

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. IV | n. 16 | Dezembro 2014

#16

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume IV, número 16, dezembro 2014

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli – Luiz Fernando de Queiroz
– Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN 2237-1168

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico.

3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico.

5. DIREITO COMPARADO – periódico.

I. Título

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Garante – Serviços de Apoio Ltda.
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.

Apoio Institucional

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

EDITORIAL

- 09 **Das Condições Gerais dos Contratos e das Cláusulas Abusivas**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 11 **Ministério Público – Prevenção e Repressão das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**
HELOISA CARPENA
- 29 **O Supremo Tribunal de Justiça Português e as Condições Gerais dos Contratos**
CONS^o ARAÚJO BARROS
- 53 **A Abusividade na Questão da Corretagem na Venda de Imóveis pelas Construtoras: Análise Doutrinária e a Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**
RIZZATTO NUNES
- 65 **Cláusulas Abusivas en la Compraventa de Vivienda**
ANTONIO MARTÍN LEÓN
- 87 **O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação**
MARISA DINIS
- 123 **As Condições Gerais dos Contratos e as Cláusulas Abusivas em Portugal: Dos Males Diagnosticados aos Remédios Prescritos**
MÁRIO FROTA
- 153 **“Das Condições Gerais dos Contratos e das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo na Itália”**
LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ
- 173 **O Ministério Público Português e as Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**
JOÃO ALVES

- 183 **Das Condiciones Gerais dos Contratos/Cláusulas Abusivas: e o Enfoque Acerca do Estado da Questão na Alemanha**
KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
- 211 **Les Clauses Abusives en Droit Français Positif**
HENRI TEMPLE
- 221 **Acerca do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Abusivas no Direito da União Europeia**
J. PEGADO LIZ
- 291 **Condiciones Generales y Clausulas Abusivas en los Contratos de Consumo, en Argentina – Proyecto de Código Civil y Comercial**
RUBÉN STIGLITZ
GABRIEL STIGLITZ

EDITORIAL

Das Condições Gerais dos Contratos e das Cláusulas Abusivas

Relevante tema do direito em geral e do direito contratual em particular – o das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas que nelas insidiosamente se insinua –, quis o Conselho de Direção da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo consagrar à edição de dezembro de 2014 a temática em epígrafe.

Qual “piolho em costura”, as cláusulas abusivas infiltram-se nos distintos suportes de adesão em circulação no mercado de consumo e afetam conseqüentemente os interesses económicos dos consumidores, como dos empresários, sempre que a relação jurídica intercedente reflita o desequilíbrio aí patente com nefastos resultados na esfera jurídica da contraparte economicamente mais débil.

Colaborações de vulto foi possível congregar, em um enorme esforço digno de louvor, para a edição que ora se dá à estampa. Tanto no Brasil, como na Argentina, ainda em Portugal, na União Europeia (Bruxelas), na Alemanha, em França, Itália e Espanha.

Eis-nos, pois, perante um número de eleição com articulistas de excelência, o que decerto valorizará ainda mais uma publicação que insiste em continuar no suporte papel, que de todo se não baniu do horizonte do universo de leitores, antes pelo contrário!

Por razões de espaço houve que sacrificar muitas contribuições, não menos valiosas, que verão a luz do dia em próximas edições, exprimindo o signatário o seu pesar por não figurarem neste valiosíssimo encadeado de artigos sobre um tema que permanece na ordem do dia, malgrado os esforços empreendidos em sentido contrário em cada uma das latitudes contempladas.

Para além dos acórdãos pertinentes à temática da lavra do Tribunal de Justiça da União Europeia, dos Tribunais Superiores de Portugal e do Brasil, a edição temática, pelo seu volume, não permite que outras matérias nela

se insiram, ao invés do que usualmente ocorre. Tal brecha colmatá-la-emos na edição de março próximo futuro, que se baseará em contribuições de distintos temas que não circunscritos a uma tendência monotemática, como ora se observa.

Praza a Deus que nos não faleça energia para prosseguir a ingente tarefa que este projeto editorial indubitavelmente representa.

Coimbra, Villa Cortez, novembro de 2014.

Mário Frota

Presidente do Conselho de Direção

MINISTÉRIO PÚBLICO
– PREVENÇÃO E REPRESSÃO
DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

HELOISA CARPENA
Procuradora de Justiça (MPRJ)

EXCERTOS

“Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o controle da abusividade dos contratos, fundado no princípio da boa-fé objetiva, foi estruturado e atribuído primordialmente ao Ministério Público”

“A boa-fé se espraia pelas normas do CDC que regulam a atividade de controle dos contratos de consumo, a qual se opera em três vertentes, a saber: (i) garantia da informação ao consumidor; (ii) manutenção do equilíbrio entre as prestações; (iii) proteção contra a abusividade”

“No momento da performance contratual, assume destaque outro direito básico do consumidor, o direito ao equilíbrio contratual, contido no inciso V do mesmo art. 6º do CDC, que permite a revisão ou modificação do conteúdo do contrato, das cláusulas contratuais que se tornaram excessivamente onerosas”

“A preocupação com o equilíbrio econômico, no sentido de equivalência das prestações em um contrato de consumo, tem suas raízes na ideia de boa-fé objetiva e na função social do contrato”

“A despeito do elevado nível de proteção do consumidor brasileiro, o fenômeno da abusividade na matéria contratual persiste como uma das principais questões a serem enfrentadas para efetivação de seus direitos”

“O CDC prevê a mais grave sanção civil para as cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo, que implica a rejeição absoluta de sua validade: a nulidade de pleno direito”

*** Outras qualificações da autora**

Doutora em Direito (UERJ) e Professora de Direito Civil (PUC-Rio).

1. Introdução: breve histórico da proteção contratual do consumidor pelo MP brasileiro

O controle das cláusulas contratuais abusivas está associado à atuação do Ministério Público desde os primórdios da defesa do consumidor no Brasil, que tem como marco inicial a edição da Lei 7.347/85, a qual instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Embora haja registros de iniciativas institucionais anteriores a essa lei¹, foi a partir da definição legal dos interesses metaindividuais que a proteção contratual do consumidor passou a existir em sua dimensão coletiva. Naquela época, que pode ser considerada a primeira fase da defesa dos consumidores brasileiros, em matéria contratual predominavam as questões relativas à prestação de serviços essenciais, sobretudo educação e saúde. Não por acaso, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto foi proferida em ação civil pública proposta pelo MP contra instituição educacional, na qual se discutia a cobrança abusiva de mensalidades escolares, e cujo ponto controvertido foi precisamente a sua legitimidade ativa².

Somente em 1991, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o controle da abusividade dos contratos, fundado no princípio da boa-fé objetiva, foi estruturado e atribuído primordialmente ao Ministério Público. Com efeito, a Lei 8.078/90, em sua redação original aprovada pelo Congresso Nacional, no capítulo da proteção contratual, instituiu o controle abstrato e preventivo das cláusulas abusivas, nos seguintes termos:

Art. 51 – [...]

§ 3º – O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

Art. 54 – [...]

§ 5º – Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Os dois dispositivos foram objeto de veto presidencial, fundado na sua inconstitucionalidade, pois “a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF, arts. 127 e 129)”.

Apesar de não haver, evidentemente, inconstitucionalidade nas referidas normas, visto que o desempenho da função estaria conforme à missão institucional de defesa dos interesses sociais, razões de ordem prática levam à conclusão de que o veto não reduziu, antes aprimorou, o controle da abusividade contratual. De fato, seria inviável o efetivo controle administrativo, não só pela notória falta de recursos materiais à época para desempenho da tarefa, como pelas controvérsias que a necessidade de aprovação prévia certamente ensejaria. A possibilidade de questionamento em juízo da decisão do órgão ministerial, a falta de uma divisão de atribuições a nível nacional (que até hoje persiste!), sem falar nas possíveis aprovações equivocadas, que dificultariam o controle judicial, são razões de sobra para aplaudir o veto, ainda que mal fundamentado.

O controle abstrato, a despeito do veto, continua sendo juridicamente possível, e o controle concreto das cláusulas contratuais que regem relações de consumo permanece atribuído ao Ministério Público por norma expressa do CDC, que estatui:

Art. 51 . [...]

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Em que pese os termos restritivos da norma, a tutela coletiva dos consumidores pode ser promovida por outros autores ideológicos de forma concorrente e autônoma, o que vem ocorrendo com frequência e sucesso na prática forense.

2. Fundamento da abusividade das cláusulas contratuais

No vasto campo da proteção contratual, a lei especial criou diversos instrumentos voltados à compensação da posição de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor. Tais instrumentos destinam-se aos diferentes momentos do *iter* contratual: na formação do contrato, em sua execução e na fase posterior ao cumprimento das obrigações principais. Em todas estas etapas, observa-se a incidência do princípio da boa-fé objetiva, cânone interpretativo, limite ao exercício de direitos e criador de deveres anexos.

A boa-fé se espraia pelas normas do CDC que regulam a atividade de controle dos contratos de consumo, a qual se opera em três vertentes, a saber:

(i) garantia da informação ao consumidor; (ii) manutenção do equilíbrio entre as prestações; (iii) proteção contra a abusividade.

No primeiro aspecto, o legislador cuidou da prevenção, buscando dotar o contratante vulnerável de dados suficientes sobre a contratação que lhe permitam manifestar de forma consciente sua vontade no momento da formação do vínculo. Para tal finalidade, há regras expressas e cogentes criando deveres de informação ao fornecedor, gerais (CDC, art. 54, §§ 3º e 4º) ou especiais (CDC, art. 52), cujo descumprimento pode provocar tanto a sua vinculação (CDC, art. 48) como a ineficácia das disposições (CDC, art. 46) ou a nulidade, como veremos a seguir. Todas estas regras têm origem no direito básico do consumidor previsto no art. 6º, III, do Código, de caráter instrumental, eis que visa a possibilitar o pleno exercício do direito de escolha, o qual, em última análise, permite a proteção das expectativas legítimas e assegura uma atuação útil no mercado de consumo³.

Pode o consumidor pretender a revisão ou a modificação da cláusula que comprometa o desejado equilíbrio em bases objetivas

No momento da performance contratual, assume destaque outro direito básico do consumidor, o direito ao equilíbrio contratual, contido no inciso V do mesmo art. 6º do CDC, que permite a revisão ou modificação do conteúdo do contrato, das cláusulas contratuais que se tornaram excessivamente onerosas.

