

OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

José Carlos Vieira de Andrade*

Universidade de Coimbra

1. Os direitos dos consumidores no texto constitucional

Na versão originária da Constituição portuguesa de 1976, a única referência aos consumidores aparecia nos princípios gerais da Organização económica, a propósito das incumbências prioritárias do Estado, uma das quais consistia em “proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores”¹.

Esta norma, enquanto consagração de um dever estadual de protecção do consumidor, manteve-se, com pequenas alterações, até à revisão de 1997, quando se passou a consignar como incumbência prioritária do Estado “garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”.

A alteração compreende-se, na medida em que, a partir de 1982, se reconheceram determinados *direitos subjectivos* dos consumidores: “direito à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e à reparação de danos”².

No entanto, apesar da sua formulação subjectiva, estes direitos integravam, no texto constitucional, a Parte da Organização Económica, só vindo a ser incluídos formalmente no catálogo dos direitos fundamentais na

* Professor da Faculdade de Direito

¹ V. o artigo 81º, alínea m), da versão primitiva da Constituição.

² Compare-se com o artigo 51 da Constituição Espanhola, que se refere à protecção da segurança, saúde e legítimos interesses económicos; bem como à informação e educação de consumidores e utentes, e à promoção e audição das suas organizações –a diferença está precisamente em que tais objectivos constituem *tarefas estaduais*, enquanto na Constituição portuguesa são formulados como *direitos* dos particulares.

revisão de 1989, como “direitos económicos”, entre os denominados “direitos económicos, sociais e culturais”.

Entre 1982 e 1989, era duvidosa, apesar da formulação subjectiva, a pertinência dos direitos dos consumidores ao conjunto dos direitos fundamentais – a possibilidade de o serem resultava de a Constituição portuguesa, como muitas outras, estabelecer o princípio da “cláusula aberta” admitindo, a existência de outros direitos fundamentais, para além dos previstos expressamente no catálogo, e até de direitos constantes de normas internacionais de leis ordinárias³.

Desde a revisão de 1989, não haverá dúvidas: a inserção dos direitos dos consumidores no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, somada à sua formulação subjectiva, revela uma inequívoca intenção da sua constitucionalização como direitos subjectivos na ordem jurídica portuguesa.

2. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais constitucionais

Os direitos dos consumidores têm, pois, de considerar-se, na ordem jurídica constitucional portuguesa, pelo menos, como direitos *formalmente fundamentais*, incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas.

Isto não significa, obviamente, que, por esse facto, tais direitos sejam considerados como “direitos naturais”, isto é, como manifestações primárias da dignidade da pessoa humana, válidas em todos os tempos, para qualquer indivíduo, por ser uma pessoa – direitos anteriores e superiores ao Estado, que a Constituição se limite a *reconhecer*, como pode dizer-se do núcleo essencial dos direitos fundamentais pessoais.

Nem pode afirmar-se que os direitos dos consumidores constituam propriamente “direitos humanos”, enquanto direitos das pessoas reconhecidos na comunidade internacional como direitos proeminentes, que devam ser assegurados na generalidade dos países civilizados, ainda que na medida do

³ No seu artigo 16º. A doutrina e a jurisprudência constitucional sempre consideraram como direitos fundamentais alguns “direitos” incluídos noutras partes da Constituição, como o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica (até 1982), ou certos direitos dos administrados (ainda hoje fora do catálogo).

possível –de facto, tais direitos não constam dos principais tratados e convenções de direitos humanos, seja nos Pactos das Nações Unidas (onde há apenas uma referência à fome), seja na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, ou mesmo na Carta Social Europeia (embora aí haja uma referência ao direito à protecção da saúde). Se dúvidas houvesse, bastaria verificar que, na própria Carta Europeia de Direitos Fundamentais –o documento mais recente, elaborado no contexto de uma União de Estados consolidada há muitos anos como comunidade económica –a protecção dos consumidores não é consagrada em termos de direitos dos cidadãos e habitantes da Europa, surgindo aí apenas como uma tarefa estadual (artigo 38°).

Mas, para além destes direitos reconhecidos como naturais ou consagrados internacionalmente, aceita-se que cada Constituição possa eleger outros direitos como direitos fundamentais, ao definir, no exercício da sua soberania, o estatuto das pessoas na respectiva comunidade política.

Pode é perguntar-se se a Constituição portuguesa, ao formular os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, se afasta do entendimento comum na generalidade dos países do que sejam tais direitos: se os direitos dos consumidores são direitos estranhos aos direitos comumente considerados como direitos fundamentais; se a sua “fundamentalização” põe em causa a unidade de sentido ou a coerência valorativa do conjunto dos direitos fundamentais das pessoas.

3. O sentido dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais

Deve começar por dizer-se que os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário de direitos fundamentais, nascidos nos fins do século XVIII, contra o Estado absoluto, nem são uma 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 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*.

