

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: ABORDAGEM COMPARADA DE DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Planned obsolescence and consumer protection: Comparative approach of Luso-Brazilian law

Submetido(submitted): 31/01/2019

Parecer(revised): 11/02/2019

Aceito(accepted): 13/02/2019

Ana Clara Azevedo de Amorim*

Abstract

Purpose – *The text addresses the problem of planned obsolescence from the point of view of consumer protection, based on the decisions of Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato which condemned Samsung and Apple on the grounds of the prohibition of unfair commercial practices. It aims to consider the scope of the applicable similar norms in Portuguese and Brazilian legal systems.*

Methodology – *Analysis of the grounds relied on those decisions, as well as the relevant doctrine regarding planned obsolescence and consumer protection from a comparative law perspective.*

Findings – *The text demonstrates which norms can ensure consumer protection in the case of technical or functional planned obsolescence, especially considering the communication dimension, which focuses on the right to information.*

Keywords: *Planned Obsolescence. Consumers. Unfair Commercial Practices. Information.*

Resumo

Propósito – O texto aborda a problemática da obsolescência programada do ponto de vista da proteção dos consumidores, a partir das decisões da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato que condenaram a Samsung e a Apple com fundamento na proibição de práticas comerciais desleais. Visa ponderar o alcance das normas similares aplicáveis nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Metodologia – Análise dos argumentos invocados nas referidas decisões, bem como da doutrina relevante em matéria de obsolescência programada e proteção dos consumidores numa perspetiva de direito comparado.

Resultados – O texto demonstra quais as normas suscetíveis de assegurar a proteção dos consumidores no caso de obsolescência programada técnica ou funcional, considerando sobretudo a dimensão comunicacional, que incide sobre o direito à informação.

Palavras-chave: Obsolescência Programada. Consumidores. Práticas Comerciais Desleais. Informação.

*Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Doutorada em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Universidade do Minho – Portugal. Email: aamorim@upt.pt.

INTRODUÇÃO

Em 25 de setembro de 2018, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, entidade administrativa de direito italiano responsável pela proteção da concorrência e dos consumidores, nomeadamente em sede de práticas comerciais desleais, condenou a Samsung e a Apple por obsolescência programada.¹ Trata-se de duas decisões pioneiras nos Estados Europeus, cujo fundamento coincidiu com os artigos 20.º, 21.º, 22.º e 24.º do *Codice del Consumo* resultantes da transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais.² Estavam em causa propostas de atualização do software dos smartphones, que perturbavam de modo significativo o respetivo funcionamento, sem que os consumidores tivessem sido adequadamente informados. Ficou demonstrado que esta estratégia comercial visava acelerar o processo de substituição dos aparelhos.

No processo n.º PS11009, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* considerou que, a partir de maio de 2016, a Samsung enviou aos proprietários do smartphone modelo Galaxy Note 4 propostas persistentes de instalação da versão do sistema operativo Android denominada *Marshmallow*, concebida para o Galaxy Note 7, não alertando para os eventuais prejuízos decorrentes da demanda acrescida de hardware, também ao nível da bateria, necessária para suportar as novas funcionalidades. Neste sentido, a Samsung Electronics Italia S.p.A e a Samsung Electronics Co Ltd foram condenadas a pagar uma coima de € 5.000.000 por práticas comerciais enganosas quanto às características daquela atualização e ao respetivo impacto no aparelho.

No processo n.º PS11039, aquela entidade administrativa considerou que, a partir de setembro de 2016, a Apple enviou aos proprietários dos vários modelos de smartphone iPhone 6 propostas persistentes de instalação do sistema operativo iOS 10 desenvolvido para o iPhone7, não dando a conhecer os inconvenientes, como desligamentos repentinos ou a diminuição da velocidade de resposta e do funcionamento dos aparelhos, que viriam depois a verificar-se. Acresce que, até dezembro de 2017, a Apple não disponibilizou aos seus consumidores informação sobre as características da bateria de lítio, por exemplo, a durabilidade média ou os procedimentos para a respetiva manutenção e substituição. A Apple Inc, a Apple Distribution International, a Apple Italia S.r.l. e a Apple Retail Italia S.r.l. foram condenadas a pagar uma coima de € 5.000.000 por cada uma das infrações descritas, num total de € 10.000.000.

Em ambos os casos, os profissionais apresentavam aos consumidores a possibilidade de instalar ou adiar a atualização do software, mas não de a recusar.

¹ Decisões disponíveis em <http://www.agcm.it/>.

² Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005, relativa às Práticas Comerciais Desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno.

E, posteriormente, ambos impediam o regresso às versões anteriores do sistema operativo, apesar de a irreversibilidade do processo não ter sido esclarecida na proposta. Estes factos ocorriam dois anos após a compra dos aparelhos, pelo que a reparação fora do período de garantia legal representava quase sempre um custo excessivamente elevado para os consumidores, quando comparado com o preço de aquisição de um smartphone novo. A *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* considerou a prática especialmente censurável face à fidelidade dos consumidores da Samsung e da Apple, que no processo de substituição dos aparelhos obsoletos tendem a optar por soluções de continuidade, adquirindo um modelo sucessivo da marca.

Ora, a obsolescência programada tem origem no excesso de oferta que caracterizou a economia norte-americana na Grande Depressão de 1929. A preocupação com o escoamento dos bens fabricados determinou o surgimento de mecanismos para diminuir o ciclo de vida útil dos produtos. O primeiro caso de obsolescência programada descrito na literatura é o cartel *Phoebus* que reuniu os cinco principais produtores mundiais de lâmpadas elétricas com a finalidade de reduzir a sua durabilidade de 2500 para 1000 horas. Uma vez que os profissionais afetam deliberadamente a durabilidade dos produtos, o conceito de obsolescência programada centra-se no elemento subjetivo. Esta obsolescência programada técnica ou funcional pode resultar da introdução de dispositivos no produto que limitam artificialmente o número de utilizações. Contrapõe-se a obsolescência programada estética ou psicológica, em que os profissionais lançam novos modelos e, com recurso ao marketing, tornam os anteriores não desejados pelos consumidores, à semelhança do que sucedeu precursoramente no setor dos automóveis (SLADE, 2007). Constituem ainda modalidades de obsolescência programada indireta, entre outras, o não fornecimento de peças de reposição e a consequente impossibilidade de reparação do aparelho, bem como algumas incompatibilidades entre produtos sucessivos.