A preocupação com o equilíbrio econômico, no sentido de equivalência das prestações em um contrato de consumo, tem suas raízes na ideia de boa-fé objetiva e na função social do contrato, pois interessa não apenas às partes, mas a todo o grupo social, que o contrato seja e permaneça útil e justo. A lei consumerista brasileira garante ao consumidor a manutenção do sinalagma, reconhecendo somente a ele (e não ao fornecedor) o direito à revisão e modificação das condições contratuais atingidas por fatos posteriores à celebração que venham a romper o equilíbrio das prestações. Com fundamento neste direito básico, pode o consumidor pretender a revisão ou a modificação da cláusula que comprometa o desejado equilíbrio em bases objetivas, sem contemplação de condições pessoais, como o conhecimento das partes ou a previsibilidade da mudança das condições, compreendidas como risco do empreendimento, a ser suportado exclusivamente pelo fornecedor que, em nenhuma hipótese, poderá transferi-lo ao consumidor. A fórmula do CDC acolhe a teoria da base objetiva de Larenz, mais ampla que a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas na lei civil (arts. 317 e 478 do Código Civil brasileiro).

O terceiro instrumento da proteção contratual do consumidor talvez seja o de maior importância e o mais frequentemente utilizado: o controle da abusividade. Desde os primeiros tempos de vigência do código, o tema mereceu grande atenção da doutrina⁴ e da jurisprudência, a revelar sua proeminência numa sociedade de relações crescentemente contratualizadas⁵. A despeito do elevado nível de proteção do consumidor brasileiro, o fenômeno da abusividade na matéria contratual persiste como uma das principais questões a serem enfrentadas para efetivação de seus direitos.

Surgiram então várias questões afetas a esta temática, a começar pela definição da natureza jurídica das cláusulas abusivas no CDC. A referência à abusividade no CDC não prescinde de uma análise, ainda que reduzida pelos limites do presente estudo, do ato abusivo. A questão é polêmica e nossa posição diverge do pensamento mais difundido em doutrina, que rechaça a identificação da abusividade no direito do consumidor com a teoria do abuso do direito, formulada pelo direito civil.

A baixa aceitação do abuso como categoria autônoma, distinta do ato ilícito, é atribuída, em uníssono pelos doutrinadores, à “insegurança teórica que cercava o instituto”⁶. De fato, sob a égide do Código Civil revogado, o instituto penetrou no ordenamento brasileiro de forma tímida, tendo sido referido *a contrario sensu* como exercício irregular de direito (art. 160, I). A nova codificação, no entanto, concedeu destaque ao abuso, introduzido por meio de norma inspirada no Código Civil português⁷, que equipara as duas categorias, o ilícito e o abusivo.

A adoção de uma interpretação literal da norma conduz a conclusão, *data venia*, equivocada. O ato se qualifica como ilícito quanto há norma prevendo uma determinada proibição e a conduta descumpe o preceito. O ato abusivo, por seu turno, será identificado a partir da constatação de que há um descompasso entre a conduta, inicial ou aparentemente legítima, e a finalidade pela qual o ordenamento garante ao titular determinada prerrogativa individual. Não há previsão legal!

O fato de ensejarem os mesmos efeitos não iguala os dois tipos de atos antijurídicos, quando muito os assemelha, persistindo contudo a fundamental diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida ou sancionada. Somente se poderá falar de ilicitude quando houver “específica obrigação normativa”⁸, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não competir ao legislador, mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso⁹.

Não há campo mais propício para a teoria do que o dos contratos de consumo, nos quais a vulnerabilidade, que caracteriza o sujeito de direitos como consumidor, propicia o abuso da liberdade de contratar. A desigualdade que marca as relações de consumo constitui a condição ideal para ocorrência dos atos abusivos, quando o fornecedor, prevalecendo-se de sua posição dominante, ultrapassa os limites ao exercício de sua prerrogativa, assegurada pelo ordenamento, de estabelecer o regulamento dessa relação.

O legislador brasileiro, consciente da impossibilidade de manter atualizada a lista das cláusulas proibidas nos contratos de consumo, criou um elenco exemplificativo ao prever que “são nulas de pleno direito, entre outras” as cláusulas que relaciona no art. 51 do CDC. Deixou então ao intérprete, ao aplicador, ao julgador a tarefa de identificar outras disposições abusivas, além daquelas previstas de forma expressa.

Embora, como vimos, seja possível o controle das cláusulas contratuais em abstrato, isto é, antes que o contrato venha a ser efetivamente difundido ou celebrado, frequentemente a abusividade se manifesta *a posteriori*, na execução do contrato, e somente será caracterizada em contemplação das específicas condições das partes. Correta e conclusiva a afirmação de que “o que determina a abusividade é o modo como o titular exerce determinada prerrogativa jurídica, ainda que esta, *a priori*, esteja em absoluta conformidade com o ordenamento jurídico”¹⁰, isto é, ainda que inicialmente seja lícita e merecedora de tutela. Se assim é, o ato abusivo com o ilícito não se confunde, tratando-se de distintas categorias da antijuridicidade.

Ilustra esta conclusão o controle da cláusula de eleição de foro, que não é proibida, isto é, não consta do elenco do art. 51, mas pode ser considerada abusiva sempre que se constituir em óbice ao pleno exercício do direito de ação pelo consumidor¹¹. Nesse exemplo se percebem nitidamente os contornos do ato abusivo, pois a conduta a princípio era lícita, isto é, a liberdade de contratar foi exercida validamente, porém o titular ingressou no plano da antijuridicidade no momento em que estabeleceu a disposição com o fim de coibir ou dificultar o acesso ao Judiciário pelo consumidor. Os limites para o exercício da prerrogativa serão estabelecidos caso a caso, mediante análise das condições da contratação e do objeto do pacto, sendo negada tutela (v.g. sancionado) ao dispositivo cuja previsão se desvia dos objetivos do contrato.

O contrato, entendido como “processo de projeção de trocas no futuro feita no presente”¹², nas relações de consumo, será válido na medida em que suas disposições propiciarem a plena realização de seu objeto, isto é, de tudo aquilo que as partes legitimamente esperam. A proteção das expectativas

legítimas é um dos pilares do direito do consumidor brasileiro e encontra sua base no princípio da boa-fé objetiva.

Vale advertir, finalmente, que a abusividade não se verifica de forma subjetiva, a partir de uma intenção do titular da posição jurídica subjetiva no sentido de lesar ou causar prejuízo à contraparte, como poderia sugerir uma análise apressada. Este entendimento levaria a teoria novamente ao desuso e foi rechaçado pela doutrina em enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos:

Enunciado n. 37:

“Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

No tocante aos seus efeitos, os atos ilícitos e os atos abusivos realmente não se distinguem, ambos conduzindo à invalidade de todo o contrato, ou de partes dele. O CDC prevê a mais grave sanção civil para as cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo, que implica a rejeição absoluta de sua validade: a nulidade de pleno direito. A qualificação ensejaria duas ordens de consequências, quais sejam: estar dispensada a atuação judicial para obtenção dos efeitos da invalidade e possibilitar seu conhecimento de ofício pelo magistrado. Somente a segunda se verifica na atualidade, sendo imprescindível a proclamação judicial da nulidade, insanável, absoluta ou relativa, e esta pode se dar independentemente de requerimento da parte.

Neste ponto reside uma perplexidade no sistema brasileiro de controle das cláusulas abusivas, pois o Superior Tribunal de Justiça editou verbete de sua Súmula 381 nos seguintes termos:

381– *Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. (SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 05/05/2009)*

A doutrina tem sido eloquente na crítica ao entendimento consagrado na súmula. Alguns dos precedentes indicados no incidente de recursos repetitivos e que resultou na aprovação do verbete sequer são pertinentes à conclusão que ele expressa, e que está em contradição com o sistema das nulidades do direito brasileiro e, mais recentemente, com a jurisprudência da corte, como no exemplo citado das cláusulas de eleição de foro. Neste ponto, vale lembrar, a reforma do Código de Processo Civil de 2006 acolheu o entendimento predominante no próprio STJ e introduziu parágrafo único ao art. 112, tornando expressa a possibilidade de declaração de ofício da nulidade da disposição¹³.

É particularmente lamentável a permanência deste verbete na súmula do STJ, tribunal guardião da uniformidade da aplicação do direito federal em nosso país, pois impede a apreciação de recursos em um dos temas mais recorrentes das ações coletivas propostas pelo Ministério Público, como veremos a seguir.

3. O controle do conteúdo dos contratos na via dos inquéritos civis

Muito embora, como visto, a legitimação para as ações coletivas sobre cláusulas abusivas não seja exclusiva do Ministério Público, com ele concorrendo todos os autores coletivos indicados no art. 82 do CDC, podemos afirmar que ainda há um protagonismo da instituição na utilização deste instrumento de proteção dos consumidores. Isto se deve, sem sombra de dúvida, à precedência do MP no trato das lides consumeristas, que data dos anos 1980, anterior, portanto, à própria Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e ao CDC (Lei 8.078/90). Mas não só!

A utilização do inquérito civil, procedimento investigatório que compete unicamente ao *parquet*, tem se mostrado ao longo dos anos fundamental na efetivação do controle da abusividade nos contratos de consumo. Nesta fase administrativa da tutela coletiva, destacam-se as soluções extrajudiciais, que, além de mais rápidas, são também eficazes para obtenção da providência necessária à cessação do abuso.

Na prática, a solução negociada é possível em praticamente todos os assuntos regulados pelas disposições tidas por abusivas. Em levantamento realizado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor do MPRJ, foi constatado expressivo número de compromissos de ajustamento de conduta celebrados com fornecedores relativos a cláusulas abusivas em contratos, versando sobre temas os mais variados, como por exemplo, cobrança de juros antes do habite-se e da entrega das chaves em contrato de venda de imóveis em construção¹⁴; cláusula de exclusão de responsabilidade em contrato de estacionamento em caso de furto e roubo de objetos deixados no interior dos veículos¹⁵, contrato do cartão de crédito autorizando débito na conta corrente do consumidor do valor mínimo da fatura não paga no vencimento¹⁶, dentre outros. Saúde, educação, finanças e habitação são os temas mais tratados pelos compromissos de ajustamento celebrados no Rio de Janeiro.

Cumpra advertir que o compromisso não envolve disposição de direitos, cuja titularidade só pertence ao MP no seu aspecto processual. Assim, a assunção de compromisso não é motivada pela possibilidade de transação quanto ao conteúdo do direito invocado, mas apenas quanto à forma e ao tempo em que se dará o ajustamento da conduta. Nesta seara, observam-se soluções criativas para problemas caracterizados como microlesões, que são mais eficientes e menos custosas do que as que poderiam ser obtidas na via judicial¹⁷.