De facto, a par dos direitos individuais referidos aos bens estritamente pessoais, surge no século XX, designadamente depois das guerras mundiais, a necessidade de uma intervenção estadual na vida da sociedade, seja para garantir as liberdades efectivas dos cidadãos, sobretudo perante poderes sociais opressores, seja para assegurar um conjunto de condições essenciais de bem-estar, que, nas sociedades urbanas industriais e pós-industriais, se perfilaram como pressupostos de uma vida humana digna.

Estes novos direitos, ditos “direitos sociais”, são direitos à protecção estadual, que exigem dos poderes públicos prestações legislativas e materiais, no âmbito da saúde, da habitação, da segurança social, da educação e da cultura –são direitos de *circunstância*, mas que têm a matriz dos direitos fundamentais, na medida em que também visam proteger bens das pessoas e têm como intenção principal a promoção da dignidade humana individual.

É, portanto, neste contexto alargado que deve responder-se à pergunta sobre se tem sentido a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais.

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.

A liberdade contratual não é suficiente para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam efectivamente o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar, seja porque não estão em condições de avaliar de forma esclarecida a qualidade dos bens e serviços, pela sua complexidade técnica, seja porque o contrato não é negociado individualmente, mas pré-formado pela contraparte que fornece o bem ou presta o serviço.

Tal como, nos tempos da industrialização, se construíram os direitos fundamentais dos trabalhadores a uma intervenção do Estado nas relações de trabalho, para ultrapassar as injustiças escandalosas decorrentes da liberdade contratual numa situação de profunda desigualdade entre as partes e, sobretudo, as graves ofensas à dignidade humana dos trabalhadores por conta de outrem daí resultantes, deveriam construir-se hoje os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, enquanto direitos a que o Estado intervenha na adaptação do direito civil às novas realidades, derrogando

certas normas, construídas no pressuposto de uma relação livre entre iguais, de modo a evitar abusos e a proteger a parte mais fraca.

Por outras palavras, o consumidor torna-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.

É neste contexto que se entende e pode exigir uma intervenção pública, nomeadamente por via legislativa, para a determinação da responsabilidade objectiva do produtor, a proibição de cláusulas abusivas, a regulação dos contratos de adesão, a protecção dos utentes de serviços públicos essenciais (sobretudo se privatizados), etc. Contra os princípios tradicionais –*caveat emptor, Augen auf, Kauf ist Kauf* –, que pressupunham a igualdade entre as partes contratantes, exige-se a protecção do consumidor, porque e na medida em que este representa a parte mais fraca numa relação, protecção que deve ser tanto mais intensa quando maior o perigo para os bens pessoais ou a dignidade individual.

Assim entendidos, os direitos dos consumidores podem aspirar a inscrever-se no conjunto dos direitos fundamentais, visto que prosseguem em primeira linha a finalidade própria desses direitos, que é a defesa das pessoas contra entidades poderosas, que podem provocar-lhes lesões e, em última análise, afectar o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Diga-se, no entanto, que a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não elimina a *dimensão objectiva* da protecção do consumidor, na medida em que estejam em causa valores comunitários, nacionais ou europeus (por exemplo, a livre circulação de produtos), associados ao bom uso dos instrumentos contratuais –em geral, os direitos fundamentais constituem simultaneamente valores comunitários, visando também assegurar o próprio uso do contrato como *instrumento de autonomia privada* e como garantia da *confiança no mercado*.

4. As implicações normativas da fundamentalização dos direitos dos consumidores

A consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não pode deixar de ter implicações normativas, que resultam da sua inserção

no *estatuto das pessoas na comunidade política*, isto é, da sua contextualização constitucional referida à dignidade da pessoa humana.

Essas implicações manifestam-se a três níveis: os titulares dos direitos fundamentais devem ser, em princípio, os *indivíduos* como pessoas; os bens jurídicos protegidos são os *bens pessoais* implicados na relação de consumo; a protecção constitucional dos consumidores justifica-se na medida da *vulnerabilidade* individual em face de poderes económicos privados.

Resultam daqui, em nosso entender, várias consequências.

Em primeiro lugar, uma indicação constitucional para o conceito *nuclear* de “consumidor”: a Constituição não define o que deve entender-se por consumidor, mas a remissão para uma concretização legislativa, em função do carácter típico dos direitos fundamentais, há-de abranger, em princípio, os *indivíduos*, embora não se exclua a sua aplicação às pessoas colectivas, que no entanto só serão titulares de direitos fundamentais por analogia, com as devidas adaptações e na medida da especialidade do fim⁴.

Por outro lado, o carácter fundamental dos direitos dos consumidores aponta para uma acentuação dos aspectos *pessoais* da protecção do consumidor, em função do relevo dos bens protegidos –vida, saúde, segurança, qualidade de vida.