O caso da Samsung e da Apple suscita um problema de obsolescência programada técnica ou funcional. O desenvolvimento tecnológico coloca agora à disposição dos profissionais instrumentos mais sofisticados para – numa operação realizada à distância e após a conceção dos produtos – diminuir o respetivo ciclo de vida útil num momento em que já se tinha esgotado o período de garantia legal. Segundo a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a adoção da obsolescência programada como estratégia comercial surge num contexto de excesso de concorrência, escassa inovação tecnológica e maturidade do mercado, factores que dificultam a conquista de novos consumidores. Ficou ainda demonstrado que a substituição dos aparelhos antigos assume relevância para o volume de vendas dos profissionais concretos.

Apesar de não ser um fenómeno recente, a obsolescência programada só na última década foi objeto de atenção por parte de alguns legisladores nacionais.

A consagração expressa resulta precursoramente no ordenamento jurídico francês do artigo L. 441-2 do *Code de la Consommation*:

Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement.

O conceito compreende vários elementos que importa analisar. O elemento objetivo coincide com o recurso a técnicas destinadas a diminuir o ciclo de vida útil dos produtos. Desta forma, fica abrangida pela norma apenas a obsolescência programada técnica ou funcional e já não a obsolescência programada estética ou psicológica, que não afeta a durabilidade dos produtos. O elemento subjetivo incide sobre a intenção do profissional, que suscita dificuldades probatórias. Por fim, o elemento teleológico traduz uma finalidade de acelerar o processo de substituição dos aparelhos, permitindo distinguir os casos em que a obsolescência programada representa uma estratégia comercial dos profissionais daqueles em que se verifica uma evolução natural face aos atuais padrões de consumo e ao desenvolvimento tecnológico. Na verdade, quase sempre as práticas comerciais são justificadas pelos profissionais com fundamentos económicos, tecnológicos ou de prevenção de riscos (VASSEUR e SAUVAGE, 2017).

A obsolescência programada constitui um problema jurídico novo, resultante da evolução da sociedade de consumo, que a doutrina e a jurisprudência começam agora a abordar mundialmente. Em Portugal, não são ainda conhecidos trabalhos de investigação que tratem este fenómeno do ponto de vista da proteção dos consumidores. No Brasil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (doravante CDC) consagra expressamente algumas modalidades de obsolescência programada indireta e oferece os instrumentos para um enquadramento do fenómeno semelhante ao que resulta da proibição das práticas comerciais desleais. No entanto, a abordagem continua a ser feita maioritariamente a propósito das questões ambientais (ROSSINI e NASPOLINI, 2017).

Assim, depois da análise dos fundamentos constitucionais da proteção dos consumidores, com especial enfoque na assimetria de informação, a obsolescência programada será abordada como prática comercial desleal à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Esta abordagem justifica-se sobretudo na medida em que a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato não enunciou os pressupostos de aplicação das normas genericamente invocadas nas referidas decisões. Por fim, ainda numa perspetiva de direito comparado, serão tratados os mecanismos sancionatórios.

Partindo sempre da hipótese de obsolescência programada que esteve na origem da condenação da Samsung e da Apple em Itália com fundamento na proibição de práticas comerciais desleais, este artigo aborda criticamente o

fenómeno à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, essencialmente tentando demonstrar quais as normas suscetíveis de assegurar a proteção dos consumidores, numa dimensão comunicacional.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A proteção dos consumidores funda-se na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum, especialmente relevante num contexto histórico de excesso de oferta (ANDRARE, 2002).

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores surgiu com a generalização do consumo de massas que se verificou no continente europeu a partir dos anos 70 do século XX, quando a procura deixou de se limitar aos bens de primeira necessidade. Na tomada de decisões económicas, os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos produtores e pelos distribuidores, detentores em exclusivo da informação sobre o mercado e do controlo da tecnologia (KITCHEN, 2003).

É no quadro desta relação de poder privado que se justifica o movimento de proteção dos consumidores, cuja origem simbólica se encontra na mensagem dirigida pelo Presidente John Kennedy ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962. Ao nível europeu, este movimento concretiza-se com a aprovação da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor de 17 de maio de 1973 e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores de 14 de abril de 1975. Aqui se consagram os cinco eixos da proteção dos consumidores que viriam a influenciar a redação do artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP):

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção 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, indireta ou dolosa.

Ao contrário do que se verificava no início do século XX, a defesa dos consumidores passa a gozar de uma verdadeira visão de conjunto sobre os problemas que afetam a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Também no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor tem origem constitucional, decorrente das reivindicações que se faziam sentir no quadro de

um verdadeiro “movimento consumerista” (FILOMENO, 2018). Assim, segundo o artigo 170.º da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CF):

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor.

Na sequência desta garantia constitucional, o artigo 4.º inciso I do CDC consagrou expressamente o princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”. Esta vulnerabilidade, que pode ter natureza informacional, técnica, jurídica ou socioeconómica, decorre do elemento causal da relação jurídica de consumo, enunciado no artigo 2.º do CDC, que identifica o consumidor com o destinatário final do produto ou serviço. De acordo com a teoria finalista, a proteção do consumidor apenas se justifica, segundo o referido elemento causal, quando os sujeitos não utilizam o produto ou serviço no contexto da sua atividade profissional. Ou seja, ao contrário da teoria maximalista, que parece não atender à vulnerabilidade do adquirente, esta teoria finalista coincide com a utilização do produto em proveito próprio, para satisfação de uma necessidade pessoal e não como elemento da cadeia de produção (MARQUES, 2016). Entendimento semelhante resulta, no ordenamento jurídico português, da noção enunciada no artigo 2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor, que alude também ao “uso não profissional” enquanto elemento teleológico.

