá.

3 – *NÃO AGRAVAMENTO EM DEMASIA DA POSIÇÃO DO PRODUTOR*

Na verdade, entendeu o legislador que, e continuamos a seguir o preâmbulo do diploma, «o intuito de não agravar demasiado a posição do produtor leva a que a responsabilidade objectiva não seja absoluta». Assim, introduziu alguns preceitos que atenuam aquela responsabilidade.

3.1 – Exclusão de responsabilidade

Desde logo, elencou no artigo 5º algumas causas de exclusão da responsabilidade:

«O produtor não é responsável se provar:

- a) Que não pôs o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;
- c) Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional;
- d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;
- f) Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo».

Dever-se-á realçar que também se excluiu, na alínea e), a não detecção do defeito por tal conhecimento não fazer parte do estado dos conhecimentos científicos e técnicos, à data em que o produtor pôs o produto em circulação. Não se tendo

usado da faculdade concedida pela directiva 85/374/CEE de introduzir a responsabilidade pelos chamados riscos do desenvolvimento.

Anote-se ainda que se previu a hipótese de a indemnização ser reduzida ou excluída, possibilidade que é conferida pelo artigo 7.º, n.º 1, em caso de concorrência de culpa do lesado: «quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização».

3.2 – Limite de responsabilidade

No mesmo sentido, o artigo 9º estabeleceu uma franquia, determinando que «os danos causados em coisas a que se refere o artigo anterior só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 €». Anote-se que a responsabilidade é ilimitada, quanto aos danos pessoais que se referem no artigo 8º.¹⁰⁴

3.3 – Prazos de prescrição e de caducidade

Encurtaram-se também os prazos de prescrição que resultariam da aplicação da lei geral. Pretendeu-se dar uma certa segurança ao produtor, por um lado, e, por outro, precaver as dificuldades de prova que o diferimento no tempo da possibilidade de accionar o produtor acarretaria.

Assim, no artigo 11.º, determinou-se que «o direito ao ressarcimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor». E, no artigo 12º, que «decorridos 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano, caduca o direito ao ressarcimento, salvo se estiver pendente acção intentada pelo lesado».

3.4 – Exclusão de danos produzidos por acidentes nucleares

Nos termos do artigo 14º, não são aplicáveis as disposições do presente diploma «aos danos provenientes de acidentes nucleares regulados por convenções internacionais vigentes no Estado Português».¹⁰⁵

¹⁰⁴ Este regime foi introduzido pelo DL 131/2001, de 24 de Abril. Na redacção anterior do DL 383/89, a franquia do artigo 9º era de 70.000\$00 e havia um limite para a indemnização dos danos pessoais – 10 mil milhões de escudos.

¹⁰⁵ Antes da alteração do DL 131/2001, este diploma também não se aplicava aos produtos agrícolas naturais que não tivessem sofrido qualquer transformação, o que constava do primitivo n.º 2 do artigo 3º. Como se refere no preâmbulo daquele DL, por referência à Directiva 1999/34/CE, que transpõe:

4 – NOÇÃO DE PRODUTO DEFEITUOSO

Cumpra uma referência final ao conceito de defeito que é adoptado no diploma. Dispõe o artigo 4º que:

- «1 – Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.
- 2 – Não se considera defeituoso um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado».

A noção de defeito que neste preceito é adoptada reporta-se «à falta de segurança com que legitimamente se pode contar» e não à sua falta de qualidade. Dá-se assim *prevalência a interesses que têm em vista a vida, a integridade física e a saúde das pessoas, em detrimento dos que se reportam ao cumprimento estrito do contrato*.¹⁰⁶

Quanto aos *factores que deverão ser ponderados para efeito de determinar essa falta de segurança*, são apontados, não taxativamente, a apresentação do produto, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e a altura em que é posto em circulação. Calvão da Silva¹⁰⁷ refere outros, tais como «a natureza do produto e o seu preço, a sua utilidade ou importância para a humanidade, a possibilidade de eliminação do defeito sem pôr termo à utilidade do produto, a viabilidade de um produto substituto ou alternativo que satisfaça a mesma necessidade sem insegurança, a possibilidade tecnológica, a probabilidade do dano e a sua evitabilidade pelo utente».

«Esta directiva visa alargar o princípio da responsabilidade objectiva previsto na Directiva n.º 85/374/CEE a todos os tipos de produtos, incluindo os produtos agrícolas, designadamente às matérias-primas agrícolas e aos produtos da caça.

Nesta medida, o produtor ou o importador destes produtos constitui-se na obrigação geral de indemnizar independentemente de culpa, circunstância que contribui para aumentar o nível de protecção dos consumidores e restaurar a confiança destes últimos na segurança da protecção agrícola, encorajando os produtores e os importadores a respeitar escrupulosamente as normas e medidas de protecção aplicáveis e a adoptar uma atitude responsável no que respeita à segurança das matérias-primas agrícolas.

De igual modo, possibilita-se a aplicação do regime da responsabilidade objectiva às matérias-primas agrícolas em todos os países da União, suprimindo-se assim os riscos de distorção de concorrência no mercado único resultante das disparidades entre os regimes de responsabilidade aplicáveis àquelas e as dificuldades resultantes da determinação precisa da fronteira entre as matérias-primas agrícolas e os produtos transformados».

¹⁰⁶ CALVÃO DA SILVA, ob. cit., pág. 189.

¹⁰⁷ CALVÃO DA SILVA, ob. cit., pág. 195.

Cláusulas Contratuais Gerais

O regime das cláusulas contratuais consta do *DL 446/85, de 25 de Outubro*, diploma que sofreu alterações com os *DL 220/95, de 31 de Janeiro*, e *DL 249/99, de 7 de Julho*, com vista a assegurar a transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril.

1 – DA ECLOSÃO DA FIGURA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

1.1 – Intervencionismo no direito público e no direito privado

O primitivo Estado de Direito da optimista ordem liberal cedo deu lugar ao *intervencionismo do Estado de Direito Social*, na procura do resguardo de uma igualdade que se constatou não resultar da livre concorrência. Tal intervenção mais ou menos acentuada do Estado veio, em uma segunda fase, a revelar-se também ela fonte de injustiças, pelo que se tornou necessário acautelar o cidadão contra os abusos do próprio poder político. O que está na génese da consagração dos *direitos e garantias fundamentais*, oponíveis por qualquer cidadão também ao Estado. Anote-se que o árbitro do possível dissídio daí decorrente é o poder judicial. Que se regerá por princípios gerais, consagrados pelo costume ou expressamente consignados em diploma fundamental, que se impõem ao próprio poder político constituído.

É no culminar desta evolução que surpreendemos a consagração de um princípio geral de reposição de igualdade nas relações económicas entre os cidadãos. Constatara-se, na verdade, que o poder político «*stricto sensu*» não conseguia com a sua intervenção política assegurar aquela. Pelo que se remeteu para o poder judicial a tarefa de definir no concreto se a sobredita igualdade é ou não respeitada.

Dir-se-ia nada haver de novo relativamente aos princípios gerais que classicamente regem as relações privadas, nomeadamente os limites impostos ao princípio da liberdade negocial pela consagração legal de normas protectoras, como as referentes à divergência entre vontade real e declarada, ao dolo, à coacção, à simulação e à reserva mental; ou de proibições relativas, como a dos negócios usurários ou dos pactos leoninos. Aceitar como válida tal asserção é esquecer que o que de novo se nos perfila é um *princípio geral com um alcance muito mais vasto, na medida em que visa a reposição da igualdade nas relações jurídicas, face a uma desigualdade que axiomáticamente se pressupõe*.

Até aqui, a regra era a igualdade. Agora, plasma-se a desigualdade como ponto de partida.

1.2 – Princípio da liberdade contratual. A liberdade como conceito ambíguo

É precisamente com a disciplina das cláusulas contratuais gerais que mais impressivamente se faz sentir essa necessidade de reposição da igualdade real na contratação. Na verdade, a massificação e generalização conexas com a evolução tecnológica influenciou decisivamente a disciplina contratual. Actualmente, *os meios de pressão e de sugestão podem ser potenciados de forma a anularem completamente qualquer apriorística liberdade de contratar*, desse modo operando uma forte clivagem no pressuposto que presidia ao clássico direito contratual – a conjugação de vontades livres, corolário da situação de igualdade das partes contratantes.¹⁰⁸

O que se torna necessariamente fonte de disparidades quando, por exemplo, uma das partes se propõe estabelecer relações contratuais com um número indeterminado de destinatários, que se limitam a aderir ou não a uma proposta contratual prévia e cuidadosamente elaborada por aquela, à luz dos seus interesses.¹⁰⁹

2 – NOÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

É essa a razão de ser dos regimes das cláusulas contratuais gerais ou, talvez mais rigorosamente, das condições gerais dos contratos.

2.1 – Noção legal (generalidade – indeterminação – pré-elaboração – adesão)

No n.º 1 do artigo 1.º do DL 446/85, define-se o âmbito de aplicação deste: «as cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma».

¹⁰⁸ Ver o artigo 405º do Código Civil, que consagra o princípio da liberdade contratual: «dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver».

¹⁰⁹ Como se desenvolve no preâmbulo do DL 446/85:

«As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela.

A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios e outras formas de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes. O problema da correcção das cláusulas contratuais gerais adquiriu, pois, uma flagrante premência».