Por fim, estabelece-se a pressuposição de uma *relação de poder privado*, identificando o sujeito passivo dos direitos como uma entidade económica, dotada de poder real na relação com o consumidor (por ser ela a determinar decisivamente os termos do contrato) –que a lei (tal como as directivas comunitárias) parece concretizar ao definir a relação de consumo como uma relação entre um *consumidor* e um *profissional*, entre o destinatário de bens, serviços ou direitos (para uso não profissional) e quem exerça uma actividade profissional (de fins lucrativos).

5. Os direitos fundamentais dos consumidores em especial

Nos termos do artigo 60º, n.º 1, da Constituição portuguesa são os seguintes os direitos dos consumidores: direito à *qualidade dos bens e serviços*

⁴ Lembre-se que este ponto não tem uma única resposta legislativa: para as directivas comunitárias, consumidor é só o indivíduo, mas a lei portuguesa também abrange as pessoas colectivas, o que parece implicar um alargamento legislativo da protecção constitucional.

consumidos; direito à formação e à informação; direito à protecção da saúde e da segurança; direito à protecção dos interesses económicos; direito à reparação de danos.

Na sequência das implicações normativas a que nos referimos, entendemos que deve optar-se por um entendimento *restrito* destes direitos *enquanto direitos fundamentais*, em função da finalidade de protecção de *bens pessoais* num contexto de *fragilidade* (vulnerabilidade) do consumidor na relação de consumo (pública ou privada).

Por exemplo, “qualidade de bens e serviços” não significará qualquer defeituosidade, devendo esta ser apreciada sobretudo em função da perigosidade para bens pessoais, como a integridade física e a saúde, das substâncias e processos de fabrico) –no que respeite, designadamente, a alimentos, fármacos, cosméticos, jogos infantis, produtos mecânicos, organismos geneticamente modificados.

Quando a Constituição se refere ao direito à “protecção dos interesses económicos”, não deve ser entendida como opção parcial, mas como equilíbrio e garantia da legalidade e da igualdade material, sobretudo para prevenção dos *desequilíbrios em detrimento do consumidor*, quando existam –por exemplo, em caso de contratos de adesão ou de certas cláusulas contratuais gerais, quando não haja negociação individual nem, portanto, liberdade de estipulação, especialmente quanto a bens e serviços essenciais; contra métodos agressivos de venda, que prejudiquem a avaliação consciente e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de contratar.

Os direitos fundamentais dos consumidores são dirigidos ao Estado, devendo este, em primeira linha através da legislação, mas também através da fiscalização administrativa ou do aparelho judicial, assegurar o cumprimento do dever de protecção dos bens e interesses dos consumidores –estabelecendo os deveres dos produtores e fornecedores ou dos prestadores de serviços, num regime especial, eventualmente com derrogação do regime geral do direito civil, baseado na liberdade contratual e no pressuposto de uma sociedade de contratação directa e negociação individual⁵.

⁵ Claro que o Código Civil já conhece imperativos legais que limitam, em geral, a liberdade contratual com vista à protecção da parte mais fraca –proibição de negócios usurários, boa fé, por exemplo –, tratando-se agora de completar essas garantias e de as afeiçoar às novas necessidades de protecção, em face das características típicas de certos contratos.

Deve, no entanto, admitir-se a possibilidade de conceber alguns direitos dos consumidores como direitos *directamente aplicáveis contra entidades poderosas*, quando estejam em causa certos conteúdos da saúde ou da qualidade de vida que envolvam bens jurídicos individuais –tal será admissível sobretudo quando estejam em causa dimensões de protecção de direitos, liberdades e garantias⁶.

6. O regime geral dos direitos dos consumidores enquanto direitos sociais

A Constituição portuguesa distingue, entre os direitos fundamentais, os “direitos, liberdades e garantias” dos “direitos económicos, sociais e culturais”. Esta distinção não é meramente formal, já que a Constituição consagra um regime especial, mais exigente e mais forte, para os direitos, liberdades e garantias –designadamente, os direitos e as liberdades pessoais, os direitos de participação política e alguns direitos dos trabalhadores.

A diferença de regimes decorre da diversa densidade normativa dos preceitos constitucionais: verifica-se que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, apesar de utilizarem conceitos imprecisos ou cláusulas gerais, têm um conteúdo susceptível de determinação, pelas vias da interpretação jurídica, ao nível constitucional, conteúdo que, em última instância, pode e deve ser estabelecido pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional.

Mesmo quando a intervenção legislativa não é só conveniente e adequada, mas estritamente necessária ao exercício dos direitos, estes preceitos constituem normas directamente aplicáveis, que vinculam estritamente o legislador que visa concretizar, regular, proteger os direitos, ou até condicioná-los ou restringi-los, quando e na medida em para tal esteja constitucionalmente autorizado.