Importa ainda referir que, de acordo com a noção prevista em ambos os diplomas, pode ser consumidor qualquer pessoa física ou jurídica. Neste sentido, a limitação às pessoas singulares apenas se verifica nos casos expressamente previstos, como resulta, em matéria de práticas comerciais desleais, do disposto no artigo 3.º alínea a) do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Tributária da tradição europeia, que exclui do conceito de consumidor as pessoas coletivas, esta perspetiva mais restritiva justifica-se ainda pela necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais.

Apesar de formalmente enquadrada na proteção dos interesses económicos dos consumidores, como resulta do Considerando 6, a Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais, em que assentou a condenação da Samsung e da Apple por obsolescência programada, tem como fundamento expreso o artigo 95.º do Tratado da Comunidade Europeia relativo ao desenvolvimento do Mercado Interno, correspondente ao atual artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Na verdade, o diploma consolida a tendência de liberalização que resulta da correspondência entre o fornecimento de informação relevante para efeitos de uma escolha racional (*informed consumer*) e a efetiva proteção dos consumidores

(*protected consumer*), manifestada na jurisprudência do Tribunal de Justiça a partir do caso “GB-INNO-BM” relativo à comparação de preços de referência (acórdão de 7 de março de 1990, processo n.º C-362/88). Esta abordagem político-económica justifica o recurso ao critério do consumidor médio enunciado no Considerando 18, bem como a consagração de uma cláusula de relevância, que limita a proibição às práticas comerciais susceptíveis de distorcer de maneira substancial o seu comportamento económico. Desta forma, a Diretiva contribui para o afastamento da matriz social de proteção dos consumidores assente na constatação da vulnerabilidade face aos profissionais (HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON, 2006).

O acesso limitado à informação que dominou quase todo o século XX determinou ainda a centralidade da publicidade enganosa no regime jurídico das práticas comerciais desleais. Assim, importa sobretudo garantir a conformidade dos produtos promovidos com o conteúdo dos anúncios, procurando evitar a falta de correspondência entre a mensagem e a realidade da oferta, suscetível de lesar os interesses económicos dos consumidores. A informação permite assegurar a racionalidade das transações comerciais, desenvolvida pelas teorias económicas neoclássicas. Daqui decorre o princípio da veracidade consagrado no artigo 10.º do Código da Publicidade português:

1. A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.
2. As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

De acordo com o referido modelo económico, estes elementos permitem aos consumidores tomar uma decisão esclarecida, em função da maior utilidade e do menor custo. Entendimento semelhante do direito à informação resulta, no ordenamento jurídico brasileiro, do artigo 31.º do CDC:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Os fundamentos tradicionais da proteção dos consumidores subsistem hoje apenas em setores de atividade caracterizados por uma acentuada assimetria de informação, como se verifica no domínio das tecnologias. Neste sentido, a assimetria de informação foi invocada pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* nos processos relativos à obsolescência programada, onde ficou demonstrado que os consumidores confiam na reputação da Samsung e da Apple

para efeitos da tomada de decisão quanto às atualizações sugeridas. A avaliação do impacto causado pelas atualizações no aparelho não pode recair sobre o consumidor, sobretudo quando as propostas são realizadas de forma persistente. Esta avaliação, nomeadamente ao nível da demanda acrescida de hardware necessária para suportar as novas funcionalidades – e a consequente comunicação aos consumidores – cabia aos profissionais, líderes mundiais no mercado da tecnologia, que desenham os sistemas operativos e são detentores em exclusivo dos conhecimentos necessários.

Assim, tem sido defendida a necessidade de os profissionais informarem os consumidores sobre a durabilidade estimada dos produtos adquiridos, para efeitos da garantia da racionalidade das decisões económicas, nomeadamente através da comparação entre ofertas concorrentes. Ao nível da União Europeia, esta foi uma das soluções propostas pelo Comité Económico e Social Europeu no Parecer intitulado *Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida*, de 17 de outubro de 2013 e pelo Parlamento Europeu no *Relatório sobre produtos com uma duração de vida mais longa: vantagens para os consumidores e as empresas*, de 9 de junho de 2017. Considerando que a confiança dos cidadãos na indústria diminui com a obsolescência programada, os interesses das empresas convergem com os dos consumidores. Num contexto em que a sensibilização dos consumidores é uma condição prévia para a utilização adequada e sustentável dos produtos, importa promover a transparência dos profissionais. Em suma, a par das garantias de qualidade, deve passar a ser indicada a duração de vida dos produtos ou o número de utilizações previstas.

Acresce que ao contrário do que se verifica na obsolescência programada técnica ou funcional, que diminui o ciclo de vida útil dos produtos, a dimensão estética ou psicológica não parece suscitar um problema de direito à informação dos consumidores, que cede perante os interesses do profissional à promoção da sua atividade económica. Estes interesses fundam-se na liberdade de expressão e na iniciativa económica privada, constitucionalmente garantidos nos artigos 37.º e 61.º da CRP e nos artigos 5.º inciso IX e 170.º § único da CF. Não obstante este entendimento maioritário, alguma jurisprudência brasileira tem reconhecido o direito à indemnização dos danos materiais e morais sofridos por adquirentes de automóveis que foram ultrapassados pelo lançamento de novos modelos antes de decorrido o prazo convencional (SCHMITT e GUGLINSKI, 2015).

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA COMERCIAL DESLEAL

Em 25 de setembro de 2018, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* condenou a Samsung e a Apple por obsolescência programada, com

fundamento nos artigos 20.º, 21.º, 22.º e 24.º do *Codice del Consumo* resultantes da transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais. Ou seja, invocou a cláusula geral (artigo 20.º), bem como a proibição de práticas comerciais enganosas por ação (artigo 21.º) e por omissão (artigo 22.º) e ainda a proibição de práticas comerciais agressivas (artigo 24.º), embora sem enunciar os respetivos pressupostos de aplicação.

As normas genericamente aplicadas correspondem aos artigos 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março que transpõe a Diretiva para o ordenamento jurídico português. Como consta do Preâmbulo, o diploma contribui “para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e para promover o desenvolvimento de transações comerciais transfronteiriças”. À semelhança do que se verifica no Direito Europeu, a proteção dos consumidores é aqui abordada como instrumento do desenvolvimento do Mercado Interno.