São vários os conceitos que são utilizados neste preceito, próximos uns dos outros mas não inteiramente coincidentes. Pelo que convém aprofundá-los.

Assim, desde logo, a *generalidade*, que se reporta ao facto de as cláusulas serem dirigidas não a uma pessoa mas antes a um conjunto de indivíduos pertencentes a determinada categoria.

Próxima desta, a *indeterminação*, relativa à não identificação do destinatário a quem as cláusulas se destinam. Embora co-exista normalmente com a generalidade, não se identifica com esta. Na verdade, as pessoas que integram a generalidade a quem a cláusula se dirige podem estar determinadas.

Depois, a *pré-elaboração*, que se liga à feitura da cláusula antes de ser encetada a negociação com o seu destinatário.

Intimamente ligada a esta nota, mas com ela não coincidindo, pois se refere ao seu contraponto, a *adesão* – os destinatários limitam-se a subscrevê-las ou aceitá-las.

É importante ter consciência de cada um destes conceitos. A sua *distinção não tem só relevância no campo didáctico*.

Na verdade, por exemplo, a generalidade deixou de ser requisito essencial de aplicação do DL 446/85, após a alteração introduzida ao artigo 1º deste pelo DL 249/99, de 7 de Julho, por força da obrigatória transposição do regime imposto pela Directiva nº 93/13/CEE. Assim, aditou-se um nº 2 àquele preceito, alargando o âmbito de aplicação do diploma a “cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pôde influenciar”.¹¹⁰

Também a característica mais próxima da generalidade, que como vimos é a da indeterminação, cedeu, com a referência expressa que se faz aos contratos individualizados como podendo ser abarcados pelo diploma.

Em suma, *o critério determinante para uma cláusula ser abrangida pelo regime do DL 446/85 deixou de ser o da generalidade para passar a ser o da não negociação*,

¹¹⁰ O nº 2 foi introduzido pelo DL n.º 249/99, de 7 de Julho, para completar o acto de transposição da Directiva n.º 93/13/CEE iniciado pelo DL n.º 220/95. Já que, como se refere no preâmbulo daquele diploma, «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». Corresponde ao artigo 3.º, nºs 1 e 2, parágrafo 1.º, da Directiva. Em sintonia com esta ampliação do alcance do diploma, que deixou de ser apenas aplicável às cláusulas contratuais gerais, a epígrafe deste artigo foi também alterada, substituindo-se “cláusulas contratuais gerais” por “âmbito de aplicação”.

característica dos contratos de adesão.¹¹¹ Sendo de questionar a legitimidade da epígrafe que ele continua a ter: “cláusulas contratuais gerais».

2.2 – Factores determinantes da não igualdade na contratação

A desigualdade na contratação a que supra aludimos e que se pretende combater decorre de três factores.

2.2.1 – O primeiro reporta-se à *generalidade e à indeterminação*. Dirigindo-se as cláusulas contratuais a um grupo genericamente identificado e normalmente constituído por um conjunto indiferenciado de pessoas, não foram levados em conta na sua elaboração os interesses concretos e específicos de cada uma delas.

Como vimos, a generalidade não é actualmente requisito essencial de aplicação do DL 446/85, substituída pelo critério da não negociação.

2.2.2 – Com o que se enfatizou a segunda possível causa de apriorístico desequilíbrio contratual, que tem a ver com a *não negociação* das cláusulas. Presumindo-se que na elaboração destas se atendeu preferencialmente aos interesses de quem as ditou em detrimento dos daqueles a quem elas se dirigem.

Quanto a este segundo ponto, anote-se que o critério do artigo 1º, n.º 2, do DL 446/85 (como o, e na sequência do, artigo 3º, n.º 2, 1, da Directiva 93/13/CEE) é simultaneamente o da pré-formulação e o da não possibilidade de influenciar por parte do destinatário da cláusula, tudo o que pressupõe a não negociação (ver o n.º 3 do mesmo artigo – ónus da prova da negociação).¹¹²

¹¹¹ Tal inflexão ficou por aqui, na medida em que aquela Directiva também não foi longe demais. Assim também na lei alemã.

Em França, aplica-se o regime aos próprios contratos negociados, desde que se verifique uma desproporção das prestações que ponha em causa o princípio da igualdade. No Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, Lei nº 8.708, de 11 de Setembro de 1990 (artigos 51º, IV, e 54º), aplica-se igualmente aos próprios contratos negociados, havendo todavia exigências acrescidas para os contratos de adesão (ver artigos 46º a 54º).

¹¹² Nesse sentido, SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, pág. 597:

«Mas não sendo, em si, requisito suficiente, a preformulação é um requisito necessário. De facto, podendo a impossibilidade de influência no conteúdo por parte de um dos contraentes – a condição material decisiva – ter diferentes causas, é imprescindível, à luz do disposto no art. 3.º, N.O. 2, 1, que ela promane de uma redacção prévia, com o sentido apontado. Esse preceito é muito claro a estabelecer uma conexão causal entre um dado e o outro, através do advérbio de modo “consequentemente”. Podendo não ser (e normalmente não é) causa única daquela situação, a preformulação tem que constituir uma das suas causas. A directiva não dispensa, pois, esse factor como requisito da sua aplicação, fixando uma linha consequencial entre preformulação, falta de negociação e impossibilidade de influência no conteúdo».

2.2.3 – Para essa não igualação contribuirá ainda a *maior debilidade do destinatário* dessas cláusulas. A qual provem do mais acentuado domínio da relação contratual por parte do empresário. Na verdade, quem profissionalmente se dedica a determinado ramo de actividade, colhe conhecimentos que lhe permitem por força dessa especialização tirar mais proveito de uma relação contratual encetada nessa área. Anote-se que este factor não se identifica necessariamente com o maior poderio económico. Se o Sr. Bill Gates, um dos homens mais ricos do mundo, se apresentar a comprar sabonetes, estará em uma posição contratual mais débil do que o fabricante dos mesmos, por mais modesto que este seja. Situação que se inverteria se fosse este a comprar produtos informáticos a uma empresa daquele.

3 – ÂMBITO DO DIPLOMA – EXTRAVASA AS RELAÇÕES PRODUTOR-CONSUMIDOR

Convém fazer um parênteses, alertando para o facto de o DL nº 446/85 ter um alcance que se não se circunscreve às relações entre produtor e consumidor. O diploma é mais vasto, visando todas das relações contratuais gerais não negociadas (cfr. artigo 1º). Se bem que dê expressamente uma *especial protecção ao consumidor*, ao enunciar uma dupla ordem de cláusulas proibidas, sendo que as relativas às relações entre empresários e consumidores finais são mais extensas do que as que respeitam tão só às relações entre empresários (cfr. artigos 17º a 22º).¹¹³

4 – O CRITÉRIO LEGAL – BOA-FÉ E REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

4.1 – Pevisão legal

Vimos que o postulado fundamental, cuja etiologia já também apurámos, é o da necessidade de uma reposição da igualdade real na contratação. Mas será esse o critério consagrado legalmente?

A legitimidade de tal questionamento prende-se com o teor do *artigo 15º* do DL 446/85, que estabelece o princípio geral de que «são proibidas as cláusulas gerais contrárias à boa-fé».

Seguidamente, concretizando no *artigo 16º*:

¹¹³ Daí a necessidade de duas adaptações à Directiva 13/93 da CEE, que apenas se reporta às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores – DL nº 220/95, de 31 de Janeiro, e DL 249/99, de 7 de Julho.

«Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente:

- a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis;
- b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.

4.2 – Seu alcance

Vejam os a que é que uma análise mais atenta destes preceitos nos conduz. O *objectivo* não é mais do que o interesse que a parte visa satisfazer com o contrato. A *confiança* reporta-se à legítima expectativa quanto a um equilíbrio desse interesse com o da contraparte.

Em suma, e procurando alguma materialidade no enunciado da lei, uma cláusula será contrária à boa-fé se a confiança depositada pela contraparte contratual naquele que elegeu determinada cláusula for defraudada em virtude de, da análise comparativa dos interesses dos contratantes, resultar para este uma vantagem injustificável.

Anote-se que, *por mais roupagem que se dê aos conceitos utilizados, sempre somos reconduzidos à ideia de equilíbrio, ou de reequilíbrio, das prestações.* A qual tem imanente, por sua vez, a de reposição de igualdade. Foi por isso que, nos casos em que se procurou dar expressão ao princípio da boa-fé, como *quando se definiu o critério dos limites para a subsistência dos contratos singulares e da sua redução, se apelou ao conceito de desequilíbrio de prestações: “ocorra um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé” – artigo 9º, nº 2; “conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé” – artigo 14º.*

É, portanto, sempre a ideia de combate à desigualdade, que, como já vimos, decorre de uma tripla ordem de factores, a comandar a disciplina do diploma das cláusulas contratuais gerais. Pressupondo-se, quase *jure de jure*, que quem cria esse desequilíbrio, havendo superioridade negocial, actua com má-fé.

5 – MEIOS DE CONTROLO

Analisemos a forma como o legislador procurou evitar que a apontada situação de desequilíbrio desse os seus frutos.

5.1 – Controlo de inclusão de cláusulas (obrigação de comunicação – dever de informação – prevalência das cláusulas especificamente acordadas – exclusão de cláusulas)

Desde logo, através de normas que precavesses o inconveniente que se visa combater, qual seja a natural falta de consciência e de ponderação por parte do destinatário das cláusulas.