Mesmo que a prestação do compromisso perante um órgão do Ministério Público não afaste a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública em razão dos mesmos fatos pelo Ministério Público de outro estado, por exemplo, ou por outro dos legitimados, a solução extrajudicial tem se mostrado vantajosa para os fornecedores investigados, que ficam isentos dos custos incorridos na via judicial.

Os inquéritos civis, procedimentos que visam reunir elementos de convicção para o ajuizamento das ações coletivas, podem ser instaurados por iniciativa exclusiva do promotor de justiça, basta que tenha chegado a seu conhecimento algum fato que constitua, em tese, lesão ou ameaça de lesão a interesse coletivo dos consumidores. Não há dados disponíveis sobre a proporção de instaurações de ofício e das que ocorrem em razão de requerimento dos consumidores ou de outros órgãos públicos; porém, a própria natureza dos assuntos mais frequentes nos compromissos autoriza a conclusão de que os procedimentos se iniciam sobretudo a partir de reclamações dos próprios interessados. A participação dos consumidores na tutela dos direitos de que são titulares e interessados diretos é essencial para que sua proteção seja realizada de forma efetiva. Superar a distância entre o autor coletivo e os beneficiários das medidas judiciais e extrajudiciais obtidas tem sido o desafio a ser superado pelo Ministério Público brasileiro, através de iniciativas como o projeto Consumidor Vencedor.

4. Vitórias alcançadas pelo MPRJ: pesquisa no portal Consumidor Vencedor

Apesar dos esforços para alcançar a solução de problemas coletivos na fase administrativa, são numerosas as ações civis públicas ajuizadas pelo MP, no cumprimento de sua missão de promover a defesa coletiva dos consumidores. No Rio de Janeiro, informações do Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor revelam que há em andamento 965 ações civis

públicas de consumo e, deste total, 680 tramitam na capital do estado¹⁸. Conquanto não haja uma estimativa do universo de consumidores alcançados pelas ações propostas pelo *parquet*, certamente é expressivo esse número.

Desde que a instituição se estruturou para fazer frente às suas múltiplas atribuições na tutela coletiva, o número de reclamações de consumidores vem sempre crescendo, a demonstrar que a sociedade brasileira reconhece no Ministério Público o representante de seus interesses. Esta procura se reflete também no grande número de ações, que espelha a relevância e o efetivo desempenho da missão institucional. Porém, a crescente judicialização desses conflitos traz novos desafios, no tocante à efetividade das providências alcançadas.

No contexto da especialização da atuação do MPRJ em segundo grau, foi possível dimensionar e avaliar pela primeira vez os resultados desse trabalho. Assim, constatou-se que, embora fossem numerosas as vitórias obtidas nos julgamentos das ações civis públicas, raros eram os processos em que se chegava à execução, em especial nos casos de interesses individuais homogêneos, nos quais as indenizações são direcionadas aos lesados individualmente.

Várias razões foram identificadas como causas deste fenômeno, a saber: o fato de os interesses individualmente considerados possuírem em regra pequena relevância econômica (microlesões); a longa tramitação dos processos; o desconhecimento dos direitos e mecanismos de implementação pelos beneficiários; a persistência de controvérsias judiciais (caracterização dos interesses individuais homogêneos, limites da coisa julgada, legitimidade ativa do MP, execuções individuais e coletivas) e uma evidente falha na comunicação entre o representante em juízo e o grupo de consumidores alcançados pelas decisões.

Entre todas as possíveis causas apontadas para a baixa implementação das decisões nas ações civis públicas, apenas a última poderia ser cuidada pelo MP, o que motivou a disponibilização das informações sobre as vitórias obtidas a favor dos consumidores, em linguagem simples, direta e pouco técnica, acessível via internet. Assim surgiu o portal Consumidor Vencedor¹⁹.

Considerando o total de ações civis públicas consumeristas ajuizadas pelo MPRJ, 165 demandas propostas na capital versam sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo; cerca de 20%, portanto, do trabalho das

A desigualdade
que marca as
relações de
consumo constitui
a condição ideal
para a ocorrência
dos atos
abusivos

promotorias se refere ao tema, o que evidencia sua importância na defesa coletiva dos consumidores. Quanto aos temas, verificou-se que, das ações propostas, aproximadamente 1/3 trata de abusividade em contratos de prestação de financeiros ou bancários, seguida dos contratos de assistência médica ou seguro-saúde.

Pesquisando no portal, foram encontradas 22 vitórias sobre o tema da abusividade, predominantemente em contratos habitacionais e financeiros. Deste total, quase 50% (10) das vitórias foram obtidas na via administrativa, através de compromisso de ajustamento de conduta²⁰.

Não caberia aqui uma análise mais minuciosa destes processos, mas, considerando que os registros disponíveis se iniciam em 1992, tome-se como exemplo os três primeiros.

O registro mais antigo se refere a uma ação proposta em 1992 contra Micronews Curso de Computação S/C Ltda.²¹, curso de informática que utilizava propaganda enganosa e cláusula contratual que previa dever de aquisição de materiais pelos consumidores. A sentença foi proferida em 1996, não houve apelo, porém em 2006 ainda se discutia a citação por edital para execução do julgado, que condenou a empresa à devolução de valores indevidamente cobrados dos consumidores, o que faz supor que estes jamais os receberam.

Ainda do mesmo ano, ação civil pública contra Golden Cross Assistência Internacional de Saúde²² impugnava cláusula contratual que permitia a exclusão unilateral de consumidores maiores de 65 anos. Após uma longa tramitação pontuada de incidentes, inclusive com a realização de uma perícia, somente em 2007 foi proferida sentença homologando termo de compromisso, o qual apenas ratificava a liminar concedida em 1992, o que permitiu finalmente arquivar o processo.

No ano seguinte, em 1993, o MPRJ ajuizou contra o Unibanco S/A²³ ação pretendendo a nulidade de cláusula que estabelecia taxa efetiva de juros de 25.9% em contratos de abertura de crédito para construção de unidades habitacionais. A sentença de procedência data de 2005, contudo foi anulada nos tribunais superiores em razão do reconhecimento de incompetência absoluta do órgão julgador. Nova sentença no mesmo sentido sobreveio em 2008, pondo fim ao processo.

Não se pretende, mediante análise superficial, formular conclusões definitivas sobre as razões da demora na tramitação e a conseqüente (e inevitável!) perda de efetividade das decisões proferidas em ações judiciais coletivas. Todavia, o cenário que se permite vislumbrar através das informações do portal Consumidor Vencedor, bem como do Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro, está muito longe do ideal e indica ser preciso refletir sobre os resultados que estão sendo alcançados por essas iniciativas.

Decorridos mais de 20 anos de tutela coletiva dos interesses dos consumidores no Brasil, pode-se dizer que o sistema já amadureceu a ponto de permitir uma revisão de objetivos. Se, num primeiro momento, a preocupação e os esforços eram direcionados para a difusão dos novos direitos, para a adaptação dos instrumentos processuais clássicos e a consolidação de conceitos até então inéditos em nosso sistema jurídico, hoje as atenções devem se voltar para a avaliação crítica do estágio em que se encontra a proteção do consumidor em nosso país e o que pode e deve ser feito para aprimorar e otimizar o uso dos instrumentos disponíveis para este fim. Nesse diapasão, procuramos contribuir para o debate, elaborando algumas propostas.

5. Propostas para uma atuação mais efetiva dos autores coletivos

Certas premissas merecem ser estabelecidas. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que muito foi alcançado em termos de efetivação dos direitos previstos no CDC. O portal Consumidor Vencedor, iniciado no Rio de Janeiro através de convênios, hoje se estende por sete Estados brasileiros e o Distrito Federal, além do Ministério Público Federal, e é uma demonstração inequívoca de que o *parquet* vem cumprindo com sucesso a missão constitucional que lhe foi atribuída. Nas últimas duas décadas, os Procons em todo o país se estruturaram, surgiram novas associações de consumidores e a Defensoria Pública, por seu trabalho, conquistou legitimidade para determinadas ações coletivas. Vale destaque, ainda, à coordenação nacional desse trabalho, inicialmente a cargo do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que foi alçado ao patamar de Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, de superior hierarquia na estrutura do Ministério da Justiça.

Voltando ao tema paradigmático das cláusulas abusivas e com apoio nas informações referidas acima, podemos identificar alguns fatos: (i) ainda é pouco significativo o número de soluções extrajudiciais; (ii) os inquéritos civis se iniciam mais frequentemente a partir das reclamações dos consumidores; (iii) há um predomínio de temas relacionados a serviços essenciais (saúde, habitação, crédito).

Nesta ordem de razões, há medidas a serem adotadas que dependem apenas do próprio Ministério Público e outras que envolvem outros atores do mercado. Vejamos.

Priorizar o encerramento dos inquéritos civis pelos ajustamentos de conduta pressupõe a habilitação do promotor de justiça nas técnicas de mediação de conflitos²⁴, tema que ainda não faz parte, por exemplo, dos cursos de formação. O acompanhamento permanente do número de compromissos e sua divulgação são essenciais, contendo inclusive os pronunciamentos do Conselho Superior do Ministério Público, que atua no controle dos arquivamentos dos inquéritos (Lei 7.347/85, art. 9º).

Além das medidas a cargo do *parquet*, o efetivo incentivo às soluções extrajudiciais seria alcançado se as condenações nos ônus sucumbenciais nas ações coletivas contemplassem tal aspecto, qual seja, de que o recurso à via judicial poderia ter sido evitado pela parte que, por resistir à pretensão e afinal sucumbir, merece ser penalizada de forma mais contundente.

No entanto, não é este o posicionamento atual das cortes brasileiras, em especial do STJ, em cuja jurisprudência hoje predomina o entendimento no sentido da impossibilidade de condenação em honorários a favor do Ministério Público, a despeito de sua previsão em leis estaduais, como ocorre no Rio de Janeiro²⁵. Além de se constituir em valiosa fonte de recursos para aprimoramento técnico da instituição, as condenações representariam um concreto estímulo à aceitação dos compromissos de ajustamento.