Configurada pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* como prática comercial desleal, a obsolescência programada suscita o problema do direito à informação e proteção de interesses económicos dos consumidores. Mas este comportamento dos profissionais suscita igualmente questões ambientais, que não têm acolhimento no regime jurídico das práticas comerciais desleais, exceto na medida em que constituam fatores determinantes da decisão económica dos consumidores. Por este motivo, as referidas questões ambientais não foram invocadas nas decisões que condenaram a Samsung e a Apple por obsolescência programada. No entanto, a hipótese ficaria abrangida pelo disposto no artigo 7.º n.º 2 alínea a) do Código da Publicidade português, segundo o qual é proibida a publicidade que “encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente”. Também nos termos do artigo 37.º § 2 do CDC brasileiro, integra publicidade abusiva aquela que “desrespeite valores ambientais”.

Face ao ordenamento jurídico português, as propostas de atualização do software dos smartphones realizadas no quadro de uma estratégia comercial destinada a acelerar o processo de substituição dos aparelhos cabem no âmbito de aplicação das práticas comerciais desleais, definido no artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

d) “Prática comercial da empresa nas relações com os consumidores, ou, abreviadamente, prática comercial” qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor.

O conceito integra um elemento objetivo, relativo às modalidades de atuação, e uma vertente funcional ou teleológica, que corresponde à promoção, venda ou fornecimento de bens ou serviços. Assim, a prática comercial traduz

uma conduta externa com repercussões no mercado e nos restantes agentes económicos, abrangendo nomeadamente a publicidade. Apesar da aproximação terminológica à disciplina contratual, a aplicação do regime jurídico não depende da existência de uma decisão de transação. O próprio artigo 1.º n.º 1 do DL n.º 57/2008, de 26 de março incide sobre as “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial”. Na obsolescência programada técnica ou funcional, as práticas comerciais desleais ocorrem no quadro de uma relação contratual previamente estabelecida.

Não obstante este enquadramento, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* não abordou diretamente a proteção dos consumidores relativa à qualidade dos produtos, mas antes a dimensão comunicacional, que incide sobre o direito à informação. Considerou, por exemplo, que os desligamentos repentinos e os problemas com a bateria provocados pela Apple aumentaram os pedidos de assistência de iPhone 6 (de 4.000 em setembro de 2016 para 12.000 em janeiro de 2017), mas fundou as decisões no facto de os profissionais terem realizado propostas persistentes de instalação de uma nova versão do sistema operativo, não alertando os consumidores para os eventuais prejuízos decorrentes da demanda acrescida de hardware. Complementarmente ao direito à informação, está em causa a proteção de interesses económicos dos consumidores, visada pela Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais e pelos diplomas de transposição. A lesão destes interesses subsiste apesar de alguns consumidores terem ficado abrangidos por programas de substituição das baterias dos aparelhos a preços mais baixos (“*Battery Replacement Program*”).

Cláusula Geral

A censurabilidade da obsolescência programada assentou, desde logo, na cláusula geral que proíbe as práticas comerciais desleais. No ordenamento jurídico português, esta cláusula geral resulta do artigo 5.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que consagra os critérios normativos e a cláusula de relevância:

1. É desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço.
2. O carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

Critérios Normativos

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, o recurso a conceitos indeterminados constitui garantia do carácter valorativo e da flexibilidade da tutela da lealdade nas relações de mercado. Enquanto critério normativo, a diligência profissional encontra-se delimitada no artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

h) “Diligência profissional” o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da atividade profissional.

Neste sentido, traduz uma expectativa razoável, avaliada objetivamente, face ao padrão de competência e cuidado adotado num determinado setor de atividade. São irrelevantes os conhecimentos específicos e a experiência concreta do profissional, ainda que a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tenha atendido à qualidade técnica dos profissionais em causa e à reputação adquirida no setor dos smartphones de gama alta, que se traduz igualmente nos preços praticados. Os consumidores da Samsung e da Apple têm, por isso, uma expectativa legítima quanto à durabilidade dos aparelhos, independentemente de interferências destinadas a diminuir o respetivo ciclo de vida útil.

A prática honesta de mercado e o princípio geral de boa fé constituem critérios normativos complementares de integração da diligência profissional (FUENTES, 2006). O primeiro traduz um critério corporativo que corresponde à moral vigente no tráfego comercial. Ora, à semelhança do que se verifica tradicionalmente em sede de Concorrência Desleal, a prática honesta de mercado tem conteúdo ético. Com a transição para a adoção do princípio geral de boa fé no direito comparado, a deslealdade nas relações de mercado passa a resultar de um juízo de inadequação aos princípios do ordenamento económico, num sentido eminentemente institucional e objetivo.

A boa fé encontra-se especialmente prevista no quadro da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do Código Civil português) e do cumprimento das obrigações (artigo 762.º n.º 2 do Código Civil português). Também o artigo 9.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor consagra a boa fé no domínio contratual. Porém, a Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais veio demonstrar que o âmbito de aplicação do princípio geral não se limita aos contextos relacionais, em que se verifica uma colaboração intersubjetiva entre os sujeitos, mas abrange todo o comportamento juridicamente relevante e corresponde a um determinado modo de atuar nas relações de mercado. Abrange a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente, exigindo a avaliação da conduta segundo o equilíbrio dos interesses e uma ponderação das consequências da aplicação das normas (CORDEIRO, 1984). Ao contrário do critério corporativo tradicional, permite

abordar situações novas. Face ao regime jurídico das práticas comerciais desleais, a consagração do princípio geral da boa fé como parâmetro objetivo justifica-se também pelo facto de os interesses dos consumidores já não serem apenas um mecanismo de correção das decisões judiciais ou administrativas em sede de Concorrência Desleal, mas representarem a principal finalidade da regulação dos comportamentos (KEBLER e MICKLITZ, 2005).