Assim, impôs no artigo 5º, nºs 1 e 2, uma *obrigação de comunicação* adequada das cláusulas ao aderente:

- «1 – As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las.
- 2 – A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência».

Esclarecendo, no n.º 3, que «o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais».¹¹⁴

No artigo 6º postula-se ainda um *dever de informação*:

- «1 – O contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.
- 2 – Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados».

Anote-se que tal dever não se queda por simples informação, assumindo antes a feição de esclarecimento, conceito que é apresentado com um alcance mais lato.

Consagra-se, por outro lado, o princípio da *prevalência das cláusulas especificamente acordadas*, no artigo 7º: «as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre

¹¹⁴ Está claro que o facto de um determinado contrato estar subscrito pelo aderente, apresentando-se o seu teor perfeitamente legível, por os caracteres em que se encontra redigido e a sua conformação assim o permitirem, é um passo importante em termos de prova para que esse ónus da prova seja cumprido. O que se não pode esquecer é que tal constitui apenas um princípio de prova, não podendo por si só consubstanciar a satisfação desse ónus. No acórdão do STJ de 12.12.2002, como se infere do seu sumário, *in* <http://www.dgsi.pt>, parece não se ter apreciado com rigor essa norma.

quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes».

E estabelece-se, no artigo 8º, como consequência do não respeito por aquelas duas obrigações, a *exclusão das cláusulas* dos contratos.

5.2 – Controlo do conteúdo das cláusulas

Além daquelas exigências quanto à formação da vontade de negociar, prevê-se um controlo do próprio conteúdo das cláusulas.

5.2.1 – Controlo preventivo – acções inibitórias

São de particular originalidade perante o direito clássico várias soluções de carácter preventivo.

Desde logo, as *acções inibitórias*, genericamente previstas no artigo 25º, através das quais podem ser proibidas cláusulas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares. Proibição que poderá ser provisória, conforme a preceituado no artigo 31º.

Este tipo de acção apresenta uma série de inovações, atinentes à legitimidade para a sua propositura (nos termos do artigo 26º, apenas conferida a associações e ao Ministério Público), à legitimidade passiva (quem inclui, proponha ou recomende cláusulas – artigo 27º), ao alcance do caso julgado (que pode ser invocado por terceiros contra o condenado – artigo 32º)¹¹⁵ e aos meios de tornar eficaz a condenação (estabelece sanção pecuniária compulsória para o vencido que infrinja a condenação – artigo 33º- e prevê a publicitação da sentença, quer através da publicação da sentença – artigo 30º, n.º 2-, quer através do seu registo em serviço de registo de cláusulas declaradas nulas ou proibidas – artigos 34º e 35º).

5.2.2 – Conteúdo propriamente dito

No artigo 15º, são proibidas cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, enunciado sobre cujo alcance já nos pronunciámos.

Anotaremos agora a forma ilustrativa que o legislador procurou acrescentar àquela genérica proibição. Na verdade, nos artigos 18º, 19º, 21º e 22º, *enumerou não taxativamente* uma série de cláusulas proibidas. As quais, tal como quaisquer

¹¹⁵ «Estamos perante um caso julgado *secundum eventum litis* (...): o caso julgado favorável aproveita ao terceiro; o caso julgado desfavorável é-lhe inoponível» - LEBRE DE FREITAS, Os Meios Processuais à Disposição dos Pleiteantes em Sede de Condições Gerais dos Contratos, *in* BMJ n.º 426, pág. 5 e sgs. (pág. 10).

outras que infrinjam o princípio da boa-fé,¹¹⁶ são *nulas*, podendo o aderente, no entanto, optar pela *subsistência do contrato*, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, ou pela sua *redução* – cfr. artigos 12º, 13º e 14º.

5.2.2.1 – Âmbito das proibições

No que concerne ao seu âmbito, foram consideradas *duas classes de proibições*.

As que abarcam quer as relações entre empresários ou entidades equiparadas quer as relações destes com os consumidores finais – as constantes dos artigos 18º e 19º, por força do disposto no artigo 17º.

As que apenas se aplicam às relações com os consumidores finais – as dos artigos 21º e 22º, por força do disposto no artigo 20º.

Esta *hierarquia tem a sua razão de ser na maior debilidade que o consumidor final apresenta* em cotejo com outro também aderente que não esteja nessa situação. E tem muito a ver com a polémica a que já atrás aludimos, a propósito da extensão do conceito de consumidor.

5.2.2.2 – Força das proibições (*cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas*)

Uma outra distinção atravessa essa enumeração. As *cláusulas absolutamente proibidas*, que são sempre proibidas (as dos artigos 18º e 21º). E as *cláusulas relativamente proibidas*, que só o são consoante o quadro negocial padronizado (as dos artigos 19º e 22º).

Esta distinção que foi colhida da lei alemã que regulamenta o regime das condições gerais dos contratos, na qual aliás se inspirou o DL 446/85. Efectivamente, naquela lei,¹¹⁷ prevê-se as cláusulas proibidas sem possibilidade de valoração (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*) a par das cláusulas proibidas com possibilidade de valoração (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*).

¹¹⁶ Não devemos nunca esquecer que, mesmo nesta enumeração, o que está sempre em causa é o abuso de uma situação de superioridade, atentatória do princípio da boa-fé. Repudiamos pois afirmações como a de ALMENO DE SÁ, in *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, 2ª Ed., pág. 69: «no jogo operativo do modelo, a norma que declara proibidas as cláusulas contrárias à boa fé funciona, assim, como uma espécie de «última rede» em relação a qualquer tipo de cláusulas, incluindo aquelas que não estão de todo abrangidas pelo catálogo de proibições.». Pelo menos metodologicamente, será de evitar esta duplicação, que esquece que as proibições mais não são do que concretizações do princípio da boa fé e não preceitos com conteúdo autonomizado em relação a ele.

¹¹⁷ AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976. Está publicada, com tradução, por HEINRICH HÖRSTER e SINDE MONTEIRO, na RDE, Ano V (1979), pág. 417 e sgs.

Quanto às primeiras, na generalidade, a sua nulidade já resultava de outros preceitos, por referência ao artigo 294º do Código Civil (nulidade de negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo). Assim se percorrermos a aludida relação, surpreendemos de imediato os correspondentes preceitos do Código Civil dos quais já decorria a nulidade das cláusulas.¹¹⁸

Poder-se-ia, assim, questionar o interesse dessa enumeração, na medida em que nenhum preceito novo é introduzido na ordem jurídica. Anote-se, no entanto, o carácter pedagógico que dela emana, ao chamar a atenção para as normas de carácter imperativo que as cláusulas contratuais gerais mais frequentemente violam.

Já o elenco das cláusulas relativamente proibidas traz algo de verdadeiramente novo. Aliás, nos enunciados destas utilizam-se *conceitos abertos e indeterminados*, a preencher através de uma actividade valorativa, contrariamente ao que acontece nas absolutamente proibidas, com *fórmulas categóricas*.

É nelas que a actividade criativa do intérprete e do aplicador da lei irá ter de apelar a juízos de conteúdo sociológico para objectivar os conceitos abertos que nelas são plasmados.¹¹⁹ Sendo certo que essa sua actividade constituirá incentivo e precioso guia na detecção de outras cláusulas que, por força do quadro negocial padronizado¹²⁰ em que se inserem, resultam em abusiva utilização de uma posição de predominância e, portanto, em atentado ao princípio da boa-fé.

¹¹⁸ Assim, no que concerne ao artigo 18º:

- a) 70º, n.º 1, 483º, n.º 1, e 496º, n.º 1;
 - b) 483º, n.º 1;
 - c) 809º - 798º, 804º, n.º 1, e 913º (939º);
- (...).

Quanto ao artigo 21º:

- a) 230º, n.º 1;
 - b) 913º e sgs, e 342º;
 - c) 919º;
- (...).

¹¹⁹ «Quanto às cláusulas relativamente proibidas, é de realçar a utilização generalizada de conceitos de conteúdo indeterminado – v. g., «excessivos», «injustificadamente», «interesses sérios» –, evidenciando o papel concretizador a desempenhar, em cada caso, atentas as circunstâncias adjacentes, pelo tribunal, à luz do padrão de referência a considerar» – PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, ROA, Ano 46, pág. 756*

¹²⁰ «Esse padrão de referência, “o quadro negocial padronizado” (nos termos dos artigos 19.º e 22.º), é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade» - PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, pág. 145.*

6 – JURISPRUDÊNCIA

Cabe uma última análise relativa à jurisprudência que tem versado as cláusulas contratuais gerais, em busca dos resultados gerados pelo (ou desejáveis para) o regime legal que se expôs.

6.1 – Sectores de maior incidência

Em primeiro lugar, cumpre referenciar os sectores de actividade em que jurisprudencialmente se tem sentido mais intervenção e por referência a que normas.

Actividade bancária – artigos 21º, f) (repartição de risco) e g) (registos como prova segura da veracidade das operações – ónus da prova); artigo 19º, g) (escolha de foro); artigo 22º, n.º 1, b) (resolução unilateral do contrato de utilização do cartão).