Ainda no plano das providências que dependem exclusivamente de sua iniciativa, é urgente que o MP crie instâncias de discussão de temas prioritários, de modo a estabelecer uma pauta de atuação para seus órgãos de execução. A constatação de que é preciso direcionar a atuação de promotores na área da tutela coletiva – dos consumidores e também em outros temas – esbarra no verdadeiro “tabu” em que se transformou o princípio de independência funcional. Como afirmamos em outra oportunidade²⁶, na seara da tutela coletiva o problema da má compreensão desta prerrogativa se agrava, pois, diversamente do que ocorre na matéria criminal em que, em regra, não estão reunidas em uma só figura o investigador e o autor da ação, não há qualquer controle do que é feito pelo promotor, estando submetido à revisão apenas o arquivamento do inquérito civil. Some-se a isso a enorme gama de assuntos incluídos nas suas atribuições, todos complexos e crescentemente reivindicados pela sociedade. Se a demanda é infinita e os meios são escassos, não há dúvida de que é preciso escolher o que será objeto da atuação ministerial.

A eleição de prioridades não pode ficar a juízo exclusivo do promotor, no isolamento de seu gabinete, mas em razão de sua importância deve ser estabelecida por instâncias democráticas da própria instituição. Desta

forma, a iniciativa ministerial não se dará “a reboque” das reclamações dos consumidores, pois serão de fato buscados no meio social os problemas que merecem ser cuidados pelo MP, através de inquéritos civis e, em último caso, pelo ajuizamento da ação coletiva.

Finalmente, um olhar crítico sobre os temas mais recorrentes no controle das cláusulas abusivas nos faz questionar a (falta de) atuação de outros atores incumbidos da defesa do consumidor. Tanto os serviços de saúde como os financeiros, que se encontram no topo da lista dos temas mais demandados pelo MP na proteção contratual, são atividades fortemente regulamentadas – pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pelo Banco Central do Brasil (Bacen), respectivamente. Assim, o conteúdo desses contratos deveria ser controlado administrativamente, a fim de evitar que se chegasse à solução extrema, isto é, à via judicial. A eventual omissão das autoridades incumbidas de sua fiscalização deve ensejar também consequências a serem perseguidas pelo próprio MP no desempenho de sua missão de defesa dos direitos sociais e metaindividuais dos consumidores.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou relatório²⁷ que indica a existência de mais de 90 milhões de ações judiciais em tramitação no Brasil. Em que pese suas dimensões continentais, tal número indica que o recurso ao Judiciário deve ser o último degrau para a solução de litígios. Não há dúvida de que este cenário impressionante aponta para as ações coletivas como a alternativa mais viável na efetivação de direitos sociais, conclusão que torna ainda mais urgente o debate sobre o aprimoramento do sistema da tutela coletiva e da atuação do Ministério Público, seu principal agente.

Notas

¹ Para um breve retrospecto da história do Ministério Público na defesa do consumidor, permita-se remeter a “O Ministério Público e a defesa do consumidor”. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 9. Março 2013, p. 13-6.

² “Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *parquet* para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas

unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a *legitimidade ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação” (Tribunal Pleno, RE 163231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737).

³ Sobre o direito de escolha como ponto de intersecção com o direito da concorrência, afirmamos: “Um dos pressupostos para o bom funcionamento do mercado é a circulação de informações verdadeiras, corretas e fidedignas, aptas a orientar as decisões de todos os agentes econômicos: fornecedores, concorrentes, consumidores e até mesmo do próprio Estado. São essas informações que instruem decisões sobre quanto produzir, a que preço, o que produzir, o que comprar ou mesmo quando intervir. Sem o reforço da posição do consumidor, detentor dos referidos direitos de informação, um desses atores fica afastado do processo, o qual garante o equilíbrio das relações no mercado. Sendo capaz de bem escolher, o consumidor indica quais são os melhores produtos e serviços disponíveis, em termos não só de preço mas sobretudo de qualidade, e assim vai gradativamente eliminando o mau fornecedor, em proveito do mercado como um todo, até mesmo dos concorrentes” (Carpena, Heloisa. “Tutela unificada da concorrência e do consumidor no Brasil: a caminho de uma ética no mercado”. *Revista Forense*, v. 388. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109-20).

⁴ Cite-se, por todos, a obra clássica e consagrada de Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵ “Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe (...) o contrato é um projetor de trocas emanado numa matriz social” (Macedo Jr., Ronaldo. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 153).

⁶ Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 326.

⁷ No Brasil: Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Em Portugal: Art. 334. “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

⁸ Virgilio Giorgianni. *Labuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano, 1963, p. 109.

⁹ Carpena, Heloisa. “O abuso do direito no Código de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional.” Artigo publicado em “A parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil constitucional”, obra coletiva coordenada pelo professor doutor Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367-86.

¹⁰ Miragem, Bruno. *Op. cit.*, p. 344.

¹¹ Em decisão paradigmática, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do saudoso ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja ementa vale transcrição: “Processual civil. Contrato de adesão. Foro de eleição. Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial. Matéria fática. Impossibilidade de reexame. Prequestionamento. Ausência. Enunciado n. 211, Súmula/STJ. Fundamentação. Decisão. Suficiência. Recurso desacolhido. I – A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. II – A Segunda Seção, deste Tribunal, na sessão de 13 de maio deste ano, houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronúnciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau (neste sentido, os CC 17.735-CE e 20.826-RS. III – Não se pode, em sede de recurso especial, afastar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido a respeito da dificuldade para a defesa decorrente de eleição de foro se, para tanto, se arrimou a instância de origem em fatos cuja ocorrência é vedado reexaminar no apelo especial (Súmula/STJ, verbete 7). IV – Como já decidido nesta Corte, tem-se por prequestionada determinada matéria, a ensejar o acesso à instância especial, quando a mesma é debatida e efetivamente decidida pelas instâncias ordinárias, sendo de salientar-se que a simples interposição de embargos declaratórios não supre o requisito do prequestionamento, consoante preconiza o Enunciado n. 211 da Súmula/STJ. V – Não é nula a decisão que examina suficientemente toda a controvérsia, externando seu ponto de vista, citando inclusive jurisprudência para embasar a decisão, sendo certo não ser nula a decisão somente porque decidiu contrariamente aos interesses da parte” (QUARTA TURMA, REsp 182.258/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23/09/1998, DJ 18/12/1998, p. 366).

¹² Macedo Jr., Ronaldo. *Op. cit.*, p. 153.

¹³ Para uma análise aprofundada da questão, cf. Miragem, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72. São Paulo: RT, out./dez. 2009, p. 72.

¹⁴ <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/tembok-planejamento-e-desenvolvimento-imobiliario-ltda/>

¹⁵ <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/shopping-rio-sul/>

¹⁶ http://rj.consumidorvencedor.mp.br/convenc-content/uploads/2013/03/VITORIA_TAC_SANTANDER.pdf

¹⁷ A abusividade de cláusula constante de contrato de TV por assinatura, que previa o pagamento de “taxa de visitas técnicas”, nos casos de ausência do assinante ou acesso impossibilitado, foi afastada por compromisso em que a empresa passou a adotar “crédito de visita técnica”, garantido ao consumidor em casos de não comparecimento do técnico, a ser usado para “remunerar” as visitas improdutivas. A íntegra do termo pode ser consultada em http://rj.consumidorvencedor.mp.br/convenc-content/uploads/2013/05/VITORIA_TAC_NET_450_2005.pdf

¹⁸ Dados de setembro de 2014.

¹⁹ Para uma descrição minuciosa do projeto, cf. Carpena, Heloisa. “Consumidor Vencedor. Um projeto do Ministério Público do Rio de Janeiro em busca da efetividade na defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.” *Revista do Consumidor*, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2013, p. 75-100.

²⁰ Prestaram compromisso as seguintes empresas: Dorex Incorporações Ltda.; Gafisa S.A.; Calçada Empreendimentos Imobiliários S.A. e SPE Barra Bonita Empreendimento Imobiliário Ltda.; SPE Santa Cecília Viva Viver Incorporadora e Construtora Ltda.; Bodytech; Prevident – Serviço de Odontologia Integrado Ltda.; MSC Crociere S.A. (Representada pela MSC Cruzeiros do Brasil Ltda.); Centro de Formação Profissional Bezerra de Araújo Ltda.; Net Rio Ltda. e Cifra S.A. Crédito, Financiamento e Investimento. Os respectivos TACs estão disponíveis no portal <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/>

²¹ Proc. n. 007238-49.1992.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²² Proc. n. 0116701-23.1992.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²³ Proc. n. 018497-07.1993.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²⁴ Sobre o tema, vale conferir: Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação e arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁵ O recebimento de honorários em ações coletivas propostas pelo MP é possível por aplicação do artigo 20 do Código de Processo Civil e pela inteligência do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública. Conforme disposto na Lei Estadual do Rio de Janeiro de n. 2.819/97, o *parquet* fluminense é destinatário dos honorários sucumbenciais da parte vencida, sendo tais verbas depositadas no Fundo Especial do Ministério Público.

²⁶ “Tutela coletiva em 2º Grau. A experiência da criação das procuradorias especializadas no Ministério Público do Rio de Janeiro.” *Revista de Processo*, ano 38, n. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro 2013, p. 295-326. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 51, jan./mar. 2014, p. 93-118.

²⁷ ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Sobre as conclusões do relatório, veja também: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html>

O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS E AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS

CONS^o ARAÚJO BARROS (*in memorium*)
Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

EXCERTOS

“Consagra a nossa lei como regra o princípio da liberdade dos contraentes que, dentro dos limites da lei, têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos”

“As condições gerais são as estipulações que, de um modo genérico, regulam determinado tipo de contrato, que previamente foram elaboradas, aprovadas, revestem caráter imperativo para o aderente e são idênticas para todos os contratos do mesmo gênero”

“O regime jurídico instituído pelo Dec.-lei 446/85, já quanto ao seu conteúdo regulamentador, abrange e assim disciplina todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público”

“O princípio geral em matéria de interpretação e integração das condições gerais é o da aplicação das regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos”

“Não é abusiva uma cláusula de um contrato de locação financeira que impõe que, no caso de sinistro de perecimento da coisa objeto do negócio, o locatário receba da seguradora, após prévio consentimento da locadora, a indenização que aquela venha a pagar”

“No âmbito do seguro facultativo do automóvel é válida a cláusula constante das condições gerais que exclua o dever de a seguradora pagar o capital seguro quando o segurado conduzir o veículo sob a influência do álcool”

1. Introdução

1.1. Objeto desta intervenção

Como o próprio título da comunicação sugere, não tenho intenção de me preocupar com uma análise teórica de natureza juscientífica do regime das condições gerais dos contratos, limitando-me – neste aspecto a remeter para as mais meritorias obras que sobre o assunto foram, nos últimos anos, publicadas: “Cláusulas Contratuais Gerais”, de Mário Júlio Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, Coimbra, 1990; “Cláusula Penal e Indemnização”, de António Pinto Monteiro, Coimbra, 1990; “Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato”, de Joaquim de Sousa Ribeiro, Coimbra, 1990; e “Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas”, de Almeno de Sá, Coimbra, 2000.