Pelo contrário, a generalidade dos direitos económicos, sociais e culturais, abreviadamente designados por “direitos sociais”, têm como

⁶ Veja-se, como exemplo de situação-limite, aquela em que o Tribunal Constitucional Alemão julgou inválida a fiança prestada por uma operária de 21 anos (que ganhava 1150 DM/mês) para garantia de dívida elevada do pai (100.000 DM), porque, sendo desproporcionada, importava uma asfixia económica para toda a vida e, portanto, a violação do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo certo que tal juízo implica um limite à própria autodeterminação (JZ, 1994, p. 408).

conteúdo principal o direito a prestações materiais ou jurídicas por parte do Estado e, por isso, estão sujeitos a uma concretização jurídico-política pelo legislador.

Na realidade, os direitos sociais dependem, na sua actualização, de determinadas condições. Para que o Estado possa satisfazer as prestações devidas é preciso que existam recursos materiais suficientes e que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos.

Ora, é um dado da experiência a *escassez* dos recursos à disposição do Estado para satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais de todos os cidadãos, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a *escassez* dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de uma perspectiva global.

Por isso se entende que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos “sob reserva do possível”.

Ora, a Constituição não pode conter a resposta para essas opções, muito menos numa sociedade livre, que constitua uma democracia pluralista.

As escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente a juizes, sob a cobertura de uma interpretação, mas a órgãos politicamente responsáveis, isto é, em primeira linha, ao Parlamento e ao Governo. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelo legislador. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.

Considerações semelhantes valem para os direitos a “prestações jurídicas” –isto é, à emissão de normas que não consistem na organização de um sistema de fornecimento de prestações materiais. A definição do regime do arrendamento para habitação, a legislação sobre higiene e segurança no trabalho ou sobre emissões de substâncias poluentes, a legislação sobre o

ensino, mesmo na medida em que respeitam directamente ao conteúdo dos direitos à habitação, às condições humanas de trabalho, a um ambiente saudável ou à educação, não são determinadas pelos preceitos constitucionais – implicam escolhas políticas feitas por órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções. Não é, por isso, legítimo ao intérprete – seja ao juiz, para justificar a assunção de poderes de controlo, seja ao próprio legislador, para se eximir da sua responsabilidade política – imputar à Constituição uma intencionalidade que ultrapasse o conteúdo mínimo que decorre do estabelecimento de orientações de legislação.

E é isso mesmo o que acontece com o núcleo dos direitos do consumidor, incluídos no catálogo dos direitos sociais, embora alguns deles, como o direito à reparação dos danos, devam ser considerados análogos aos direitos, liberdades e garantias e beneficiem então do respectivo regime de protecção acrescida.

7. A força jurídica dos direitos fundamentais dos consumidores

Deve começar por dizer-se que os direitos fundamentais sociais são considerados na Constituição portuguesa verdadeiros direitos subjectivos e não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos “direitos, liberdades e garantias”, embora estejam sujeitos a um regime constitucional diferente.

Por um lado, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as *normas constitucionais imperativas*.

Por outro lado, o conteúdo desses preceitos e das pretensões correspondentes é determinado pela Constituição, em regra, apenas num *mínimo*, e não pode ser-lhe imputado um alcance mais vasto pela via de uma interpretação judicial “actualista”: esse conteúdo depende de opções próprias do *legislador* ordinário, que dispõe de um poder de conformação *autónoma*.

A partir destes dados normativos, verificamos que a força jurídica dos direitos dos consumidores, enquanto direitos sociais, se manifesta, então, em vários aspectos.

7.1. Imposição legislativa concreta

O efeito típico das normas constitucionais relativas aos direitos dos consumidores manifesta-se no seu carácter de imposições de legislação. Tratando-se, no seu conteúdo principal, de direitos a prestações públicas, o dever que lhes corresponde da parte do Estado é, em primeira linha, o *dever de legislar*, já que a feitura de leis é uma tarefa devida, no que toca às prestações jurídicas, e uma condição organizatória necessária, no que respeita às prestações materiais, para a sua realização efectiva⁷.

Na Constituição portuguesa, está previsto um mecanismo específico de garantia do cumprimento pelo legislador dos seus deveres de aplicação das normas constitucionais – a fiscalização da *inconstitucionalidade por omissão*, que opera quando a Constituição não está a ser cumprida “por omissão das medidas legislativas *necessárias* para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Verificada uma tal omissão, o Tribunal Constitucional dará conhecimento ao órgão legislativo competente da situação de inconstitucionalidade.

Quanto aos direitos dos consumidores, o imperativo tem sido cumprido e não pode falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão, pois que existe, desde 1981, uma legislação específica para protecção do consumidor –além de uma Lei de protecção do consumidor⁸, foram aprovadas outras leis, relativas a cláusulas contratuais gerais⁹ e à protecção do utente de serviços essenciais¹⁰, transpondo as directivas comunitárias sobre a matéria, e está em elaboração um Código do Consumidor.