Seguros – artigo 3º (excepções à aplicação do diploma); artigo 11º (interpretação de cláusulas ambíguas); artigo 19º, c) (cláusula penal desproporcionada – resolução pelo tomador e pagamento de parte do prémio em falta até ao fim do período); artigo 19º, g) (escolha do foro competente); artigo 22º, b) (denúncia sem pré-aviso ou resolução sem motivo justificado).

Locação financeira - artigo 19º, c) (cláusula penal desproporcionada – cumulação de resolução de contrato com pagamento de parte do preço em dívida).

6.2 – O aplicador da lei perante o mecanismo das cláusulas contratuais gerais

O legislador do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu e regulou o regime das cláusulas contratuais gerais, fez questão de deixar consignado na parte final do preâmbulo a este diploma que entendia pertencer «à jurisprudência e à dogmática jurídica extrair todas as virtualidades dos dispositivos agora sancionados».¹²¹

¹²¹ PINTO MONTEIRO, in *Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, ROA, Ano 46, pág. 767*, a propósito do regime jurídico instituído pelo DL n.º 446/85, refere, a propósito:

«Poderia apontar-se-lhe, é certo, uma relativa imprecisão e fluidez, o apelo, mais ou menos frequente, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais, elementos que poderão introduzir alguma perturbação do ponto de vista da segurança e certeza jurídicas. As vantagens que esta formulação técnico-legislativa apresenta, em termos de abertura, de maleabilidade, de adaptação do direito à situação concreta, para mais num domínio em que a aceleração histórica se faz sentir de modo particular, compensam, porém, a nosso ver, aquele inconveniente. Sobretudo se a jurisprudência, *viva vox iuris*, souber aproveitar as possibilidades de intervenção que este diploma lhe confia.»

Na verdade, o atrás exposto mecanismo das cláusulas exige uma *postura mais crítica* (mais perto dos princípios e menos vinculada a normas concretas) e *mais criativa (activa)* do aplicador da lei (preenchimento dos conceitos jurídicos abertos por apelo a uma interpretação dos valores sociológicos vigentes).

O conflito entre forma e substância, que no direito é corporizado pela antinomia entre a segurança e a justiça, pode levar a uma tentativa de superação por apelo a uma opção unilateral. Na sua vertente mais penhorada ao formal, deu origem às *teorias conceptualistas*, das quais foi paradigma a teoria pura do direito de Kelsen. Intrinsecamente ligada a esta, surgiu uma certa postura jurisprudencial, que elegeu a *fundamentação como essência da decisão de direito*. A qual se autonomizou dos valores, assumindo-se, enquanto mero fenómeno, em legitimação última da decisão. Do que decorreram certas corruptelas. Como ouvi dizer há bem pouco tempo a um juiz: “ao fim de alguns anos de prática, não há decisão que não consigamos fundamentar; só é preciso um pouco de arte e de imaginação”. Atitude que, por vezes, tem outra derivação que raia o buçal, que é confundir uma boa fundamentação com uma fundamentação extensa e complexa. Quando as mais das vezes, a justeza de uma decisão varia precisamente na razão inversa do seu carácter prolixo e intrincado.

É nesse ambiente que tem infelizmente proliferado, sobretudo no direito privado, uma *jurisprudência tendencialmente técnica*, ligada a princípios e normas perfeitamente definidos e seguros. Quando, excepcionalmente, se apela a conceitos abertos é sempre em um plano extremamente abstracto e só depois de rebuscadas considerações teóricas. Lembre-se os pontapés para a frente que tem levado a estafada figura do abuso do direito. Ou a do princípio da boa-fé.

O mecanismo introduzido com o diploma das cláusulas contratuais veio, de certo modo, revolucionar este estado de coisas.

Induziu o apelo a conceitos valorativos menos técnicos e mais próximos da realidade. O justo deixa cada vez mais de ser o que está de acordo com a lei ou com os grandes princípios, para ir beber o seu critério em apreciações mais próximas do real. O direito deixa de ser o que decorre do artigo x, por obediência ao princípio Y, passando a identificar-se mais com o juízo do homem normal.

Assim, até aqui havia direito porque decorria da lei, ou não o havia porque alguém dele abusou. Agora, tem-no porque a sua pretensão é adequada a uma proporcionada repartição na satisfação dos seus interesses em conflito com os de um terceiro; ou não o tem porque o seu ganho é exagerado ou excessivo, tendo em vista os interesses concorrentes. Assistimos a uma *salutar e criativa vulgarização do direito – também no âmbito dos contratos, a lei dos livros tende a ser substituída pela lei da vida.*

II – DIREITO ADJECTIVO

1 – VERTENTE PROCESSUAL DO DIREITO DO CONSUMO

1.1 – Nota de sequência

Tecemos já considerações ligadas à intervenção política do Estado-Providência em prol dos que nas relações sociais passaram a deter uma posição de desfavor e que, como tal, tiveram de beneficiar do seu amparo. Concluímos também que o consumidor protagoniza tipicamente um desses personagens carecentes de protecção. Vimos as formas como o Estado procurou levar a cabo aquela sua tarefa. No que concerne ao modelo de controlo judicial, percorremos vasta legislação que confere ao consumidor especiais direitos.

Cumpre neste momento debruçarmo-nos sobre a forma como se actuam concretamente esses direitos, em caso de litígio. Mais concisamente, procuraremos surpreender as especificidades que o direito do consumidor trouxe para o direito processual civil.

1.2 – Sobre as especificidades que condicionam a vertente processual do direito do consumo

No cerne das questões a analisar está a especial conformação do interesse dos consumidores. O binómio “Estado-cidadão” sofreu forte abalo com o aparecimento de interesses que, como o ambiente, o património ou o consumo, não são *res publica*, no sentido de os Estados não os poderem actuar como valores que tipicamente lhes compete defender, mas tampouco podem ser arvorados como bandeira de cada um dos cidadãos, por estes carecerem de legitimidade para individualmente se arrogarem como seus titulares. Na verdade, o próprio conceito de consumidor não corresponde a uma pessoa concreta sendo antes uma noção relacional. Assim, *a tais interesses correspondem direitos que, radicando embora no indivíduo, gozam de uma relevância operacional necessariamente trans-individual.*

Decorre naturalmente desta particularidade a primeira nota específica do direito processual do consumo, ligada à questão de saber quem tem *legitimidade* para despoletar os meios judiciais de protecção do consumidor. Ou a nível de *caso julgado*, já que a relação jurídica em discussão pode não respeitar unicamente a quem actua em juízo.

Há ainda outro pressuposto que vai condicionar esse regime processual, que tem a ver com a apriorística inferioridade de que o consumidor goza e que se tentar atenuar. O que vai ter reflexos a nível de um especial estatuto no *acesso à justiça*.

Por fim, assumindo o direito do consumidor um cariz institucional, visando regular relações entre produtor e consumidor, as quais se entabulam nos sectores mais diferenciados, será esta área propícia ao aparecimento de *tribunais arbitrais*.

2 – INTERESSES DIFUSOS, COLECTIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÉNEOS

A sociedade de consumo, enquanto fenómeno de massificação, comporta o desenvolvimento de interesses multiformes, os quais se entrecruzam e dispersam de tal forma que se torna difícil divisar o conjunto dos seus titulares. Por vezes, a sua natureza não permite sequer que se corporizem em um determinado grupo em concreto.

A esses interesses, não susceptíveis de apropriação individual, mas radicando todavia na esfera jurídica de cada cidadão, dá-se a designação de *interesses difusos*.¹²² Vistos dessa maneira, não são públicos nem tampouco são reportáveis a qualquer indivíduo, conjunto de indivíduos ou entidade colectiva.

É essa não possibilidade de apropriação que os distingue dos *interesses colectivos*. Estes são, tais como os difusos, trans-individuais e indivisíveis. Mas, ao contrário daqueles, têm um titular concreto.

Os titulares dos interesses difusos estão unidos por uma determinada qualidade, que depende de determinadas circunstâncias e só subsiste na pendência destas. Por exemplo, os espectadores de televisão ou os consumidores de café. Os titulares de interesses colectivos estão ligados por um vínculo jurídico entre si (os membros de uma associação) ou a um opositor comum (os titulares de contratos com a Telecom; os contribuintes).¹²³

Referiremos ainda os *interesses individuais homogéneos*, que compartilham com aqueles a origem colectiva, podendo no entanto ser actuados tanto individual como colectivamente, nesse aspecto correspondendo à figura processual do litisconsórcio voluntário (por exemplo, os interesses dos titulares do direito a uma

¹²² «Um interesse difuso corresponde a um interesse juridicamente reconhecido e tutelado, cuja titularidade pertence a todos e a cada um dos membros de uma comunidade ou de um grupo mas não é susceptível de apropriação individual por qualquer um desses membros» – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente, *in* Direito do Ambiente, INA., 1994, p. 412.

¹²³ Sobre a distinção entre interesses difusos e interesses colectivos, mais desenvolvidamente, COLAÇO ANTUNES, A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 31 e ss.

indemnização por parte da Telecom, por acto desta que lesou várias pessoas). Para salientar esta nota, costuma-se dizer que os interesses individuais homogêneos, ao contrário dos colectivos, são interesses divisíveis.

Julgámos útil deixar esta descrição dos vários tipos de conformação dos interesses supra-individuais, que são típicos da área do consumo e cuja efectivação tantas questões levanta no que concerne à legitimidade.