Procurarei antes, sem embargo de uma breve, mas necessária em termos de lógica expositiva, indicação das posições do legislador, fazer uma quanto possível completa viagem pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça [de Portugal], tentando dar conta das soluções e orientações encontradas no que respeita à interpretação e aplicação das normas que, no nosso direito, disciplinam a matéria das ainda denominadas “cláusulas contratuais gerais”.

Não vou abordar, com alguma pena, por manifesta falta de tempo, a matéria atinente à fiscalização prévia das condições gerais dos contratos, em particular no que respeita às providências inibitórias e às disposições processuais enunciadas no Dec.-lei 446/85, de 25 de outubro.

É, pois, modesta a minha contribuição, naturalmente pautada por critérios mais de informação do que de formação, embora não propriamente acrítica já que, aqui e ali, me pronunciarei acerca da justeza e adequação das cerca de 90 decisões do STJ [Supremo Tribunal de Justiça de Portugal] que pude consultar.

1.2. O contrato. Negociações preliminares e liberdade negocial. As condições gerais

O contrato é, consensualmente, considerado a primeira das fontes de obrigações no âmbito do direito civil.

Sem grande preocupação de rigor, pode afirmar-se que existe um contrato quando duas ou mais declarações negociais se conjugam com a intenção de produzir determinado efeito jurídico pretendido pelos seus autores.

Será, numa perspectiva terminológica mais perfeita, “o acordo vinculativo, assente em duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta de um lado; aceitação do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses”¹.

Configura-se, no dizer de Carlos Ferreira de Almeida, como “o acordo formado por duas ou mais declarações que produzam para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido”².

Sem definição legal, dir-se-á, de um ponto de vista normativo, “o instrumento que a ordem jurídica faculta aos sujeitos para, por acordo, realizarem as operações económicas e sociais que lhes convêm, atribuindo a esses acordos carácter jurídico, isto é, vinculativo”³.

No âmbito da contratação, consagra a nossa lei como regra o princípio da liberdade dos contraentes que, dentro dos limites da lei, têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil (contratos inominados), incluir neles as cláusulas que lhes aprouverem e reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (artigo 406º do C. Civil).

Claro que o contrato, usualmente, até porque apenas se mostra concluído quando as partes houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo (artigo 232º), não surge sem que previamente as partes negociem os respectivos termos e conteúdo, discutam as cláusulas necessárias, acertem, em suma, o acordo que vão concluir: é a denominada fase das negociações preliminares, no decurso da qual os potenciais contraentes devem proceder segundo as regras da boa-fé (artigo 227º, n. 1).

À medida, porém, que o poder económico dos grupos se foi fortalecendo com o desenvolvimento do capitalismo e, mais tarde, da economia de mercado, a atividade das empresas se foi diversificando e a oferta de produtos em massa se foi alargando, “iniciou-se um processo de objetivação, caracterizado pela progressiva perda da relevância do elemento volitivo, da intenção real e efetiva do declarante, ganhando peso crescente o próprio comportamento declarativo, tal como exteriormente observado”⁴.

Concomitantemente, as sociedades técnicas e industrializadas da atualidade introduziram alterações de vulto nos parâmetros da liberdade contratual. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, deixou de corresponder ao concreto da vida. Adveio a

estandardização negocial feita por empresas como forma de racionalização e normalização necessárias a uma adequada previsão de custos e lucros e a uma gestão equilibrada.

Em consequência, um número significativo de contratos, em vez de serem precedidos de uma discussão prévia, em ordem a conformar o seu conteúdo à medida da vontade e dos interesses de ambos os intervenientes, passam a traduzir, de fato, a vontade e os interesses de um deles apenas, normalmente uma empresa, que predetermina, unilateralmente, no todo ou em parte, o seu conteúdo, elaborando para o efeito condições ou cláusulas contratuais gerais destinadas a integrar o conteúdo dos múltiplos contratos a celebrar no futuro, mediante a sua oferta, em massa, ao público interessado. A liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto, visto que o emitente das condições gerais não está disposto a alterá-las ou a negociá-las. Se o cliente decidir contratar, terá de se sujeitar às cláusulas previamente determinadas por outrem, no exercício de um *law-making power* de que este desfruta, limitando-se aquele, pois, a aderir a um modelo prefixado.”

O contrato é,
consensualmente,
considerado a
primeira das
fontes de
obrigações no
âmbito do
direito civil

É o que hoje acontece em grande parte dos contratos (designadamente nos denominados contratos de consumo – seguros, operações bancárias, fornecimento de gás, água e eletricidade, locação financeira e aluguer de longa duração, compra e venda de móveis e bens de equipamento, com ou sem reserva de propriedade, transporte de mercadorias, acesso a meios de comunicação, em especial no que concerne a telemóveis) em que a liberdade negocial do consumidor se mostra largamente restringida, traduzindo-se apenas numa subscrição de adesão ao previamente clausulado, ou, em contrapartida única, numa recusa de celebração do negócio proposto.

Por isso que tais contratos, em que o cliente ou consumidor não tem a menor participação na preparação e redação das respectivas cláusulas, e se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, se denominam, significativamente, contratos de adesão⁵.

1.3. Condições gerais e condições particulares dos contratos (condições especiais)

Não obstante os contratos de adesão (aqueles de que, no essencial, apenas constam condições ou cláusulas gerais que a parte aderente se há de limitar a subscrever), a verdade é que cada contrato é, na sua celebração, simultaneamente individual, ou seja, realizado com um único sujeito. Donde, e à partida, ter-se-á que analisar a forma como as cláusulas contratuais gerais são incluídas no contrato concreto realizado, bem como atender a que, no mesmo contrato concreto, coexistem necessariamente condições particulares e, por vezes, também condições especiais (naturalmente resultantes de negociação).

Assim, as condições gerais são as estipulações que, de um modo genérico, regulam determinado tipo de contrato, que previamente foram elaboradas, aprovadas, revestem carácter imperativo para o aderente e são idênticas para todos os contratos do mesmo género.

Já as condições particulares são o enunciado dos elementos individuais necessários à elaboração do contrato singular; são as cláusulas manuscritas ou às vezes datilografadas que permitem adaptar o contrato a cada espécie (identificação das partes, objeto do contrato, preço, riscos, data da subscrição, duração do contrato etc.).

Por último, as condições especiais, meramente facultativas, são as estipulações que modificam, no caso concreto, condições normalmente adotadas pela proponente relativamente ao tipo de negócio celebrado, a ter em consideração apenas quando se encontrem discriminadamente referenciadas nas condições particulares.

E bem se pode considerar que “as próprias condições gerais de um determinado contrato não são, necessariamente, cláusulas contratuais gerais, podendo muito bem resultar de negociações preliminares, ainda que abreviadas”⁶.

2. Regulamentação das condições gerais

Anunciando que se ponderaram as diretrizes dimanadas do Conselho da Europa, mas procurando evitar um reformismo abstrato, que desconhecesse as facetas da realidade portuguesa, foi pela primeira vez regulado no nosso país o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, através da publicação do Dec.-lei 446/85, de 25 de outubro.

Este diploma “veio, seguindo basicamente a legislação alemã, dar um passo mínimo de proteção à parte que não tem o *law making power*, que pode ser uma empresa, mas será sobretudo um consumidor, em boa medida indefeso perante o poder económico da outra parte, para não se falar na influência arrasadora da publicidade e do estado de necessidade do comprador da sua ferramenta de trabalho”.

Tendo em vista “pôr em forma de lei o que já resultava do artigo 81º, alíneas e) e j), da Constituição da República, procura proteger a parte que se submete às cláusulas contratuais gerais em dois momentos: no da celebração do contrato, para que este seja de fato negociado, isto é, querido em todos os seus aspectos relevantes; depois pretende que o convénio seja justo, isto é, que não contenha cláusulas abusivas”⁷.

Posteriormente, após a promulgação da Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados com consumidores⁸, houve que, na transposição de tal diretiva, embora com atraso, proceder à alteração do Dec.-lei 446/85, o que foi feito pela publicação do Dec.-lei 220/95, de 31 de agosto (complementado com a Portaria 1093/95, de 6 de setembro), se bem que o legislador houvesse aproveitado o ensejo para proceder a determinados acertos que lhe pareceram adequados face ao já considerável tempo de vigência da lei⁹.

Mais tarde, porém, considerando que a nova redação do Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro, não se mostrou ainda conforme com as disposições da Diretiva comunitária 93/13/CEE, porquanto manteve o seu campo de aplicação material limitado às cláusulas contratuais gerais destinadas a serem utilizadas por sujeitos indeterminados e não excluiu do âmbito das ações inibitórias a aplicação da regra da prevalência do sentido mais favorável ao consumidor, foi feita nova alteração àquele diploma pelo Dec.-lei 249/99, de 7 de julho.

Finalmente, pelo Dec.-lei 323/2001, de 17 de dezembro (art. 24º) por força da aplicação do artigo 1º do Regulamento CE 2866/98 do Conselho – na prática no respeitante à conversão de escudos em euros – foi dada a definitiva redação ao diploma definidor do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

A negociação
privada, assente
no postulado da
igualdade formal
das partes, deixou
de corresponder
ao concreto
da vida

3. Âmbito de aplicação do Dec.-lei 446/85

Quanto ao âmbito de aplicação do Dec.-lei 446/85, importa distinguir entre a sua extensão espacio-temporal, isto é, a determinação dos contratos a que o diploma se aplica quanto ao local e à data em que foram celebrados, e a sua amplitude tipológica, consistente na determinação dos tipos de cláusulas e negócios que por ele se regem.

No primeiro aspecto pode dizer-se que as normas do Dec.-lei 446/85 que regulam as cláusulas adotadas nas relações com os consumidores finais são aplicáveis a todos os contratos que apresentem uma conexão estreita com o território português, sendo que no caso de o contrato apresentar uma conexão estreita com o território de outro Estado-membro da Comunidade Europeia aplicam-se as disposições correspondentes desse país na medida em que este determine a sua aplicação, independentemente da lei que tiver sido escolhida pelos contraentes (art. 23º).

Note-se que, neste aspecto da escolha pelos contratantes (não apenas da lei aplicável, mas do próprio tribunal, ainda que arbitral) entendeu-se no Ac. STJ de 25/03/99 que é de aplicar a cláusula de arbitragem para ambas as partes contratantes, atribuindo jurisdição ao tribunal arbitral nela previsto – Associação de Comércio dos Países Baixos para Óleos, Gorduras e Sementes Oleaginosas – incluída no artigo 15º das condições “NOFOTA 18”, que é uma cláusula contratual geral sujeita ao regime legal do Dec.-lei 446/85, *ex vi* da norma de conflitos integrada no seu artigo 33º, al. b)¹⁰.