A tutela da lealdade estende-se agora a todas as relações entre profissionais e consumidores, independentemente da existência de uma transação comercial. Ou, como resulta do artigo 2.º n.º 2 alínea c-bis) do *Codice del Consumo* italiano, os consumidores têm um direito ao “exercício das práticas comerciais segundo princípios de boa fé, correção e lealdade”. Esta conceção foi também adotada no artigo 4.º inciso III do CDC brasileiro relativo aos princípios gerais da proteção dos consumidores:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento económico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem económica (artigo 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

A *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* considerou que os líderes mundiais no mercado da tecnologia estavam obrigados a um especial dever de diligência e boa fé na relação com os consumidores, devendo ter procedido a uma avaliação preventiva do risco das atualizações e dado a conhecer os inconvenientes. Pelo contrário, adotaram uma estratégia comercial centrada na obsolescência programada técnica ou funcional que visava acelerar o processo de substituição dos aparelhos, aproveitando a fidelidade dos consumidores à marca, quantificada em aproximadamente 70%. De facto, a facilidade na transferência de conteúdos parece determinar a preferência dos consumidores pela substituição do smartphone por um modelo sucessivo, optando por soluções de continuidade. Acresce que a liberdade de escolha dos consumidores se encontrava limitada pelo custo da mudança para o concorrente direto – a Samsung ou a Apple – devido à utilização de um sistema operativo diverso ou dotado de um nível de qualidade percebido inferior. Neste contexto, a adoção daquela estratégia comercial ficou ainda demonstrada pela oferta de vales de desconto destinados à aquisição de modelos novos, quando não fosse realizada a reparação atendendo ao custo desproporcionado.

Os critérios normativos consagrados na cláusula geral são inspirados nas tradições jurídicas dos Estados Membros em matéria de Concorrência Desleal. Considerando a preocupação com os fatores de produção dominante no período subsequente à Revolução Industrial, esta disciplina começou por representar um instrumento de proteção das posições adquiridas pelos agentes económicos no

mercado, através da proteção contra o desvio de clientela. No entanto, esta visão corporativa tem sido recentemente afastada, na doutrina e na jurisprudência, pela necessidade de uma proteção integrada dos concorrentes e dos consumidores (AMORIM, 2017). Na verdade, a obsolescência programada pode ser enquadrada no artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial português:

Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica.

Por fim, a relação entre a proteção dos consumidores e a disciplina da Concorrência Desleal prevista no artigo 195.º da Lei da Propriedade Industrial brasileira, resulta expressamente do artigo 4.º do CDC:

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Cláusula de Relevância

A proibição de uma prática comercial desleal não depende apenas da contrariedade à diligência profissional, sendo igualmente necessário que distorça substancialmente o comportamento económico dos consumidores, de acordo com o conceito enunciado no artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

e) “Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores” a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Tributária da defesa da concorrência, a cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno, na medida em que exclui a proibição nos casos de mera influência da prática comercial sobre o comportamento económico dos consumidores, como se verifica relativamente a formas de abordagem que não comprometem a racionalidade das transações comerciais e a liberdade de escolha. Esta distinção entre a mera influência e a distorção substancial do comportamento económico dos consumidores resulta também da jurisprudência do Tribunal de Justiça desde o paradigmático caso “Nissan” relativo à venda anunciada de veículos importados por um preço mais baixo dado o menor número de acessórios incluídos (acórdão de 16 de janeiro de 1992, processo n.º C-373/90).

A ilicitude da prática comercial fica então dependente da existência de uma percentagem relevante de consumidores cujo comportamento económico tenha sido substancialmente distorcido. O Tribunal de Justiça segue aqui a orientação da jurisprudência alemã que considera suficiente a distorção do comportamento económico de 12% a 15% dos consumidores. No caso do iPhone 6 analisado pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, em junho de 2018, 81% dos aparelhos tinha a última versão do sistema operativo instalada, pelo que não subsistem dúvidas quanto à verificação da cláusula de relevância. Na verdade, ainda que o diploma afaste o pressuposto do dano efetivo, configurando as práticas comerciais desleais como um ilícito de perigo abstrato, a obsolescência programada impediu um número muito significativo de consumidores de tomar uma decisão esclarecida relativamente à instalação de uma atualização do software dos smartphones que viria a perturbar o respetivo funcionamento, fora do período de garantia legal.

No quadro da dimensão subjetiva do princípio da veracidade, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial, e atenta a previsão da cláusula de relevância, recorre-se ao consumidor médio como critério de aferição, de acordo com o disposto no referido artigo 5.º n.º 2 do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Consolidando as decisões do Tribunal de Justiça proferidas a propósito do confronto entre o risco de engano e a livre circulação de produtos no Mercado Interno, a Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais aludiu no Considerando 18 ao “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”. Na medida em que relevam a atitude e os conhecimentos, o conceito de consumidor médio implica a experiência e aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens transmitidas pelos profissionais, bem como a adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação relativa ao produto (VAQUÉ, 2004). Atende-se igualmente ao facto de o cuidado e a ponderação variarem em função da natureza e do valor do produto. Importa recordar que a adoção de um parâmetro de aferição das práticas comerciais desleais excessivamente exigente e sem tradição na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros se insere num modelo liberal de proteção dos consumidores.

No entanto, considerando a segmentação do mercado, que se verifica também no setor dos smartphones de gama alta, a comunicação comercial dirige-se quase sempre a mercados de pequena dimensão, identificados mediante um conjunto de características tendencialmente homogêneas. Os critérios desta segmentação centram-se, numa primeira fase, em fatores de natureza geográfica e sociodemográfica, que incluem o sexo, a idade, a escolaridade, o estado civil, a atividade profissional, o rendimento disponível e a composição do agregado familiar dos consumidores. Só posteriormente viriam a relevar também fatores de

natureza psicográfica, que coincidem com a personalidade e os estilos de vida, abrangendo designadamente a análise das atividades, dos interesses e das opiniões em matéria social, política, económica ou cultural (AMORIM, 2018). Ou seja, fica preenchido o pressuposto do recurso ao “membro médio de um grupo” previsto no artigo 5.º n.º 2 do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que constitui uma alternativa ao parâmetro abstrato.