3 – LEGITIMIDADE PROCESSUAL

A questão da legitimidade contende com a determinação dos sujeitos da relação jurídico-processual. Na parte activa, reporta-se a saber quem pode actuar certo direito em juízo. Sendo a natural resposta (aliás a do artigo 26º do Código de Processo Civil) a da imputação de tal qualidade ao titular do direito objecto da relação controvertida. Como é óbvio, as dificuldades surgem quando está em causa a defesa de bens que transcendem a esfera jurídica individual.

Na nossa lei, tal poder tem sido conferido com uma certa amplitude, estendendo-se a legitimidade em regra aos cidadãos, às associações e ao Ministério Público.¹²⁴

3.1 – Direito de acção popular

A acção popular dirige-se à protecção dos, entre outros, interesses do consumidor, sendo este aliás um seu campo de acção privilegiado.

Dispõe o *artigo 52º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa*:

«É conferido a todos, *pessoalmente* ou através de *associações de defesa dos interesses em causa*, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

- a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra (...) os direitos dos consumidores (...).

Esta norma está inserida no Título II, pelo que o direito que lhe corresponde (direito de acção popular) goza do regime dos direitos, liberdades e garantias. Assim, é directamente aplicável, independentemente da sua concretização – cfr. artigo 18º, n.º 1, da Constituição.

¹²⁴ As soluções de outras ordens jurídicas não coincidem com a adoptada na lei portuguesa. Assim, na França e nos países de tradição anglo-saxónica, predominam soluções que deferem a legitimidade a organizações dos consumidores (grupos de interesse específico, associações ou grupos criados com vista à acção judicial, como acontece com as *class action* americanas); nos países escandinavos, a um provedor dos consumidores (Ombudsman); no Brasil, ao Ministério Público.

O seu regime veio a ser definido na *Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto* (direito de participação procedimental e de acção popular). Neste diploma, foram traçadas as linhas base orientadoras sobre quem tem legitimidade para actuar em juízo os direitos dos consumidores. Assim, no seu artigo 2º, e na senda da disposição constitucional atrás referida, diz-se serem titulares do direito de acção popular quaisquer *cidadãos, as associações ou fundações e as autarquias locais*, em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

3.2 – Lei de defesa do consumidor

Já na *Lei 24/96, de 31 de Julho*, estende-se essa legitimidade a outras entidades. Assim, no seu artigo 13º:

«Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores: a) Os *consumidores* directamente lesados; b) Os consumidores e as *associações de consumidores* ainda que não directamente lesados, nos termos da *Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto*; c) O *Ministério Público* e o *Instituto do Consumidor* quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos». A legitimidade do Ministério Público entronca no artigo 221º, n.º 1, da Constituição, que define as suas atribuições: «ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a acção penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar. Sendo que artigo 20º da mesma *Lei 24/96*, se prescreve que «incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores».

Quanto ao Instituto do Consumidor, dispõe o artigo 21º que:

«1 – O Instituto do Consumidor é o instituto público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores, bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua protecção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores.

2 – Para a prossecução das suas atribuições, o Instituto do Consumidor é considerado autoridade pública e goza dos seguintes poderes:

(...)

c) Representar em juízo os direitos e interesses colectivos e difusos dos consumidores;

(...)».

3.3 – Código de Processo Civil

No próprio código de processo civil se introduziu uma norma destinada a regular a legitimidade nas acções para tutela de interesses difusos, que é o *artigo 26^o-A*: «têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, (...) à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer *cidadão* no gozo dos seus direitos civis e políticos, as *associações e fundações* defensoras dos interesses em causa, as *autarquias locais* e o *Ministério Público*, nos termos previstos na lei».

3.4 – DL 446/85

Já no artigo 26.^o do DL 446/85 (cláusulas contratuais gerais) se dispõe que:

«1 – A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:

- a) Por *associações de defesa do consumidor* dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;
- b) Por *associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas*, actuando no âmbito das suas atribuições;
- c) Pelo *Ministério Público*, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

2 – As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada»¹²⁵.

4 – CASO JULGADO

Outra das consequências que resulta tipicamente da natureza supra-individual dos interesses na área do direito do consumo é a especial conformação do caso julgado, podendo a eficácia da sentença estender-se a quem não interveio na acção.

¹²⁵ Em anotação à norma deste n.º 2, referem ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, *in* Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL 446/85, de 25.10, Almedina, Coimbra, p. 58:

"Procura o nº2 dar um adequado enquadramento técnico à posição das entidades dotadas de legitimidade activa, através de um caso de substituição processual legal. O Autor, exercendo em nome próprio direitos alheios, tem legitimidade para accionar em nome de todos os atingidos, mesmo que pertençam a outras associações ou não estejam integrados em nenhuma».

4.1 – Assim, na *Lei 83/95, de 31 de Agosto (acção popular)*, preceitua-se no *artigo 19º, n.º 1*, que: «as sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa, fundada em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação». Pode portanto a eficácia dessa sentença estender-se a pessoas que não foram parte na acção.

4.2 – Também no *n.º 2 do artigo 32º do DL 446/85 (cláusulas contratuais gerais)* se prescreve essa extensão do caso julgado, *secundum eventum litis*, já que se admite que um terceiro que não interveio na lide possa invocar a sentença contra quem naquela foi condenado, não podendo este por sua vez invocar contra esse terceiro a sentença absolutória: «aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória».

5 – ACESSO AO DIREITO

A protecção do consumidor, considerado como a parte mais frágil na relação jurídica de consumo, é, como já vimos, o elemento teleológico que fundamenta a autonomia do direito do consumidor. Pelo que é natural que haja normas de cariz (ou com reflexo) processual, que visem dar a este uma especial protecção em relação à contraparte.

5.1 - Isenção e redução de preparos e custas

Pelo *artigo 20º da Lei 83/95*, o autor da acção popular está dispensado do pagamento de preparos e goza de isenção ou de redução no pagamento das custas em caso de improcedência parcial ou total da acção.

No *artigo 14.º da Lei 24/96 (Lei de defesa do consumidor)*, há um preceito idêntico àquele:

« (...) 2 – É assegurado ao consumidor o direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda a protecção dos seus interesses ou direitos, a condenação por incumprimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou a reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos ou da responsabilidade objectiva definida nos termos da lei, desde que o valor da acção não exceda a alçada do tribunal judicial de 1ª instância.

3 – Os autores nos processos definidos no número anterior ficam isentos do pagamento de custas em caso de procedência parcial da respectiva acção.

4 – Em caso de decaimento total, o autor ou autores intervenientes serão condenados em montantes, a fixar pelo julgador, entre um décimo e a totalidade das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência».

Já nas acções inibitórias previstas no *DL 446/85*, há isenção total de custas para o autor – *artigo 29º, n.º 1*.

5.2 – Intervenções processuais do Ministério Público e do Instituto do Consumidor em defesa dos consumidores

Por outro lado, no *artigo 26º deste DL 446/85*, prevê-se a intervenção do Ministério Público em defesa dos consumidores. Bem como no supra transcrito *artigo 26º-A do Código de Processo Civil*. Ou, mais pormenorizadamente, no *artigo 20º da Lei de Defesa do Consumidor*: «incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores».

Também nesta lei, no *artigo 21º, n.º 2, c)*, se admite que o Instituto do Consumidor represente «em juízo os direitos e interesses colectivos e difusos dos consumidores».

6 – TRIBUNAIS ARBITRAIS

Por último, e por referência ao cariz institucional das relações de consumo, projectadas em sectores diferenciados, refira-se que o consumo é uma área propícia ao aparecimento de *tribunais arbitrais*.

A estes se reporta expressamente o *artigo 14º, n.º 1, da Lei 24/96*: «incumbe ao órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo».

No *DL 425/86, de 27 de Setembro*, regula-se os termos que devem ser seguidos para a criação de centros de arbitragem.

Na *Lei 31/86, de 29 de Agosto*, estabelecem-se as normas relativas às convenções de arbitragem e ao funcionamento dos tribunais arbitrais.

III – DIREITO DO CONSUMO E REACÇÕES PUNITIVAS

1 – A ECLOSÃO DO DIREITO PENAL ECONÓMICO

A intervenção do direito penal como instrumento de regulação da actividade económica conduziu a uma alteração das concepções de política criminal. Após as concepções liberais dos fins do séc. XIX e dos princípios do séc. XX, as correntes sócio-económicas reconheceram a necessidade de uma progressiva intervenção do Estado na economia, intervenção que, a par de uma auto-regulação considerada insuficiente, teria com finalidade evitar ou corrigir os disfuncionamentos do sistema económico¹²⁶.

A justificação político-criminal de um direito penal económico passou a basear-se numa ideia de utilidade social, de justiça e de humanidade.

É certo que, numa economia de mercado, fundada na livre concorrência e na iniciativa individual, a intervenção penal poderá parecer contrária aos fundamentos do sistema. Mesmo assim, a intervenção do direito penal terá a vantagem de servir como instrumento de controle de limites que, sem prejudicar as regras de mercado e sem postergar a acção dos agentes deste, visa somente sancionar os excessos intoleráveis de alguns comportamentos. Ou seja, não pretendendo pôr em causa a economia de mercado, o direito penal pode constituir um mecanismo regulador das disfunções do sistema.

No plano material, a autonomia do direito penal económico tem como traço individualizador e essencial fundamento dirigir a sua protecção à defesa de interesses colectivos, mesmo que possam também estar em causa direitos individuais (propriedade, saúde ou integridade física), no âmbito das relações de consumo.