Quanto às restantes disposições, revogado que foi o artigo 33º, cremos poder apenas defender-se a aplicação da lei aos contratos celebrados em ou entre residentes em Portugal e se não tiver sido excluída pelas partes a sua aplicação (artigos 41º e 42º, CC).

No domínio da temporalidade é inequívoco que o diploma se aplica não só às cláusulas adotadas para o futuro, mas também às cláusulas contratuais gerais existentes à data da sua entrada em vigor, excetuadas todavia as incluídas em contratos singulares já celebrados (artigo 36º).

Quanto a estas, todavia, não deixam de continuar a aplicar-se as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente (artigo 37º).

O regime jurídico instituído pelo Dec.-lei 446/85, já quanto ao seu conteúdo regulamentador, abrange e assim disciplina todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinam, do conteúdo que as informe, de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiro (*cf.* artigos 2º e 3º);

abrange também as cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar; abrange, por último, quaisquer declarações unilaterais pré-formuladas pelo predisponente, apresentadas ao aderente e por este subscritas em exclusivo.

Note-se, ademais, que o seu regime não é privativo dos contratos de adesão: visa todos os contratos em que surjam cláusulas contratuais gerais¹¹.

É, no entanto, restringida a sua aplicação aos casos excepcionais previstos no artigo 3º: cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; contratos submetidos a normas de direito público; atos do direito de família ou do direito das sucessões; cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Pode, neste caso, suscitar-se a questão de saber se o regime jurídico estabelecido no diploma se pode aplicar a condições gerais constantes de minutas legalmente aprovadas, como por exemplo, nas situações das apólices uniformes do seguro automóvel.

Sem embargo de alguma dúvida se poder instalar, sobretudo em face da primitiva redação da al. c) do n. 1 do artigo 3º¹², creio que tais cláusulas se encontram abrangidas pelo âmbito de aplicação do Dec.-lei 446/85, já que, não obstante o fato de serem fiscalizadas pelo Estado, mantêm a sua estrita natureza de condições gerais predispostas (por exemplo, no caso típico da determinação do foro competente pode considerar-se que a cláusula é proibida desde que injustificadamente onere a posição do aderente)¹³.

Neste sentido, aliás, sempre se orientou o STJ, certo que perante a nova redação do diploma, designadamente quando considerou que as normas do Dec.-lei 176/95, de 26 de julho (que estabelece o regime jurídico do contrato de seguro), não afastam a aplicação das disposições do Dec.-lei 446/85¹⁴, ou quando entendeu que o regime das cláusulas contratuais gerais se aplica aos contratos de empréstimo público¹⁵.

4. Noção e características das cláusulas contratuais gerais

Segundo o artigo 1º, n.ºs 1 e 2, do Dec.-lei 446/985, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma, o qual igualmente se aplica às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar.

Pode dizer-se, como uma das muitas noções apresentadas, que as cláusulas contratuais são “cláusulas pré-formuladas, com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebrar pelo predisponente ou por terceiro”¹⁶.

Ou, de outro modo, que se trata de “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares. Pré-formulação, generalidade e imodificabilidade aparecem, assim, como as características essenciais do conceito”¹⁷.

Com efeito, elas existem disponíveis antes de surgir a declaração que as perfilha; apresentam-se rígidas (sem possibilidade de alteração, obtenham ou não a adesão); podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas, quer como proponentes, quer como destinatários; têm uma intenção uniformizadora, isto é, surgem desligadas do contrato em que se concretizam ou inserem e, por último, revestem carácter de unilateralidade (apenas na apresentação, que não na elaboração)¹⁸.

5. Inclusão de C.C.G. em contratos singulares

As C.C.G., por si mesmas, não têm relevância negocial: constituem um modelo preconizado para o exercício da autonomia privada¹⁹. É na realização concreta dos contratos, que – em face da proposta e da aceitação – se integram nos contratos singulares celebrados (art. 4º).

Todavia, estabelece-se desde logo (n. 3 do artigo 1º) que o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes (caso em que constituirá condição particular ou especial) recai sobre quem pretenda prevalecer-se do respectivo conteúdo.

No processo de inclusão das cláusulas contratuais gerais em cada contrato singular impendem sobre o predisponente vários deveres, sem cuja observância as cláusulas não são dotadas de eficácia.

Em primeiro lugar, existe o dever de comunicação das cláusulas a aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las (n. 1 do artigo 5º).

A comunicação deve ser feita de modo adequado, em prazo razoável e contando com a diligência normal do aderente (n. 2). A obrigação de comunicar constitui uma obrigação de meios: não é preciso que o aderente conheça efetivamente as cláusulas; é apenas necessária uma atividade por parte do proponente que torne possível, em termos de diligência normal do destinatário, esse conhecimento²⁰.

Obviamente, se a cláusula é ambígua ou contém ambiguidades, impende sobre a entidade predisponente a obrigação acrescida de a aclarar perante o aderente²¹.

Impende também sobre o aderente o dever de informação (art. 6º), não apenas de mera informação (que poderia corresponder à comunicação), mas um dever acrescido de, durante a fase pré-contratual, prestar todos os esclarecimentos necessários.

Este dever resulta já do preceituado no art. 227º, n. 1, do Código Civil, pelo que apenas se pode ver como um reforço que o legislador quis introduzir.

Como se refere no Ac. STJ de 1º de fevereiro de 2002²², “esse dever tem duas vertentes: por um lado, o proponente deve comunicar na íntegra à outra parte as cláusulas contratuais gerais de que se sirva (artigo 5º, n. 1); por outro lado, ao fazer esta comunicação, deve realizá-la de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e a complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (artigo 5º, n. 2)”.

O ónus da prova da comunicação efetiva ou adequada (aqui deve, portanto, ver-se incluído o dever de informação) é do proponente, isto é, daquele que submete a outrem as C.C.G (n. 3)²³. Acerca deste aspecto impõe-se distinguir entre o ónus da prova e o ónus da alegação: assim, embora dispensado de provar que o dever de comunicar não foi cumprido, nada dispensa o interessado de alegar essa falta ou inadequação da comunicação²⁴.

Encontra-se estabelecida uma absoluta prevalência das cláusulas específicas acordadas sobre as C.C.G (art. 7º), que ocorre mesmo quando as C.C.G. constem de formulário assinado pelas partes.

No artigo 8º consideram-se excluídas dos contratos singulares as cláusulas não comunicadas (*cf.* art. 5º); as que o forem com violação do dever de informação (*cf.* art. 6º); aquelas que passem despercebidas (al. c) do art. 8º); bem como as cláusulas inseridas em formulários após a assinatura destes por algum dos contraentes (al. d) do art. 8º).

Assim se pode sustentar que “devem considerar-se excluídas as C.C.G. constantes da segunda página do documento formalizador de um contrato

Não obstante os contratos de adesão, a verdade é que cada contrato é, na sua celebração, simultaneamente individual, ou seja, realizado com um único sujeito

de mútuo, assinado pelos contratantes só na primeira página do mesmo documento, aplicando-se nessa parte o regime legal supletivo”²⁵, bem como que o regime do art. 8º, al. a) “é aplicável à cláusula inserida no contrato depois da assinatura do contraente que a ela adere, mesmo quando na introdução desse contrato tenha sido inserida uma cláusula segundo a qual ao contrato são aplicáveis as condições específicas e gerais que se seguem, figurando entre estas últimas a cláusula controvertida”²⁶.

Em contrapartida, “a circunstância de um contrato de concessão comercial ser também um contrato de adesão não acarreta a nulidade de uma cláusula de compromisso arbitral nele inserta, desde que ao aderente tenha sido enviado o documento que, depois de assinado, consubstancia o contrato de concessão comercial e que ao mesmo tenha sido concedido tempo suficiente para o assinar”²⁷.

Nestes casos consagrou a lei o princípio da subsistência dos contratos singulares celebrados (art. 9º) sem as cláusulas invalidadas, com o recurso às normas supletivas aplicáveis (n. 1) – são os princípios gerais de integração dos negócios jurídicos (art. 239º, CC): “Excluídas, por falta de comunicação, as cláusulas contratuais gerais que o integravam, o contrato deve valer com o sentido que um declaratório normal lhe atribuiria perante as restantes cláusulas não excluídas.”²⁸

Todavia, ocorre a nulidade desses contratos se houver indeterminação efetiva insuprível de aspectos essenciais do contrato ou desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé (n. 2).

6. Interpretação e integração das C.C.G.

O princípio geral em matéria de interpretação e integração das condições gerais é o da aplicação das regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos (arts. 236º e 239º, CC), mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam (art. 10º)²⁹.

Ora, “a nossa lei consagrou, em matéria de interpretação das declarações negociais, a teoria da impressão do destinatário, sendo certo que o sentido interpretativo e, antes ainda, a própria atividade de interpretação não sofrem qualquer sensível modificação pelo fato de as declarações negociais se reportarem a cláusulas contratuais gerais, exceto se o resultado conduzir a um resultado ambíguo ou duvidoso, caso em que se optará pelo sentido mais favorável ao aderente” (art. 10º)³⁰.

Atender-se-á ao sentido que um declaratório normal, colocado na posição real do declaratório, possa deduzir da cláusula, salvo se este não pudesse razoavelmente contar com ela.

No entanto, quanto às cláusulas ambíguas rege o art. 11º, n. 1: elas valem com o sentido que lhes daria um aderente indeterminado colocado na posição do aderente real (ainda que a outra parte não pudesse contar com esse sentido – inaplicável, por isso, a última parte do art. 236º, n. 1, CC), e, em caso de dúvida, valem com o sentido mais favorável ao aderente³¹.

De acordo com estas posições, assumidas de forma mais ou menos constante pelo STJ, já se decidiu, quanto a situações concretas que para aqui relevam, por exemplo, que:

a) uma cláusula contratual geral aposta num contrato de seguro de responsabilidade civil geral (contrato de adesão) – no qual a seguradora declarou assumir a cobertura do risco da atividade de construção civil e obras públicas, incluindo abertura de estradas, terraplanagens e escavações exercidas pela segurada – em cujos termos “não ficam garantidas, em caso algum, ainda que o Segurado possa ser responsável, as indenizações devidas nos termos da legislação do trabalho” deve ser interpretada com o sentido de que as partes pretenderam apenas e tão só excluir da cobertura do seguro de responsabilidade civil geral as situações em que o fundamento da indenização devida pela segurada e exigida à seguradora, já com fundamento na responsabilidade civil extracontratual, fosse, em concreto, advinda de um acidente de trabalho sofrido por um dos trabalhadores daquela (relativamente ao qual a seguradora estava vinculada por um dever de indenizar nos termos da legislação de acidentes de trabalho).