As leis de protecção do consumidor concretizaram todos os direitos constitucionalmente previstos:

- a) o direito à qualidade como direito à aptidão do bem ou serviço, assegurando-se a legalidade e as legítimas expectativas do consumidor, incluindo o prazo de garantia;

⁷ No que respeita aos direitos dos consumidores, a imposição legislativa decorrente dos direitos do artigo 60º é reforçada pelo imperativo decorrente da tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 81º, alínea h).

⁸ A primeira Lei de protecção do consumidor - a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto - foi depois substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mais avançada.

⁹ A legislação sobre cláusulas contratuais gerais consta do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

¹⁰ Referimo-nos à Lei n.º 23/96, de 31 de Julho.

- b) o direito à segurança –prevenindo riscos incompatíveis com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança das pessoas;
- c) o direito à formação, enquanto direito à educação pelo Estado, escolar e permanente, também através dos meios de comunicação social de serviço público;
- d) o direito à informação por parte do Estado e dos fornecedores e prestadores de bens e serviços;
- e) o direito à protecção dos interesses económicos (equilíbrio, igualdade substancial, lealdade, boa fé), incluindo, por exemplo, o direito à assistência após venda durante período de duração média e a proibição de fazer depender fornecimento ou prestação da aquisição de outro bem ou serviço;
- f) o direito à reparação da coisa defeituosa ou sua substituição, à redução do preço ou à resolução do contrato, independentemente de culpa do fornecedor (salvo informação e esclarecimento prévio).

A lei relativa às cláusulas contratuais gerais, transpondo a directiva comunitária, faz uma explicitação de cláusulas não negociadas, gerais ou não, que sejam abusivas, contrárias à boa fé:

- a) umas, absolutamente proibidas –cláusulas que excluam a responsabilidade por danos à vida, integridade, saúde causados por não cumprimento; que confirmem um poder de interpretação unilateral do contrato; que excluam a excepção de não cumprimento; que estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou dependentes da vontade da parte;
- b) outras, relativamente proibidas, consoante o padrão contratual, designadamente as que estabeleçam cláusulas penais desproporcionadas.

A lei relativa ao utente de serviços essenciais também contém diversas normas de protecção do consumidor, como, por exemplo, deveres especiais de informação, a proibição de suspensão do fornecimento sem pré-aviso, a proibição de consumos mínimos, regras sobre a facturação, um prazo curto de prescrição dos créditos.

7.2. Conteúdo mínimo e factor de interpretação

A impossibilidade de aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos sociais por falta de determinação constitucional suficiente não os

coloca à mercê do legislador. Falámos propositadamente em imposições constitucionais e não em normas programáticas, para indicar que o legislador, além de estar obrigado a agir, está vinculado juridico-constitucionalmente pelas *directrizes materiais* que expressamente ou por via de interpretação decorram das normas que lhe impõem tarefas específicas.

Por isso, os preceitos constitucionais relativos aos direitos dos consumidores também servem de padrão *positivo* de controle da constitucionalidade da legislação emanada sobre a matéria e poderão fundar a *declaração de nulidade* ou *desaplicação* das leis que os violem, ou exercer uma influência prevalecte na *interpretação* das respectivas disposições.

Só que esses efeitos invalidat6rios ou interpretativos apenas podem operar na medida em que o cont6ido do preceito constitucional seja *determin6vel* por interpretação, e, no contexto da nossa Constituição, o legislador não está obrigado directamente sen6o a assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito social. Isto é, só o *cont6ido mínimo* dos *direitos dos consumidores* pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível.

Tal significa que, em geral, o juiz tem de aceitar o poder de *conformação* do legislador e só em casos *excepcionais* ou em aspectos *limitados* poderá concluir pela violação, que terá de ser *manifesta*, das normas constitucionais –por exemplo, se houver ofensa do princípio da igualdade enquanto *proibição do arbítrio*.

No que respeita aos direitos dos consumidores, estes impõem, entre as várias interpretações possíveis das normas legais, a solução mais favorável ou mais adequada aos direitos dos consumidores –por exemplo, impõem, em face da lacuna legal, que a lei de protecção de utentes de serviços essenciais seja interpretada no sentido de não se aplicar apenas a empresas públicas ou de mão pública, mas também a empresas privadas.

Note-se, porém, que a interpretação das normas legais em função da Constituição não tem de operar apenas em favor dos particulares consumidores, justificando-se, do mesmo modo, uma eventual redução do âmbito de aplicação dos direitos, em função da razão de ser da respectiva protecção –por exemplo, na mesma lei de protecção dos utentes de serviços essenciais, a invocação da protecção constitucional poderá justificar a conclusão normativa de que o prazo de rescrição muito curto aí estabelecido deve

aplicar-se a consumidores individuais, mas não necessariamente a grandes utentes empresariais ou públicos.