2 – CARÁCTER INDIRECTO E DISPERSO DAS NORMAS PENAIS QUE TUTELAM O CONSUMO

Por certo, uma adequada defesa do consumidor não dispensa a intervenção do direito penal, clássico e administrativo.

¹²⁶ Cfr. Rapport général do «Colloque International Conception et Principes du Droit Pénal Economique et des Affaires y la Protection du Consommateurs», Freiburg-en-Brisgau, Set/1982, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 54 année, 1o e 2º trimestres, 1983, pág. 41 e ss..

No entanto, não existe no ordenamento jurídico português um segmento autonomizado do direito penal que enquadre as normas incriminadoras que estabelecem a tutela dos bens jurídicos que podem ser lesados no âmbito das relações de consumo¹²⁷.

A tutela desses bens jurídicos é, neste contexto, obtida por via indirecta, a partir de normas incriminadoras que protegem outros bens jurídicos. Diríamos, assim, que não existe em Portugal um verdadeiro direito penal do consumo, o que não obsta à existência de uma tutela penal do consumo. Esta tutela encontra-se, basicamente, dispersa pelo Código Penal, pelo Regime Jurídico das Infracções Antieconómicas e contra a Saúde Pública.

Acresce que a tutela derivada destes diplomas tem de ser interligada e articulada com a protecção que o direito das contra-ordenações estabelece para os interesses em jogo nesta área.

Na verdade, é reconhecido ao direito das contra-ordenações um papel de primeira importância no sancionamento de condutas lesivas dos interesses dos consumidores, complementado por uma tutela penal em algumas áreas.

Torna-se, assim, necessário articular e sistematizar a pluralidade de regimes sancionatórios concorrentes nas relações de consumo.

As dificuldades desta intencionalidade prendem-se com princípios próprios consoante se esteja em face da via penal clássica, ou de incriminações do direito penal secundário, ou ainda da adopção de contra-ordenações (v.g. no incitamento ao consumo, publicidade enganosa, etc.), enformados por princípios autónomos, de que é exemplo, a responsabilização das pessoas colectivas no direito penal secundário e no direito das contra-ordenações, que não existe no direito penal de justiça.

3 – PREVISÕES LEGAIS

Assim, no Código Penal podemos encontrar momentos de tutela – indirecta – ao nível das relações de consumo, em várias normas incriminadoras.

Desde logo, o crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais, p. p. no art. 282º do CP visa a tutela da vida e a integridade física dos consumidores.

¹²⁷ Conforme refere MARIO FERREIRA MONTE, in *Da Protecção Penal do Consumo*, Almedina. 309 – "As normas penais a conferirem protecção ao consumidor podem formar um corpo especial relativamente autónomo) de normas, ao qual se poderá chamar direito penal do consumo, cuja autonomia se justifica quer pela peculiaridade da relação de consumo quer pelo facto de encontrar na Constituição a referência axiológico-normativa para esse efeito".

Inserido num capítulo que tem mesmo por epígrafe "dos crimes de perigo comum", mostra-se configurado como um crime de perigo concreto, pelo que se consuma com a criação de uma situação de potencialidade efectiva de lesão para aqueles bens jurídicos.

Por conseguinte, preenchem o tipo do art. 282º um conjunto de manipulações, de substâncias destinadas ao consumo alheio, que podem ser comidas, mastigadas, bebidas, para fins medicinais ou cirúrgicos e que se materializam na corrupção, falsificação, redução do valor nutritivo ou terapêutico, ou na junção de ingredientes. Tais manipulações podem ocorrer no aproveitamento, produção, confecção, fabrico, embalagem, transporte, tratamento ou outra actividade que incida sobre aquelas substâncias.

Exige-se, em todo o caso, que dessa actividade resulte uma situação de perigo efectivo para a vida ou para a integridade física de outrem.

O tipo em apreço prevê ainda outras modalidades de agressão àqueles bens jurídicos através da criação negligente da situação de perigo e de negligência da conduta.

Em complemento, o art. 285º daquele código prevê a agravação pelo resultado, quando da conduta do agente resultar a morte ou ofensa à integridade física grave.

Por sua vez, a confiança e os interesses patrimoniais dos consumidores podem ser protegidos pelo crime de burla, a que se referem os artigos 217º e 218º, bem como pelo crime de usura, p. e p. art. 226º daquele diploma.

Aquele preceito define o crime de burla como a actuação astuciosa por meio da qual o agente que induz em erro alguém, levando, por força desse erro, à prática por este de actos que causem ao enganado ou a terceiro um prejuízo patrimonial.

Exige-se ainda que o agente actue com intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo.

Ao nível das relações individuais de consumo, nomeadamente nas vendas ao domicílio e noutras, é relativamente fácil encontrar situações subsumíveis a esta norma. Quando o vendedor induza em erro, com astúcia, a vítima sobre as características do produto vendido e o determine, por força desse erro, à respectiva aquisição e esta lhe cause prejuízo, mostra-se preenchida a conduta descrita no tipo objectivo desta norma.

Outro tipo legal daquele código que pode conferir alguma tutela às relações de consumo, especialmente no acesso ao crédito, é a que prevê o crime de usura,

previsto no art. 226º que dispõe: "quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, [...] inexperiência, ou fraqueza de carácter do devedor [...] fizer com que ele se obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação, é punido com a pena de [...]"

Daí que a exploração no acesso ao crédito de situações de inexperiência do devedor, para o induzir à aceitação de obrigações que traduzam uma vantagem manifestamente desproporcionada para a entidade que fornece o crédito, é um campo onde se pode fazer apelo a esta norma, para dar satisfação aos interesses de lealdade postos em causa com aquela actuação do credor.

4 – INFRACÇÕES ANTIECONÓMICAS E CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

Ainda em matéria de crimes, é da tradição jurídica portuguesa dispor de um direito penal económico com autonomia face ao código penal, como ramo especial, a que o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-01, dá corpo, diploma onde têm assento as infracções antieconómicas e contra a saúde pública.

Este ramo do direito penal apresenta algumas especificidades e princípios, por exemplo, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, sempre que as infracções sejam levadas a cabo por responsáveis pela administração destas, em seu nome e no seu interesse.

Além disso, nos termos do n.º 3 daquele mesmo artigo, a responsabilidade dos entes colectivos, não exclui a responsabilidade individual das pessoas singulares autores materiais, das infracções em causa.

As pessoas colectivas, são ainda responsáveis civilmente de forma solidária pelo pagamento das multas, coimas e outros quantitativos em que os respectivos gerentes sejam condenados, de acordo com o n.º 3 do artigo 2.º daquele diploma.

As penas específicas das pessoas colectivas são a admoestação, a multa e a dissolução. Às mesmas entidades são ainda aplicáveis penas acessórias de restrições de direitos, muitos deles situados na esfera da relação do agente com a administração pública (v.g. encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento) ou ainda a da publicação da decisão condenatória, com o intuito de conferir eficácia em termos de prevenção geral.

De entre os crimes que ali se prevêem, podem destacar-se, com interesse para a área do consumo, os seguintes:

- a) deterioração da genuinidade de géneros e aditivos alimentares, previsto no art. 24º do DL 28/84;
- b) fraude sobre mercadorias, p. e p. pelo art. 23º do mesmo diploma;
- c) abate clandestino, p. e p. pelo art. 22º daquele diploma;
- d) açambarcamento, p. e p. pelo art. 23º do mesmo diploma;
- e) especulação, p. e p. pelo art. 35º do mesmo diploma¹²⁸.

Algumas destas infracções está subjacente a preocupação com a normalidade de funcionamento da actividade económica do país, que se poderia considerar à distância como bem jurídico objecto de tutela em quase todas as infracções.

Contudo, é possível autonomizar em relação a muitas delas interesses – que se prendem com a segurança alimentar e da saúde, qualidade e genuinidade do produtos, distribuição comercial “transparente”, etc. – que respeitam sobremaneira aos consumidores.

Mais concretamente, ao crime de abate clandestino estão subjacentes preocupações com a saúde pública e, por conseguinte, também a saúde dos consumidores. Trata-se de um crime de perigo abstracto, cujo preenchimento se basta com a realização da conduta dada a potencialidade de colocação em perigo daquele bem jurídico constituir motivo da incriminação.

Prevê-se no n.º 1 daquele artigo o abate de animais para consumo humano, em situações potencialmente perigosas, - sem inspecção, fora dos locais para tal vocacionados e de espécies não habitualmente consumidas –, e no n.º 2 do mesmo artigo a comercialização de carne proveniente destes abates.

Ainda é a saúde dos consumidores que é tutelada directamente no crime previsto no art. 24.º daquele diploma, cujo objecto é a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e de aditivos alimentares.

Dispõe o n.º 1 daquele preceito: "quem produzir, preparar, confeccionar, transportar, armazenar, detiver em depósito, vender, tiver em existência ou exposição para venda, importar, exportar ou transaccionar de qualquer forma, quando destinados a consumo público, *géneros alimentícios e aditivos alimentares anormais não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias* será punido ...".

¹²⁸ Sobre estes tipos legais, cfr. Costa Andrade, "A nova lei dos crimes contra a economia (DL nº 28/84, de 20-01) à luz do bem jurídico" in *Direito Penal Económico*, p. 71 e ss.; A Leones Dantas "Tutela Penal do Consumo" in *SIDDAMB – www.diramb.gov.pt*.