É que a razão essencial da cláusula bem como o seu significado assentam na vontade de, nos casos em que os trabalhadores da segurada, tendo ou não sido indenizados pela sua entidade patronal, vierem peticionar contra a seguradora indenização baseada na responsabilidade civil extracontratual daquela (objeto do contrato de seguro) possa sempre esta opor-lhes a exceção da exclusão da cobertura pelo seguro³².

b) uma cláusula contratual geral que exclui das garantias do seguro de mercadoria transportada os prejuízos causados por vício próprio, deterioração, insuficiência de isolamento, desarranjo elétrico e/ou mecânico, exceto quando resulte de causa externa, só pode ter um sentido que não esvazie a garantia do seguro, pelo que não pode considerar-se excluída dessa garantia a deterioração de fruta resultante de temperaturas externas negativas a que foi sujeita durante a viagem³³.

c) a cláusula aposta nas condições gerais de um contrato de seguro facultativo de acidentes pessoais, nos termos da qual estão excluídos da cobertura concedida pela apólice os “acidentes devidos a ação da pessoa segura originados por alcoolismo e uso de estupefacientes fora de prescrição médica” dos quais sobrevenha a morte deve ser interpretada no sentido de que apenas o alcoolismo (enquanto estado constante ou crónico criado pela utilização frequente do álcool se reconduz a uma habituação que o abuso e o vício da bebida vai potenciando) está abrangido pelo âmbito de tal previsão convencional, não sendo o mesmo equiparável à ingestão acidental de álcool³⁴.

d) a cláusula contratual que determina que “a falta de pagamento de uma prestação, na data do respectivo vencimento, implica o imediato vencimento de todas as restantes” deve ser entendida com o sentido de que a falta de pagamento de uma mensalidade implicará a perda do benefício do pagamento escalonado do capital emprestado e não também o dos juros que nasceriam até ao fim do contrato³⁵.

e) a cláusula inserida num contrato de seguro de responsabilidade por danos causados por um equídeo que exclui da responsabilidade os que forem causados ao proprietário, vigilante ou utilizador há de ser interpretada com o sentido de que não estão excluídos os danos causados numa pessoa que, a pedido do utilizador, segurava os arreios do cavalo³⁶.

f) a cláusula constante do artigo 26º, n. 1, das Condições da APAT (agentes transitários) na medida em que isenta o transitário da responsabilidade pela perda da mercadoria transportada deve ser interpretada com o sentido de que se não aplica quando o transitário ocupa simultaneamente, diretamente ou por recurso a terceiro subcontratante a posição de transportador³⁷.

g) havendo dúvidas sobre se ao conceito “tempestade” constante das condições gerais da apólice se subsume uma situação de fato em que a queda e acumulação de neve na cobertura de um armazém levou a que aquela ruísse, a dúvida deve resolver-se, por força do princípio *in dubio per stipulatorem*, em favor do aderente³⁸.

h) a cláusula contratual geral que fixa o termo do contrato de seguro com a entrega da mercadoria num local de armazenagem no porto de destino deve valer com o sentido de abranger as situações em que o segurado em vez de, com normalidade, dar seguimento ao trânsito da carga, a retém aguardando melhor oportunidade para a armazenar no local de destino³⁹.

As cláusulas contrárias à boa-fé são nulas

7. Nulidade das C.C.G.

As cláusulas proibidas pelas disposições do Dec.-lei 446/85 são nulas (art. 12º).

As cláusulas contrárias à boa-fé são nulas (art. 15º): na aplicação desta norma, deve ponderar-se a confiança suscitada pelas partes e o objetivo que as partes visam atingir negocialmente (art. 16º).

Refere-se aqui, por relevante, o Ac. STJ de 28/03/95⁴⁰, segundo o qual “as cláusulas gerais de boa-fé impõem que, nos contratos de seguro, a seguradora esteja adstrita ao cumprimento do dever de esclarecimento de cláusulas limitativas (ou de exclusão) da sua responsabilidade”.

O preceito do artigo 15º reporta-se à boa-fé subjetiva, ou seja, a uma cláusula geral que exprime um princípio normativo. Portanto, não se fornece ao julgador uma regra apta à aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. Deixa-se aberta, deste modo, a possibilidade de atingir todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça⁴¹.

A concretização da boa-fé faz-se, como se disse, em conformidade com o art. 16º, pelo que a sua apreciação é casuística, mas não arbitrária.

O aderente pode optar pela manutenção do contrato sem as cláusulas declaradas nulas (art. 13º, n. 1) com a vigência, na parte afetada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (art. 13º, n. 2) ou, *a contrario*, pode optar pela nulidade do contrato: neste caso, ou se a manutenção pretendida conduzir a um desequilíbrio das prestações gravemente atentatória da boa-fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos (art. 292º, CC, *ut* art. 14º do Dec.-lei 446/85).

8. Cláusulas contratuais gerais proibidas

O diploma a que nos vimos de referir estabeleceu, no que concerne às cláusulas contratuais gerais proibidas, por assim dizer, três tipos de situações: em primeiro lugar aparecem as disposições comuns por natureza (artigos 15º e 16º), em segundo lugar são enumeradas as situações que abrangem as relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica (artigos 17º a 19º) e, finalmente, as

que dizem respeito às relações com os consumidores finais e, em geral, com todas as pessoas não abrangidas pelo art. 17º (artigos 20º e 22º).

É feita, em qualquer dos casos, uma enumeração das cláusulas absolutamente proibidas e de cláusulas que são relativamente proibidas, consoante o quadro negocial padronizado (artigos 18º, 19º, 21º e 22º).

As cláusulas relativamente proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, são susceptíveis de serem válidas para certo tipo de contratos e não para outros; mas a sua análise é abstrata e não concreta⁴².

Quer uma, quer outra das indicações são exemplificativas, como resulta à evidência do advérbio *designadamente* utilizado: deixa-se ao critério da boa-fé a declaração de nulidade de outras (arts. 12º e 15º).

No que respeita à invalidade das cláusulas contratuais gerais, por relativa ou absolutamente proibidas, é já vasta a intervenção do STJ, pautando-se a jurisprudência conhecida essencialmente por critérios de ponderação a sua atuação por uma apreciação da proporcionalidade ou desproporcionalidade da cláusula relativamente aos danos concretos a ressarcir⁴³.

Por mera questão metodológica, aludirei às decisões concretas proferidas, referindo-as simplesmente aos contratos de adesão apreciados ou, em contrapartida, aos diversos contratos a que se reportaram.

Desde logo, tem-se entendido de modo uniforme que “são nulas as cláusulas contratuais gerais insertas em contrato-tipo de adesão que violem normas imperativas de ordem pública, designadamente as que invertam ou alterem a distribuição do risco e as regras de repartição do ónus da prova, ou que tenham como efeito a exclusão de responsabilidade de um dos contraentes se se verificarem determinados requisitos”⁴⁴.

Em primeiro lugar, posso citar a decisão que considerou que, em sede de contrato (prestação de serviços) em que uma empresa que se ocupa da revelação de filmes particulares estabelece uma cláusula segundo a qual o envio de películas para os seus laboratórios constitui um acordo em que, se as películas se extraviarem ou ficarem estragadas por ela, a sua responsabilidade se limita à substituição por igual metragem de película virgem, tal cláusula fere o equilíbrio contratual, sendo uma cláusula geral que praticamente desonera a parte mais forte do seu dever de indenizar, pelo que é proibida⁴⁵.

Depois, no **específico âmbito do contrato de locação financeira já se decidiu, além do mais, que:**

a) é válida a cláusula inserida num contrato de locação financeira que estabelece considerarem-se vencidas todas as prestações (rendas) no caso de incumprimento de alguma delas⁴⁶.

b) a cláusula inserta no verso do documento, segundo a qual a resolução por incumprimento implicaria a obrigação para o locatário do pagamento de todos os alugueres, incluídos os que se vencessem até ao final do prazo do contrato, será, por absoluta desproporcionalidade, nula e de nenhum efeito, nos termos dos artigos 12º e 19º, al. c), do Dec.-lei 446/85 e do artigo 294º do Código Civil⁴⁷.

c) é nula a cláusula dum contrato de locação financeira que permite a sua resolução por incumprimento e a exigência do pagamento do montante de todas as rendas vincendas, acrescido dos juros, na medida em que o locador ganha mais com o incumprimento e a resolução do contrato do que com o seu cumprimento⁴⁸.

d) não será proibida, por não desproporcionada, a cláusula penal aposta num contrato de locação financeira nos termos da qual “no caso de resolução por o locatário não cumprir as condições do contrato”, fica este obrigado “a título de perdas e danos sofridos pelo locador a pagar uma importância igual a 20% da soma das rendas ainda não vencidas com o valor residual”⁴⁹.

e) não são nulas as cláusulas contratuais que fixam, a título de indenização pelo incumprimento, um montante igual a 30% do capital financeiro em dívida no momento da resolução e que estabelecem a indenização pelo atraso na entrega do locado⁵⁰.

f) é nula, por contrariar o disposto nos artigos 9º, n. 1, al. a), e 17º do Dec.-lei 149/95 e o artigo 809º do Código Civil, além de que é contrária à boa-fé e por isso proibida nos termos dos artigos 15º e 18º, als. c) e f), do Dec.-lei 446/95, a cláusula que estabelece que “a não entrega do bem pelo fornecedor (...) não exonera o locatário das obrigações para com o locador nem lhe confere qualquer direito contra este”⁵¹.

g) não é abusiva uma cláusula de um contrato de locação financeira que impõe que, no caso de sinistro de perecimento da coisa objeto do negócio, o locatário receba da seguradora, após prévio consentimento da locadora, a indenização que aquela venha a pagar⁵².

Já no domínio do contrato de aluguer de longa duração (ALD), se decidiu que:

a) a cláusula penal que permite ao locador pedir, em caso de resolução, quantia não inferior a 75% as rendas convencionadas é manifestamente desproporcionada, o que acarreta a sua nulidade⁵³.

b) é nula, por ser manifestamente exagerada a indenização nela prevista, a cláusula contratual que, em contrato de aluguer de longa duração, estabelece que “a restituição do veículo em data posterior à acordada fará

incorrer o locatário numa indenização igual ao dobro do aluguer, calculado relativamente e cada dia de atraso”⁵⁴.