A ponderação da cláusula de relevância atende casuisticamente a diversos factores determinantes da decisão económica, que condicionam as expectativas do consumidor médio, como o preço e as características do produto ou a reputação do profissional. Face à obsolescência programada, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato atendeu às expectativas inerentes ao nível qualitativo – e consequentemente ao preço – dos produtos oferecidos pela Samsung e pela Apple, líderes mundiais no mercado da tecnologia. Considerou igualmente que o consumidor médio não aceita sacrificar uma funcionalidade atual do produto para obter uma inovação tecnológica potencial, pelo que a prática comercial desleal foi determinante da tomada de decisão quanto à instalação das atualizações sugeridas, face à confiança depositada nos profissionais.

A cláusula de relevância não se encontra expressamente prevista no direito brasileiro, pelo que podem ficar também abrangidos pela proibição alguns casos de mera influência sobre o comportamento económico dos consumidores.

Prática Comercial Enganosa

No ordenamento jurídico português, a proibição das práticas comerciais enganosas não resulta apenas dos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, mas também das alíneas d), e) e f) do n.º 1 do artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial em sede de Concorrência Desleal e dos artigos 10.º a 11.º do Código da Publicidade. As diferentes modalidades de práticas comerciais desleais, nomeadamente as ações e omissões enganosas, concretizam o disposto na cláusula geral. Importa referir que apesar da referência à “publicidade dolosa” no artigo 60.º n.º 2 da CRP, a proibição do engano relativo ao conteúdo das mensagens prescinde hoje da intenção do profissional, relevando sobretudo o desvalor do resultado.

O engano dos consumidores pode resultar, desde logo, da falsidade das afirmações, de natureza objetiva, que traduz a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem e a realidade da oferta. Mas pode resultar também da indução em erro, de conteúdo subjetivo, que coincide com a inexactidão da convicção dos destinatários ou das suas fundadas expectativas face ao anúncio. Ou seja, enquanto a existência de alegações falsas faz presumir a suscetibilidade de indução em erro, desde que provada a aptidão da prática comercial para distorcer o comportamento económico dos consumidores, as alegações

verdadeiras impõem uma apreciação casuística dessa suscetibilidade. As ações enganosas incidem sobre os elementos previstos no artigo 7.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

1. É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço.

À semelhança do que decorre do princípio da veracidade consagrado no artigo 10.º do Código da Publicidade, ficam excluídos do âmbito de aplicação das ações enganosas os benefícios emocionais e simbólicos, de apreciação subjetiva. Na sequência da constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e da recusa do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, segundo o qual as transações comerciais são realizadas em função da maior utilidade e do menor custo, os anúncios deixaram de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, pelo que este regime jurídico tem hoje uma escassa relevância prática na generalidade dos setores de atividade.

A prática comercial enganosa deve ser aferida em função do princípio da integridade ou indivisibilidade da campanha, que impõe uma análise qualitativa centrada na impressão global criada pela mensagem, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes (PLAZA, 2008). Neste sentido, incide sobre o significado mais imediato do anúncio, que decorre de uma visão acrítica sobre o conjunto da mensagem, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. Acresce que a relevância da parte captatória ou chamativa constitui ainda uma concretização do princípio da integridade ou indivisibilidade, como se verifica na hipótese paradigmática do recurso a letra excessivamente pequena (em suporte de papel e até em ambiente digital) ou impercetível (na rádio e televisão) para apresentar um elemento esclarecedor da mensagem, para a qual o anunciante remete frequentemente através da utilização de asteriscos.

No caso da obsolescência programada decidido pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a Samsung e a Apple limitavam-se a apresentar de forma genérica aos consumidores as vantagens das atualizações, não dando a conhecer os eventuais inconvenientes, nem a irreversibilidade do processo. Apesar de não recair sobre o profissional um dever de evidenciar exaustivamente todas as características dos produtos – incluindo as respetivas limitações – subsiste aqui uma violação do dever de esclarecimento, que determina a indução em erro dos consumidores. Esta indução em erro releva como prática comercial enganosa não obstante o caráter objetivamente verdadeiro das alegações sobre as novas funcionalidades dos aparelhos.

A publicidade enganosa por omissão começou por ser abordada também no quadro da suscetibilidade de indução em erro, em função das expectativas criadas pela mensagem. Desta forma, centrava-se nas alegações publicitárias incompletas, por violação de um dever de esclarecimento face ao conteúdo da mensagem, conduzindo a uma incorreta representação global da oferta, como se verificou no caso analisado. No entanto, a Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais fez coincidir a omissão enganosa com o incumprimento das menções legalmente obrigatórias previstas no Anexo II. Ora, a doutrina tem entendido que desta omissão em sentido estrito não decorre qualquer suscetibilidade de indução em erro dos consumidores (OELFFEN, 2012).

Assim, o artigo 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março proíbe as omissões enganosas, consagrando tanto a omissão em sentido estrito como a indução em erro decorrente de apresentação inadequada da informação:

1. Tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, é enganosa, e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, a prática comercial:
 - a) Que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão comercial esclarecida do consumidor;
 - b) Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior.

Esta última hipótese pode também qualificar-se como ação enganosa, não obstante o seu enquadramento legislativo (DEVESA e CARBALLO-CALERO, 2007). Incluem-se na ininteligibilidade as imprecisões e insuficiências quanto ao conteúdo que decorrem da incompletude da mensagem ou do recurso a terminologia excessivamente técnica, podendo estar em causa, por exemplo, abreviaturas que não sejam de uso comum.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de publicidade enganosa abrange igualmente a falsidade das afirmações e a indução em erro, onde são abordados os casos de omissão por violação de um dever de esclarecimento.