Encontram-se abrangidas uma pluralidade de actividades quer da produção ou quer da circulação de géneros alimentícios ou aditivos destinados ao consumo humano.

Acresce que o tipo penal é delimitado negativamente pela referência à *não criação de perigo* para a vida, para a integridade física e para a saúde, para o afastar do objecto tutelado pelo art. 282.º do CP

No n.º 2 daquele artigo 24º prevê-se a punição daquelas actividades sob a forma negligente.

Por sua vez, os interesses de natureza patrimonial do consumidor encontram também tutela no crime de açambarcamento e no de especulação previstos respectivamente nos artigos 28.º e 35.º daquele diploma.

Aquele crime tutela a normalidade de funcionamento dos mercados de bens de primeira necessidade, atingindo um conjunto de actividades que o perturbem, punindo acumulações de bens em situações de notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado.

Normalmente o açambarcamento aparece associado à intenção de auferir lucros ou vantagens suplementares, em resultado do acréscimo dos preços motivado pelo aumento da procura.

De outra banda, a estabilidade dos preços e a normalidade do seu processo de formação têm por veículo de tutela o crime de especulação (art. 35.º).

Além disso, a confiança que deve existir entre os intervenientes nas transacções e, subsidiariamente, os interesses patrimoniais dos consumidores são também visados pelo crime de fraude sobre mercadorias p. e p. pelo art. 23.º daquele diploma. O bem jurídico objecto de tutela é, mais precisamente, a confiança dos operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos, quer no que respeita à qualidade quer no que respeita à quantidade.

Com efeito, dispõe o n.º 1 daquele artigo que: "quem, com intenção de enganar nas relações negociais, fabricar, transformar, importar, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação de qualquer outro modo mercadorias: a) Contrafeitas, falsificadas, ou depreciadas, fazendo-as passar por autênticas, não alteradas ou intactas; b) De natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem, será punido com pena de prisão até 1 ano e multa até 100 dias, salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine pena mais grave".

Este tipo penal, na teoria do concurso de normas, apresenta um carácter subsidiário face à norma do art. 24.º do mesmo diploma, bem como do art. 282.º do CP. Além de certos modelos de conduta se mostrarem próximos da burla (eventual consunção).

5 – INFRAÇÕES INFRA-PENAIIS, ADMINISTRATIVAS OU CONTRA-ORDENAÇÕES

Em matéria de tutela sancionatória dos interesses dos consumidores, a ordem jurídica portuguesa consagra uma grande quantidade de infracções infra-penais, administrativas ou contra-ordenações.

Assim, na sequência da entrada em vigor do Código da Publicidade, Decreto-Lei n.º 6/95, de 19 de Janeiro, a generalidade de ilícitos cometidos no âmbito da actividade publicitária passaram a ser configurados como contra-ordenações: v.g. a publicidade oculta (art. 9.º), a publicidade enganosa (art. 11.º), a publicidade por violação do princípio da verdade (art. 10.º), o incitamento a comportamentos prejudiciais à saúde e à segurança dos consumidores (art. 13.º do mesmo diploma).

Com a publicação do novo CPI, o crime de concorrência desleal que prevê, inclui condutas que podem ser praticadas no âmbito da actividade publicitária, para além dos ilícitos de ordenação previsto no código da publicidade.

A verdade é que o concorrente não é directamente ofendido por actos de concorrência, ali previsto; apenas sofre as repercussões do possível desvio da clientela, como em todo o acto de concorrência; directamente atingido é o público consumidor. É que estes actos induzem o público em erro, de modo a poder falsear as suas opções de aquisição de bens e serviços.

São o caso das falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira do estabelecimento, à natureza ou extensão das suas actividades e negócios, etc.; ou ainda os reclamos dolosos com falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade e utilidade dos produtos ou mercadorias.

Esta situação de concurso de infracções é resolvida pela norma do art. 20º da lei quadro das contra-ordenações quando dispõe que se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.

Também o Decreto-Lei n.º 28/84 prevê diversas contra-ordenações que directa ou indirectamente prevêm a protecção de interesses dos consumidores.

De realce o facto de as associações de defesa dos consumidores disporem do direito de intervir no processo, à semelhança dos assistentes do CPP, nos termos do disposto art. 73.º do mesmo diploma, para colaborar com o MP na promoção do processo e nomeadamente, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias, além de poderem deduzir acusação, independentemente do MP e interpor recurso das decisões que os afectem.

Finalmente, prevêem-se contra-ordenações em algumas áreas onde os interesses dos consumidores são frequentemente lesados.

Assim, por exemplo, o art. 9.º do DL n.º 213/87, de 28-05, veio prever o sancionamento com uma coima o fabrico de bens ou prestação de serviços que impliquem perigo para a segurança física e saúde dos consumidores

Foram igualmente enquadradas por tal ramo do direito sancionatório, além de outras, as infracções relacionadas com as vendas ao domicílio, por correspondência, em cadeia e forçadas, a que se refere o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho e as vendas com prejuízo, a que se refere o Decreto-Lei n.º 370/93, de 9 de Outubro.

6 – CONCLUSÃO

Em suma,

Em termos penais, não existe um ramo jurídico autónomo que tutele directamente os bens e interesses subjacentes às relações de consumo; quando existem normas com esse escopo e alcance (v.g. do CP ou do Decreto-Lei n.º 28/84), fazem-no de forma indirecta, por regra.

O direito contra-ordenacional parece melhor talhado para operar essa tutela, designadamente pelos mecanismos que utiliza, designadamente, em matéria de autoria, concurso de infracções, variedade de sanções acessórias, responsabilidade da pessoa colectiva, etc.

CONSUMO E NOVAS RECNOLOGIAS / CONSUMO E INTERNET

I – COMÉRCIO ELECTRÓNICO / COMPRAS À DISTÂNCIA / INFORMAÇÃO/ PRIVACIDADE / SEGURANÇA / QUALIDADE

1 – DIRECTIVA SOBRE O COMÉRCIO ELECTRÓNICO E LEGISLAÇÃO CONEXA

A implementação da liberdade comercial em espaços abertos, sem fronteiras ou virtuais, tem merecido especial atenção de instâncias internacionais, incluindo a aspectos do comércio ao nível interno de cada Estado, ao mesmo tempo que se procura estabelecer limites às relações comerciais, conectados com a defesa do consumidor, a segurança nas relações, a qualidade dos serviços e bens transaccionados e a saúde das pessoas.

Assim, um dos instrumentos mais relevantes, é a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 ("Directiva sobre comércio electrónico") que veio regular aspectos legais relativos a serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Parte, para o efeito, da definição de serviços da sociedade da informação já contemplada na Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998. A Lei portuguesa nº 7/2004, opera a transposição do regime jurídico ali estabelecido.

Para além das referidas directivas, outros níveis de protecção, especialmente em matéria de saúde pública, da liberdade de declaração e da liberdade contratual do consumidor, são estabelecidos por outros instrumentos comunitários, nomeadamente a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; bem como pela Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Tais directivas aplicam-se, de igual modo, aos serviços da sociedade da informação.

2 – OBJECTIVOS ESSENCIAIS DAQUELA LEGISLAÇÃO. LIVRE CIRCULAÇÃO. SAÚDE. SEGURANÇA

O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação no espaço sem fronteiras internas – livre circulação de mercadorias e serviços, bem como a liberdade de estabelecimento – é fundamental para eliminar as barreiras que separam fornecedores de bens ou prestadores de serviços e consumidores, à escala global.

Logo, também a promoção do comércio electrónico na sociedade da informação fornece oportunidades de trabalho, estimulando o investimento na inovação e reforçando a concorrência, desde que a *internet* seja acessível à generalidade das pessoas. É a nova economia – a “economia digital” – a funcionar com novas actividades, transmissão de dados, fluxos de receitas e novos empregos.

Se, como afirma Alexandre Libório Dias Pereira¹²⁹, para o comércio tradicional, a “rede” funciona como meio de circulação de dados, para o comércio electrónico na *internet* a “rede” é o próprio mercado: o mercado virtual.

A legislação internacional, comunitária e nacionais devem constituir uma base garantística de segurança e liberdade de contratar, com todos os ganhos de oportunidade e produtividade que o comércio electrónico proporciona, para operadores das redes abertas, quer se apresentem na qualidade

No entanto, a implementação dos serviços da sociedade da informação é condicionada por inúmeros factores legais ao bom funcionamento do mercado interno, podendo cercear a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, carácter temerário de alguns regimes nacionais aplicáveis a esses serviços e até derivados da prática jurisprudencial.

Para que se garanta a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é necessário que se estabeleça um quadro geral claro e abrangente, sobre certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno.

É este, precisamente, o objectivo da directiva inicialmente referida, a fim de que se possa assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação e possa existir um espaço efectivamente sem fronteiras no que diz respeito ao comércio electrónico e, bem assim, um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a protecção da dignidade humana e da saúde pública, bem como de grupos vulneráveis ou especialmente expostos, como sejam, os menores e os consumidores.

3 – ÂMBITO DOS SERVIÇOS DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas, nomeadamente, as que se traduzem na venda de mercadorias em linha. Por conseguinte, não são abrangidas actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha.

¹²⁹ in *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, 1999, Almedina, Coimbra, p.14.