7.3. Valor constitucional e dever de protecção estadual

Outra manifestação da força jurídica dos direitos dos consumidores, enquanto direitos sociais, resulta do seu carácter de *valores constitucionais* e poderá traduzir-se na capacidade para, em situações de conflito entre direitos, fundarem *restrições legítimas* ou *limitações* às liberdades e a outros direitos fundamentais.

Na realidade, para assegurar a realização dos direitos dos consumidores, o legislador tem de limitar ou restringir direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, designadamente a liberdade de iniciativa económica e a liberdade contratual.

Neste contexto, são de destacar as alterações à legislação civil e comercial codificada, que rege a generalidade das relações contratuais, sobretudo em matéria de cláusulas contratuais gerais e no âmbito de contratos de adesão, com o objectivo de protecção dos consumidores, por exemplo, proibindo certo tipo de cláusulas, estabelecendo casos de responsabilidade objectiva do produtor ou fornecedor, determinando prazos muito curtos para prescrição de créditos; bem como as limitações introduzidas relativamente à propaganda de certos produtos, incluindo as advertências administrativas sobre os seus malefícios ou inconvenientes, e a certas formas de publicidade e de métodos de venda; ou a imposição de obrigações de serviço público às empresas privadas que prestem serviços de interesse económico geral (água, electricidade, gás natural, telecomunicações, transportes).

Tudo isto representa limitações das liberdades económicas e da liberdade de expressão, que se consideram adequadas, necessárias e proporcionadas, em face da vulnerabilidade do “consumidor” na relação com as entidades que exercem actividades profissionais de produção ou fornecimento de bens e serviços com fins lucrativos. Embora deva ter-se em conta, como vimos, que a protecção dos consumidores também visa, em grande medida, defender a liberdade contratual (a autodeterminação) e o contrato como instrumento da autonomia privada e do funcionamento do mercado.

Sublinhe-se que o dever do legislador de assegurar um certo grau de realização dos direitos sociais assume uma importância acrescida em determinadas situações, quando a Constituição estabeleça *direitos especiais à protecção estadual contra entidades poderosas*, como acontece nos direitos em que se visa assegurar bens jurídicos das pessoas em situação de vulnerabilidade social, incluindo justamente o caso dos consumidores.

De facto, encontramos na Constituição a consagração de *deveres especiais de protecção* e de *prevenção*¹¹, que, em caso de incumprimento, podem ser invocados para fundar uma eventual *responsabilidade civil pública* por actos ilícitos, por acção ou omissão, administrativa ou mesmo legislativa.

Na linha de protecção especial se parecem inscrever, no domínio do consumo, as normas legais que determinam um “dever geral de protecção” do consumidor, que “pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos”, tal como, na linha de prevenção especial, se destaca a figura do chamado “direito de acção inibitória”, “destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores”¹².

Neste enquadramento de um dever de protecção especial poder-se-iam compreender ainda decisões judiciais que condenassem o Estado a pagar uma indemnização, com fundamento em responsabilidade por danos causados pela *omissão do legislador*, desde que ilícita e culposa, como já se invocou, a partir da Constituição, mesmo sem base legal, no caso *Aquaparque*¹³.

7.4. Força irradiante

Outro aspecto da força jurídica dos direitos dos consumidores reporta-se à sua eventual projecção nos direitos *derivados*, legalmente estabelecidos,

¹¹ V., para além do artigo 60º, o artigo 99º, alínea e), que estabelece, como objectivo da política comercial, “a protecção dos consumidores”.

¹² Cf., respectivamente, os artigos 1º e 10º da Lei n.º 24/96.

¹³ Neste caso, o tribunal condenou o Estado por omissão legislativa, concretamente, por falta de legislação que assegurasse o cumprimento de regras que diminuiriam o risco do acidente nos parques aquáticos (obrigando a um mecanismo especial de fixação de grelhas nos ralos de aspiração), omissão que teria contribuído directamente para a morte de uma criança. Sobre este caso, v., a favor da condenação, FREITAS DO AMARAL /RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas –o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLI, n.ºs 3 e 4, 2000, p. 299 e ss. e, contra, MARIA LÚCIA AMARAL, *Dever de legislar e dever de indemnizar. A propósito do caso Aquaparque do Restelo*, in *Themis*, Ano 1, n.º 2, 2000, p. 67 e ss.

em termos de implicar uma “proibição do retrocesso social” –é o problema de saber se a consagração constitucional dos direitos sociais assegura alguma resistência às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização desses direitos.

Entendemos que, em razão da liberdade política do legislador democrático, não poderá concluir-se, a partir dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, que o legislador esteja vinculado a um princípio da “proibição do retrocesso”, com a conseqüente radicação na esfera jurídica dos particulares do direito a manter o “nível de realização” legislativa do direito fundamental.