Paralelamente, foi consagrada a omissão por violação de um dever de informação. Nos termos do artigo 37.º do CDC:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1 - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de carácter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3 - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Considerando que a proteção dos consumidores não deve restringir-se à informação, o legislador consagrou ainda expressamente uma modalidade de obsolescência programada indireta no artigo 32.º do CDC:

Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

§ único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

A *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* considerou que as características da bateria integram requisitos de informação substanciais, na medida em que condicionam o tempo de utilização dos aparelhos. Considerou também que a omissão da informação é mais grave se a atualização tiver carácter inovador com a introdução de novas funcionalidades no sistema operativo, e não meramente de segurança ou resolução de problemas. Neste caso, o fornecimento adequado da informação teria levado os consumidores a verificar com maior atenção as características e o eventual impacto da atualização, permitindo-lhes tomar uma decisão esclarecida. Recorde-se que a necessidade de acautelar a assimetria de informação é especialmente relevante face à confiança depositada na reputação da Samsung e da Apple. A censurabilidade da prática comercial não é atenuada pelo carácter gratuito da atualização.

Em suma, esta hipótese de obsolescência programada configura-se mais como indução em erro decorrente de apresentação inadequada da informação, determinante de expectativas legítimas dos consumidores que importa acautelar, do que como omissão em sentido estrito.

Prática Comercial Agressiva

As práticas comerciais agressivas encontram-se previstas no artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

1. É agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limite ou seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

2. Para efeito do disposto no número anterior, atende-se ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias, devendo ser considerados os seguintes aspetos:

a) Momento, local, natureza e persistência da prática comercial.

Constitui assédio a pressão exercida sobre os destinatários através de um comportamento que consiste em perseguir, incomodar, importunar ou premiar como meio de obter uma decisão de transação (FUENTES, 2010). Ora, o assédio manifesta-se hoje independentemente do carácter individual das comunicações comerciais, que constitui o seu âmbito de aplicação tradicional, como se verifica na publicidade domiciliária, regulada no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Em qualquer caso, a proibição justifica-se pela pressão psicológica que estas formas de abordagem do consumidor são suscetíveis de exercer sobre a sua decisão económica, comprometendo a liberdade de escolha e conduzindo-o frequentemente a adquirir o produto apenas para se libertar do incómodo causado pelo profissional. Releva, por isso, sobretudo a persistência da prática comercial, que deve ser objeto de apreciação casuística.

As comunicações comerciais à distância constituem um dos exemplos paradigmáticos de assédio. Neste sentido, o artigo 12.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março considera agressiva em qualquer circunstância a prática comercial que consiste em:

c) Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual.

A hipótese de obsolescência programada abordada pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato configura ainda uma situação de assédio. No período analisado, a Samsung e a Apple realizavam propostas de instalação de novas versões do sistema operativo com uma periodicidade decrescente enquanto a atualização não tivesse sido instalada. Caso não optasse pela instalação, o consumidor podia apenas adiar a atualização do software, não lhe sendo dada a possibilidade de recusar definitivamente. O Galaxy Note 4 da Samsung estava programado para realizar automaticamente as atualizações do sistema operativo, o que só não acontecia na hipótese improvável de os utilizadores selecionarem a opção de instalação manual. Em regra, apenas posteriormente era solicitada a autorização. Já o iPhone 6 da Apple apresentava cerca de cinco insistências por mês – o equivalente a setenta insistências entre setembro de 2016 e janeiro de

2018 – cuja eficácia fica demonstrada pelo número de atualizações realizadas pelos utilizadores. Esta eficácia das insistências coincide com a cláusula de relevância, relativa à suscetibilidade da prática comercial para distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores, como resulta do artigo 11.º n.º 1 do DL n.º 57/2008, de 26 de março.

Acresce que ambos os profissionais impediam posteriormente o regresso às versões anteriores do sistema operativo. Desta forma, a prática comercial adotada pela Samsung e pela Apple condiciona a liberdade de escolha dos consumidores, impedindo que continuem a utilizar os seus smartphones com as versões originais dos sistemas operativos, de forma a assegurarem a respetiva duração independentemente de interferências.

No ordenamento jurídico brasileiro, as práticas comerciais agressivas ficam abrangidas pelo conceito de publicidade abusiva previsto no artigo 37.º § 2 do CDC, que enuncia um conjunto de hipóteses a título exemplificativo. Encontra-se igualmente consagrado no artigo 6.º inciso IV o direito dos consumidores à proteção contra “métodos comerciais coercitivos ou desleais”, na medida em que são suscetíveis de lesar os seus interesses económicos. Ambas as normas se justificam pela necessidade de acautelar a vulnerabilidade dos consumidores, resultante não só da assimetria de informação, mas também do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais, que determina o recurso ao assédio. Complementarmente à publicidade enganosa, assume relevância na obsolescência programada técnica ou funcional a persistência das propostas de atualização, que condiciona a liberdade de escolha dos consumidores.

Mecanismos Sancionatórios

Em Itália, o artigo 27.º n.º 9 do *Codice del Consumo* prevê para as práticas comerciais desleais a aplicação de uma sanção administrativa pecuniária de € 5.000 a € 5.000.000, em função da gravidade e duração da violação. No caso da obsolescência programada praticada pela Samsung e pela Apple, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aplicou o valor máximo da coima, atendendo à dimensão económica dos profissionais, destacados no setor dos smartphones de gama alta, bem como ao prejuízo económico provocado a um número elevado de consumidores. Condenou também a publicar nos respetivos sítios eletrónicos uma declaração retificativa, nos termos do artigo 27.º n.º 8 do *Codice del Consumo*.

No ordenamento jurídico português, na sequência da transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais, o artigo 21.º n.º 1 do DL n.º 57/2008, de 26 de março prevê igualmente a aplicação de uma sanção administrativa pecuniária:

A violação do disposto nos artigos 4.º a 12.º constitui contraordenação punível com coima de € 250 a € 3740,98, se o infrator for pessoa singular, e de € 3000 a € 44 891,81, se o infrator for pessoa coletiva.

A competência para a instrução dos processos de contraordenação cabe à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica e para a aplicação das coimas à Direção-Geral do Consumidor, exceto nos casos em que exista uma autoridade administrativa setorial competente, nos termos do artigo 19.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, como a ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações. O direito de mera ordenação social justifica-se historicamente pela necessidade de atenuar o excesso de criminalização, sobretudo face a infrações de natureza económica. De facto, em sede de comunicação comercial, dificilmente se verifica o princípio da intervenção mínima do direito penal, pelo que a consagrada tutela contraordenacional reflete a menor densidade axiológica dos bens jurídicos protegidos. Porém, como resulta do confronto com o diploma italiano, os valores das coimas são excessivamente baixos, contribuindo para uma significativa impunidade das práticas comerciais desleais em Portugal.