Os serviços da sociedade da informação não permitem apenas celebrar contratos em linha, mas também, tratando-se de uma actividade económica (com carácter profissional), como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados.

Os serviços da sociedade da informação abrangem igualmente a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço.

Os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico, são serviços da sociedade da informação.

Mas já a radiodifusão sonora ou televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, não constituem serviços da sociedade da informação, dado não serem prestados mediante pedido individual.

A utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação.

A relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal não é um serviço da sociedade da informação.

Também as actividades que, pela sua própria natureza, não possam ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação, para efeitos da aplicação dos regimes jurídicos em apreço.

4 – NOVAS EXIGÊNCIAS DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO. RESTRICÇÕES À LIBERDADE CONTRATUAL. FORMALISMO. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS E ASSINATURAS DIGITAIS. O INTERESSE DA CONFIDENCIALIDADE

Regra geral, os Estados não devem sujeitar o acesso à actividade de prestador de serviços da sociedade da informação a autorização prévia. Mas ainda assim, deixa-se espaço para o regime aplicável estar subordinado ao previsto nas ordens jurídicas dos Estados.

Uma regra importante em sede de comércio electrónico é, naturalmente, o da liberdade contratual com recurso à via electrónica, devendo as restrições ter carácter excepcional e por relevante interesse. Assim, por exemplo a apresentação de um produto através de “comunicações comerciais” (publicidade) constituirá um convite ou uma proposta a contratar, consoante disponha dos requisitos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação ou mesmo adesão.

Ainda assim, a comunicação comercial, por meio de *marketing* directo ou não, é decisivo para o funcionamento dos serviços da sociedade da informação e para o comércio de uma grande variedade de novos serviços (até gratuitos), mesmo no interesse dos consumidores e da lealdade contratual.

Uma das dificuldades que se levantam, neste campo, é a da aquisição e conservação, ou mesmo a da manipulação, da prova, designadamente em matérias no que tange em saber se as exigências legais da forma escrita para certos contratos são satisfeitos com os dados de declaração electrónica, designadamente quanto à fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

A este propósito abre-se espaço para a matéria do valor de documentos electrónicos e das assinaturas digitais.

Neste pormenor, as assinaturas digitais visam estabelecer defesas relativas à autenticidade, à integridade e ao não repúdio; de resto, complementado pela *cifragem* para assegurar a confidencialidade. Aquela fica tutelada através do mecanismo que se traduz na adopção de algoritmos de chave pública, utilizada para verificar a assinatura e de chave privada utilizada pelo emissor para assinar documentos, não sendo possível obter uma chave a partir de outra.

Com efeito, um princípio enformador é o da confidencialidade das comunicações, devendo os Estados proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância daquelas por pessoas que não sejam interlocutores (remetentes ou destinatários das mesmas).

A este nível representa importância bastante a *encriptação* pela qual se cifra uma mensagem com chave pública do receptor e decifra mensagem com chave privada do receptor.

Note-se este domínio está ainda submetido à certificação digital para identificação pessoal, de servidores e de *developers*.

Um princípio de extrema pertinência é o do absoluto respeito pelos dados pessoais, designadamente, no que se refere às comunicações comerciais não solicitadas e à (isenção de) responsabilidade dos intermediários, não se mostrando, todavia, viável impedir a utilização de redes anónimas como seja a *internet*.

Tal desiderato é mais facilmente alcançável quando se convoque os demais instrumentos internacionais em matéria de dados pessoais, seu tratamento, armazenamento, utilização e garantias reconhecidas aos titulares dos dados para o seu efectivo controle (Convenção do Conselho da Europa sobre “cibercrime”, Directivas comunitárias e Convenções Internacionais sobre tratamento de dados e tutela das comunicações).

5 – A SEGURANÇA DOS SERVIÇOS PRESTADOS ATRAVÉS DA INTERNET

Segundo a legislação vigente, designadamente a Directiva 2000/31/CE, a determinação do local de estabelecimento do prestador deve operar-se por apelo ao conceito de estabelecimento indissociável da prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido, valendo tal critério no caso de uma sociedade constituída por um período delimitado.

O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um *site internet*, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o *local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica*. Assim, quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço e o controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também aos cidadãos em geral.

Na lógica desta directiva, o controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também aos cidadãos em geral.

Tal visão parece ser penalizadora para o consumidor em zonas em que o espaço é virtual – logo, nem sempre o que parece é –, além de obrigar o consumidor, parte frágil da relação de consumo, a averiguar onde se localiza o prestador ou fornecedor e a, porventura, ter de se deslocar para reagir judicialmente no foro competente o que é oneroso para o consumidor e “prémio” para o infractor.

A noção de "destinatário de um serviço" abrange todos os tipos de utilização dos serviços da sociedade da informação, tanto pessoas que prestem informações na *internet* como pessoas que procuram informações na *internet*, por razões privadas ou profissionais.

6 – OS CONFLITOS INTERNACIONAIS E A VIA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

O âmbito do domínio coordenado abrange as exigências e requisitos respeitantes a actividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os contratos em linha.

Por outro lado, a directiva em apreço não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, nem dispõe sobre a jurisdição dos tribunais, mas, por outra banda, o previsto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação.

Admite-se como regra geral que os tribunais nacionais, incluindo em matéria cível, são competentes para conhecer dos litígios de direito privado, podem decidir a adopção de medidas que constituam uma derrogação à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, com fundamento bastante para tal.

Mas paralelamente, admite-se a via extrajudicial de litígios entre prestadores e destinatários de serviços da sociedade da informação (cfr. art. 34º da Lei 7/2004).

Por sua vez, os Estados podem aplicar as suas legislações em matéria de direito penal e de direito processual penal para efeitos dos actos e diligências de investigação e detenção, bem como a incriminação de delitos penais.

Bibliografia

- ACHIRICA, JAVIER – El Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 67.
- AFONSO, ISABEL – Cláusulas Contratuais Gerais, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, pág. 465.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA de – Direito do Consumo, Almedina, 2005.
- ANDRADE, COSTA – A nova lei dos crimes contra a economia (DL n.º 28/84, de 20-01) à luz do bem jurídico, *in* Direito Penal Económico, p. 71.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 139.
- ANTUNES, COLAÇO – A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental, Almedina, Coimbra, 1989.
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL – Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993.
- COSTA, ALMEIDA e CORDEIRO, MENEZES – Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL 446/85, de 25.10, Almedina, Coimbra.
- DANTAS, LEONES – Tutela Penal do Consumo” *in* SIDDAMB – www. Diramb. pt
- FREITAS, LEBRE DE – Os Meios Processuais à Disposição dos Pleiteantes em Sede de Condições Gerais dos Contratos, *in* BMJ n.º 426, pág. 5.
- FREITAS, TIAGO MACHADO – A Extensão do Conceito de Consumidor em Face dos Diferentes Sistemas de Protecção Adoptados por Brasil e Portugal, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 391.
- GOMES, CARLA AMADO – Os Novos Trabalhos do Estado: a Administração Pública e a Defesa do Consumidor, *in* Estudos do Instituto de Defesa do Consumo, Vol. I, pág. 31.
- HÖRSTER, HEINRICH e MONTEIRO, SINDE, AGB Gesetz, *in* RDE, Ano V (1979), pág. 417.
- LAURENTINO, SANDRINA, Os Destinatários da Legislação do Consumidor, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, 2000, pág. 415
- LEITÃO, LUÍS MENESES – O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática, *in* Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. I, pág. 11.

LOBO, PAULO NETTO – A Informação como Direito Fundamental do Consumidor, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, 2001, pág. 23.

MONTE, MARIO FERREIRA – Da Protecção Penal do Consumo, Almedina, Coimbra.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO

- Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 201.
- Sobre o Direito do Consumidor em Portugal, *in* Estudos de Direito do Consumidor, N.º 4, 2002, pág. 121.
- A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, 2000, pág. 345.
- Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, ROA, Ano 46, pág. 756.
- Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, pág. 131.

PELLEGRINI, ADA e BENJAMIM; HERMAN – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojecto, São Paulo, Ed. Forense Universitária, 8ª edição.

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS – Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica, 1999, Almedina, Coimbra.

PORTUGAL, MARIA CRISTINA – A Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo Transfronteiriços, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, 2001, pág. 345.

RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual, Coimbra, Almedina.

RODRIGUES, CUNHA – As Novas Fronteiras dos Problemas de Consumo, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 45.

RODRIGUES, LUÍS SILVEIRA – Tendências Recentes sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, pág. 311.

SÁ, ALMENO DE – Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra.

SEIA, JORGE ARAGÃO – A Defesa do Consumidor e o Arrendamento Urbano, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, 2002, pág. 21.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

- Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Almedina, Coimbra, 2004.
- Responsabilidade Civil do Produtor, Almedina, Coimbra, 1999.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente, *in* Direito do Ambiente, INA., 1994, p. 412.

STIGLITZ, RUBEN – Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 307.

TENREIRO, MÁRIO

- Novas Perspectivas para uma Política Europeia do Consumidor, *in* Forum Justitiae, n.º 1, 1999.
- Un code de la consommation ou un code autour du consommateur? Quelques réflexions sur la codification et la notion de consommateur, *in* Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden, 1997, pág. 339 e sgs.

VARELA, ANTUNES, Direito do Consumo, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 1, 1999, pág. 391.