Não se pode, pois, sustentar que o legislador fique proibido de diminuir os termos em que consagrou os direitos dos consumidores, desde que não afecte o conteúdo mínimo destes, desde que seja *justificada* ou, pelo menos, *razoável* a diminuição do grau de protecção.

Aceita-se que os preceitos constitucionais relativos aos direitos dos consumidores impliquem alguma estabilidade, que consista na proibição ao legislador de pura e simplesmente destruir ou pôr em causa o núcleo essencial desses direitos, enquanto direitos fundamentais, tal como se pode admitir um certo grau de *protecção da confiança* contra actos legislativos ou políticas “retrocedentes”.

Mas os direitos estabelecidos nas leis de protecção do consumidor não se constitucionalizam automaticamente, não se transformam em direitos fundamentais dos consumidores –são direitos que têm força de lei, a não ser que se radique na consciência jurídica geral a sua obrigatoriedade constitucional, o que será excepcional, implica um consenso alargado e profundo, que leva o seu tempo e não se estende a aspectos de pormenor.

8. As garantias institucionais específicas e as garantias processuais dos direitos dos consumidores

A Constituição portuguesa não se limita a consagrar os direitos dos consumidores. Prevê ainda, para sua defesa e promoção, um conjunto de garantias *institucionais*¹⁴ e *instrumentais*.

¹⁴ Entendem-se aqui por garantias institucionais os complexos normativos, substantivos, organizatórios ou procedimentais, que, não conferindo direitos subjectivos, visam assegurar a realização dos direitos fundamentais dos consumidores.

8.1. Referimo-nos, desde logo, à sujeição obrigatória da *publicidade* a uma disciplina legal, que implica uma imposição concreta de legislação, bem como à proibição constitucional de todas as formas de publicidade oculta, indirecta e dolosa (artigo 60º, n.º 2)¹⁵. Apesar de a publicidade não ser uma realidade que se refira exclusivamente ao consumo, compreende-se esta associação constitucional. De facto, numa sociedade de comunicação, a informação relativa aos produtos é decisiva para uma escolha minimamente consciente por parte de quem adquire bens ou serviços, devendo considerar-se, por isso, a regulação legal da publicidade como uma garantia fundamental necessária à protecção dos direitos dos consumidores

Por outro lado, constituem ainda, em nosso entender, garantias institucionais, os *direitos de participação e de representação* das associações de consumidores e das cooperativas de consumo (artigo 60º, n.º 3). Mau grado a sua formulação subjectiva, estes direitos colectivos não constituem direitos fundamentais das pessoas, valem, sim, neste domínio, como garantias institucionais, pois que visam a defesa e a promoção dos direitos dos consumidores. A Lei de defesa do consumidor, em execução e no desenvolvimento das normas constitucionais, formula um “direito do consumidor à *participação*, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses”, que “consiste, nomeadamente, na audição e consulta prévias, em prazo razoável, das associações de consumidores, no tocante às medidas que afectem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos consumidores”¹⁶. Trata-se de um direito legal e não de um direito fundamental, que vale como garantia, não apenas dos direitos fundamentais dos consumidores, mas da generalidade dos direitos e dos interesses destes que a legislação estabeleça ou proteja.

8.2. A estas garantias institucionais, acrescem as *garantias processuais* que, sendo embora gerais, assumem uma particular importância relativamente aos consumidores, como a própria Constituição sublinha.

Na realidade, a protecção dos direitos dos consumidores, na grande maioria dos casos, não se pode contentar com as garantias gerais de acesso

¹⁵ O Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, profundamente alterado pelos Decretos-leis n.ºs 74/93, 6/95, 61/97 e 275/98), inclui entre os princípios gerais da publicidade, o do “respeito pelos direitos do consumidor”, ao lado dos princípios da licitude, da identificabilidade e da veracidade (artigo 6º).

¹⁶ V. os artigos 3º, alínea h), e 15º da Lei n.º 24/96.

aos tribunais: só se torna efectiva se existirem mecanismos muito *abertos*, muito *simples* e muito *rápidos* de acesso a formas justas de composição dos conflitos.

Basicamente, continua a ser fundamental o *direito de acesso à justiça*, como *garantia processual geral* da protecção dos direitos dos consumidores, actualmente formulado, no artigo 20º da CRP, como direito a uma “tutela jurisdicional efectiva”, em que a causa junto do tribunal seja “objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

Mas a Constituição não deixa de referir expressamente a protecção dos direitos dos consumidores quando cria o *direito de acção popular*, individual ou por associação de defesa de interesses¹⁷ –só dessa forma se consegue uma tutela efectiva dos direitos dos consumidores relativamente a uma massa de pequenas questões ou a problemas globais que os particulares individualmente não têm capacidade ou incentivo para levar a tribunal.