Importa referir que é especialmente relevante a sanção acessória aplicada pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato de publicação da decisão a expensas do infrator, na medida em que cumpre também diretamente uma finalidade de proteção dos destinatários. Esta sanção acessória decorre em Portugal do artigo 35.º n.º 4 do Código da Publicidade e do artigo 21.º n.º 2 alínea d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março. E, no Brasil, do artigo 60.º do CDC, sob a designação de “contrapropaganda”.

Aquela proteção pode ainda resultar cumulativamente da ação inibitória prevista no artigo 16.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março e no artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, que corresponde quase sempre a uma ação de cessação de determinados comportamentos. A tutela judicial através da ação inibitória visa sobretudo os casos em que a prática comercial incide sobre um número elevado de consumidores e, havendo lugar ao ressarcimento, o valor do dano de cada um é consideravelmente escasso. Ou seja, a ação inibitória fica abrangida pelo conceito de ação popular enunciado no artigo 52.º n.º 3 da CRP. No entanto, ao contrário da ação de cessação, o ressarcimento não se funda na mera criação de um estado de desconformidade objetiva, exigindo a produção lícita e culposa de um dano.

Por fim, no ordenamento jurídico francês, que consagrou precursoramente a obsolescência programada de forma expressa, o legislador adotou a tutela penal, como resulta do artigo L. 454-6 do *Code de la Consommation*:

Le délit prévu à l'article L. 441-2 est puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 euros.
Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel,

calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

Em 27 de dezembro de 2017, a associação francesa Halte à l'Obsolésence Programmée apresentou uma queixa contra a Apple relativa aos vários modelos de smartphone iPhone 6 e 7 com fundamento no referido artigo L. 441-2. Depois da condenação verificada no ordenamento jurídico italiano, este pode vir a ser o segundo processo decidido num Estado Europeu em matéria de obsolescência programada e o primeiro ao nível mundial de natureza criminal.

Importa referir que a tutela penal da publicidade enganosa se encontra igualmente prevista, por exemplo, no artigo 282.º do Código Penal espanhol e no § 16 (1) na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã em matéria de Concorrência Desleal. Após a transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais, a tutela penal resulta também do artigo 13.º do *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* e, com algumas exceções, do artigo XV.83 n.º 13 do *Code de Droit Économique* belga. À semelhança do que se verifica em alguns sistemas de direito comparado, considerando a relevância dos bens jurídicos protegidos e a garantia constitucional da proteção do consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza a publicidade enganosa no artigo 66.º do CDC:

Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:
Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

CONCLUSÃO

Num setor de atividade caracterizado pela assimetria de informação, importa sobretudo garantir a racionalidade das decisões económicas e a liberdade de escolha dos consumidores através do fornecimento dos elementos necessários. Esta centralidade da informação, em que assenta também o regime jurídico das práticas comerciais desleais, não fica prejudicada pela reconhecida fidelidade dos consumidores à marca, de natureza emocional ou simbólica. Considerando a confiança depositada na reputação dos profissionais, líderes mundiais no mercado da tecnologia, subsiste um especial dever de diligência e boa fé na relação com os consumidores.

Constada a insuficiente fundamentação jurídica das decisões da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato que condenaram a Samsung e a Apple por obsolescência programada técnica ou funcional, procurou-se demonstrar quais as normas similares suscetíveis de assegurar a proteção dos consumidores nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, numa dimensão comunicacional.

A hipótese configura sobretudo publicidade enganosa por indução em erro, agravada pela persistência das propostas de atualização do sistema operativo realizadas pelos profissionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, A. **A tutela da lealdade nas relações de mercado: a propósito do ilícito publicitário**. Coimbra: Almedina, 2017.
- **Manual de Direito da Publicidade**. Lisboa: Petrony, 2018.
- ANDRADE, J. V. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Boletim da Faculdade de Direito**, volume LXXVIII, p. 43-64, 2002.
- CORDEIRO, A. M. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.
- DEVESA, C.; CARBALLO-CALERO, P. Las prácticas publicitarias engañosas en la Directiva de 11 de mayo de 2005. **Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia**, n.º 46, p. 77-90, 2007.
- FILOMENO, J. **Direitos do consumidor**. 15.ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FUENTES, J. M. **El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales**. Madrid: Civitas, 2006.
- Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, n.º 27, p. 17-32, 2010.
- HOWELLS, G.; MICKLITZ, H.; WILHELMSSON, T. **European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive**. Hampshire: Ashgate, 2006.
- KEBLER, J.; MICKLITZ, H. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern. **Betriebs-Berater Special**, volume 49, n.º 13, p. 1-22, 2005.
- KITCHEN, P. **The Future of Marketing: Critical 21st Century Perspectives**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2003.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- OELFFEN, S. § 5a UWG – Irreführung durch Unterlassen – Ein neuer Tatbestand im UWG. Colónia: Carl Heymanns Verlag, 2012.
- PLAZA, A. T. Prácticas comerciales engañosas con los consumidores. **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, n.º 29, p. 529-572, 2008.

- ROSSINI, V.; NASPOLINI, S. Obsolescência Programada e Meio Ambiente. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, n.º 1, p. 51-71, 2017.
- SCHMITT, C.; GUGLINSKI, V. Depreciação prematura de modelo de automóvel adquirido por consumidor em razão do lançamento de modelo novo: danos materiais e morais. **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 98, p. 377-392, 2015.
- SLADE, G. **Made to Break: Technology and Obsolescence in America**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- VAQUÉ, L. G. La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, n.º 17, p. 47-81, 2004.
- VASSEUR, L; SAUVAGE, S. **Du jetable au durable: en finir avec l'obsolescence programmée**. Paris: Éditions alternatives, 2017.