A lei ordinária estabelece ainda a legitimidade do Ministério Público e do Instituto do Consumidor para as acções inibitórias ou de reparação de danos, “quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos”¹⁸.

Além de uma legitimidade alargada, é decisivo para uma protecção efectiva dos direitos dos consumidores a existência de vias que garantam uma decisão em prazo razoável e através de processo adequado, isto é, de processos simplificados e urgentes, que devem incluir formas de composição não jurisdicional de conflitos¹⁹.

Na sequência da previsão constitucional, a lei ordinária, reconhece o direito a uma *justiça acessível e pronta* e incumbe a Administração Pública de promover a criação e apoiar *centros de arbitragem* para dirimir conflitos de consumo e determina a isenção de preparos nos processos até certo montante, e de custas, total (em caso de procedência parcial) ou parcial (em caso de improcedência total)²⁰.

¹⁷ Nos termos do artigo 52º, n.º 3, o direito de acção popular, como *garantia processual especial*, serve para “promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra (...) os direitos dos consumidores (...)”.

¹⁸ V. o artigo 13º da Lei n.º 24/96.

¹⁹ A Constituição prevê expressamente que a lei pode institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional dos conflitos (artigo 202º, n.º 4), previsão que assenta como uma luva às necessidades de protecção dos direitos dos consumidores.

²⁰ V. o artigo 14º da Lei n.º 24/96.

9. Considerações finais

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.

Esta estratégia normativa suscita algumas questões, a que podemos agora, em jeito de balanço, tentar responder.

9.1. Em primeiro lugar, pergunta-se se será *necessária* essa consagração como direitos subjectivos fundamentais para atingir um tal objectivo.

A resposta só pode em rigor ser negativa. A experiência da generalidade dos países europeus mostra que seria muito provável que bastasse a imposição constitucional de uma tarefa estadual de protecção do consumidor para obter resultados semelhantes.

Essa probabilidade reforça-se quando se tenha em consideração a forte pressão comunitária no sentido da protecção do consumidor, materializada, por exemplo, na Directiva 93/13 /CEE sobre cláusulas abusivas e na recente Directiva 1999/44/CE, relativa à venda de coisas defeituosas. Ao que acresce que, como acabamos de ver, os direitos dos consumidores, apesar de qualificados como direitos fundamentais, têm uma força jurídica relativa, pois não beneficiam do regime especial da aplicabilidade directa e da vinculação estrita do legislador, que é característico dos direitos, liberdades e garantias, nem conferem a possibilidade de uma acção constitucional directa ou de um recurso de amparo, que, entre nós, não existe, nem para defesa dos direitos, liberdades e garantias.

Seja como for, essa consagração constitui, nos termos analisados, um reforço normativo dos direitos dos consumidores no ordenamento jurídico português.

9.2. Outra pergunta é se a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais é *conveniente*.

De facto, deve pôr-se com seriedade o problema de uma descaracterização e de uma desvalorização normativa dos direitos fundamentais, causadas pelo

alargamento excessivo do seu âmbito. Actualmente, todos os direitos parecem pretender ser direitos fundamentais, e não só todos os direitos das pessoas individuais, mas os direitos das pessoas colectivas, mesmo públicas, os direitos dos países e até os direitos dos animais e da natureza.

A inflação destes direitos ou um “jusfundamentalismo” podem ter consequências negativas graves para a garantia de um amplo espaço de liberdade social e pôr mesmo em causa a protecção efectiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais mais intimamente ligados à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Não nos parece, porém, que tenhamos de ser pessimistas a este propósito, pois que, como dissemos, é possível encontrar nos direitos fundamentais dos consumidores a referência essencial da dignidade da pessoa humana, e o reconhecimento dessa “jusfundamentalidade” não obriga a considerar todos os direitos conferidos aos consumidores como direitos fundamentais, sendo possível conter os excessos de constitucionalização das soluções legislativas.

9.3. A terceira e última pergunta é logicamente a que diz respeito à *eficácia* da constitucionalização dos direitos dos consumidores.

Numa avaliação genérica, parece-nos que tal constitucionalização constitui um factor de pressão normativa sobre o legislador que, em Portugal, se tem revelado eficaz, tal como tem acontecido com a realização dos direitos sociais, em geral, e mesmo em outros domínios, como a reforma do contencioso administrativo.

Não podemos deixar, no entanto de alertar para o risco, que a constitucionalização indiscutivelmente carrega consigo, de uma intervenção excessiva dos tribunais no âmbito do direito privado, sucumbindo à tentação de se substituir ao legislador para o objectivo sublime de defesa dos direitos fundamentais –um risco que é um perigo que a experiência de outros países e, entre nós, o caso Aquaparque não permite que se considere puramente teórico.