Quanto aos contratos de utilização de cartões de crédito, considerou o STJ designadamente que:

a) é nula, por relativamente proibida, por força do artigo 19º, al. g), do Dec.-lei 446/85, a cláusula constante das condições de utilização de cartão de crédito em que se estipulaque “para todas as questões emergentes das presentes condições gerais de utilização fica designado o foro da comarca de Lisboa”⁵⁵.

b) é válida uma cláusula, constante das condições gerais de utilização de um cartão de crédito, com o seguinte teor: “Em caso de extravio, furto ou roubo do cartão, o titular obriga-se a comunicar tal fato a uma das entidades referidas nos impressos que lhe foram distribuídos juntamente com o cartão, pelo meio mais rápido ao seu dispor (...) O titular ficará, no entanto, obrigado a reembolsar a CEMG no que esta houver pago pelo uso indevido do cartão, dentro ou fora do país, até ao momento em que tenha sido recebida a referida comunicação.”⁵⁶

c) a cláusula que determina que o titular do cartão, no caso do seu extravio, perda ou deterioração, é responsável por todas as transações efetuadas até ao momento do aviso que está obrigado a efetuar ao banco, na medida em que não lhe possibilita a prova da ausência de culpa na respectiva utilização, está a subverter o regime respeitante à distribuição do risco vertido no artigo 796º do Código Civil, sendo absolutamente proibida e, em consequência, nula, nos termos dos artigos 21º, al. f), e 12º do Dec.-lei 446/85;

– a cláusula que estabelece que, em caso de divergência entre o montante indicado pelo titular do cartão e o apurado pelo banco, prevalece este último implica uma indevida restrição aos meios probatórios admitidos por lei, sendo absolutamente proibida nos termos do artigo 21º, al. g), do mesmo diploma;

– a cláusula que atribui ao banco o direito de exigir a devolução do cartão, bem como o de reter, sempre que se verifique inadequada utilização, sem que a empresa possa reclamar qualquer indenização, na medida em que estabelece uma verdadeira cláusula de resolução *ad nutum*, é proibida nos termos do artigo 22º, n. 1, al. b);

– a cláusula que estabelece que as alterações das condições do clausulado, unilateralmente fixadas pelo banco, se consideram aceites pelo titular do cartão se este não as contestar no prazo de 15 dias a contar da data do envio do respectivo aviso, na medida em que retira do silêncio do titular, subsequente ao recebimento do aviso – e não à sua recepção – uma manifestação tácita de aceitação, é proibida nos termos do artigo 19º, al. d), do mesmo diploma⁵⁷.

d) uma cláusula do contrato de utilização que prevê que, “provando o titular o extravio, furto, roubo ou falsificação do cartão, correm por sua conta os prejuízos sofridos em virtude da utilização abusiva do cartão, no período anterior à comunicação” desses fatos ao banco emissor “até ao montante correspondente ao contravalor em escudos de 150 ECU por ocorrência” (...) para além de ter em conta as recomendações emanadas da Comissão Europeia, não vinculativas, opera uma distribuição equitativa de responsabilidade e é conforme aos ditames da boa-fé, não sendo proibidas pela al. f) do artigo 21º do Dec.-lei 446/85⁵⁸.

e) são nulas as cláusulas de utilização do cartão Universo do Banco X segundo as quais:

a) o titular do cartão é sempre responsável, independentemente de culpa, por todas as operações com ele efetuadas até à recepção pelo banco do aviso de perda, falsificação, furto ou roubo do cartão; b) qualquer das partes pode denunciar o contrato, a todo o momento, sem justificação ou aviso prévio; (...) sempre que o

PIN for utilizado presume-se que o foi pelo titular do cartão, implicando a assinatura das faturas de venda a confirmação da transação realizada e o compromisso do reembolso do respectivo valor ao banco⁵⁹.

f) são absolutamente proibidas, nos termos do artigo 21º do Dec.-lei 446/85, e, conseqüentemente, nulas as cláusulas contratuais gerais inseridas no contrato de utilização de um cartão “eurocheque” que atribuem ao titular a responsabilidade por todas as transações efetuadas, sem lhe facultarem a prova da ausência de culpa na respectiva utilização, assim subvertendo a regra de repartição do risco constante do artigo 796º do Código Civil⁶⁰.

Relativamente ao contrato de compra e venda:

a) é nula, porque absolutamente proibida, nos termos dos artigos 17º e 18º do Dec.-lei 446/85, a cláusula utilizada pela vendedora nos contratos celebrados com os seus clientes (no exercício da sua atividade de importadora de peças de vestuário para revenda) que lhe concede a possibilidade de não entregar a totalidade dos artigos encomendados, sem prévia notificação do comprador, ou a faculdade de cancelar a encomenda no prazo de 60 dias após a recepção da nota correspondente, sem necessidade de fornecer explicações nem possibilidade de ser penalizada ou ter de indenizar a outra parte.

São nulas as cláusulas insertas em contrato de seguro que permitam à seguradora a resolução *ad nutum*

Padece do mesmo vício a cláusula aposta nos sobreditos contratos que, depois de prever a fixação do prazo de entrega das mercadorias e a sua contagem, estabelece que o comprador pode cancelar a nota de encomenda se esse prazo for inobservado, não lhe assistindo, porém, o direito a qualquer indenização ou compensação⁶¹.

Por sua vez, no respeitante aos contratos de seguro:

a) são nulas, por força do que dispõe o artigo 22º, n. 1, al. b), do Dec.-lei 446/85, as cláusulas insertas em contrato de seguro que permitam à seguradora a resolução *ad nutum* (sem alegação de qualquer motivo justificado) do contrato, não obstante a tal nulidade o fato de a resolução *ad nutum* ser também atribuída ao tomador do seguro⁶²;

– são nulas as cláusulas que predisponham, para as situações em que a resolução ocorre por iniciativa do tomador, uma cláusula penal que possibilita à seguradora reter 50% ou a totalidade do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido⁶³.

b) o artigo 22º, n. 1, do Dec.-lei 446/85 proíbe as cláusulas resolutivas *ad nutum*, *ad libitum*, discricionária, do contrato de seguro pelo predisponente, pois de contrário a seguradora estaria em condições de, a todo o tempo, pôr discricionariamente termo ao contrato em prejuízo, mesmo, da função mutualista do seguro⁶⁴.

c) no âmbito do seguro facultativo do automóvel é válida a cláusula constante das condições gerais que exclua o dever de a seguradora pagar o capital seguro quando o segurado conduzir o veículo sob a influência do álcool⁶⁵.

d) uma cláusula penal, estabelecida num contrato de seguro para o caso de resolução unilateral pelo segurado, que não se relaciona com o risco nem com os custos, deve considerar-se desproporcionada ao dano a ressarcir⁶⁶.

No que concerne aos contratos de transporte:

a) sendo regra a responsabilidade contratual do transportador pela perda ou deterioração da mercadoria transportada, sobre ele recaindo o ónus de provar a culpa do expedidor, é nula uma cláusula contratual segundo a qual a mercadoria era para ser carregada, transportada e descarregada por conta e risco do expedidor⁶⁷.

A propósito dos contratos de fornecimento (energia, gás, água):

a) a cláusula em que se estabelece que a fornecedora de gás pode alterar os preços de aluguer do contador em qualquer momento é proibida pela al. d) do artigo 18º; como é proibida a cláusula pela qual a fornecedora de gás se propõe eximir-se da responsabilidade que, pela lei geral, lhe é atribuída em

consequência de fornecimento de gás, por si ou concomitantemente com as respectivas instalações, sem olhar a culpa ou ausência de culpa do lesado ou de terceiro⁶⁸.

b) é nula, porque proibida, a cláusula inserta nas condições gerais de um contrato de fornecimento de gás canalizado que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de gás como imediata consequência do não pagamento da respectiva fatura no tempo e lugar devidos⁶⁹.

Finalmente, em relação a contratos de depósito bancário:

a) é válida a cláusula acordada autorizando o banco a debitar os montantes em dívida em qualquer outra conta do titular e a operar a compensação com quaisquer créditos deste sobre o banco⁷⁰.

Notas

¹ Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, v. I, 6ª edição, Coimbra, 1989, p. 219.

² “Contratos”, v. I, Coimbra, 2000, p. 30.

³ Ana Prata, “Dicionário Jurídico”, 4ª edição, Coimbra, 2005, p. 308.

⁴ Joaquim de Sousa Ribeiro, “Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato”, Coimbra, 1990, p. 19.

⁵ Note-se, porém, que, em boa verdade, a possibilidade de uso e de inclusão de cláusulas contratuais gerais não é privativa dos contratos de adesão, nem mesmo apenas dos contratos: podem enunciar-se casos de negócios unilaterais em que se utiliza tal tipo de cláusulas (trata-se, entre outras, de declarações de renúncia, de procuração ou consentimento, que se apresentam em ligação funcional com um contrato, mas sem integrar a sua estrutura bilateral – Sousa Ribeiro, obra citada, p. 172).

⁶ Ac. STJ de 06/12/2001, no Proc. 3784/01 da 7ª secção (relator Quirino Soares).

⁷ Ac. STJ de 04/12/97, no Proc. 838/97 da 2ª secção (relator Nascimento Costa).

⁸ Publicada no Jornal Oficial nº L 95/29, de 21 de Abril de 1993.

⁹ *Cfr.* para um mais exaustivo estudo da Diretiva 93/13/CEE e do respectivo processo de transposição Almeno de Sá, “Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas”, 2ª edição, Coimbra, 2001, p. 17 a 43.

¹⁰ Ac. STJ de 25/01/99, no Proc. 835/98 da 2ª secção (relator Costa Soares).

¹¹ No sentido de que a ordem de transferência de fundos em contrato de depósito não está sujeita ao regime das C. C. G. por se não tratar de um contrato mas de um ato de execução de contrato, pode ver-se o Ac. STJ de 13/03/2003, no Proc. 215/03 da 2ª secção (relator Loureiro da Fonseca).

¹² Aí se dizia que o regime das cláusulas contratuais gerais não era aplicável a cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada.

¹³ Ac. STJ de 08/03/2001, no Proc. 5/01 da 7ª secção (relator Oliveira Barros). Em sentido contrário – de que na redação original do Dec.-lei 446/85 o regime das C.C.G. não se aplica às cláusulas aprovadas pelo Instituto de Seguros de Portugal – Ac. STJ de 23/11/99, no Proc. 730/99 da 1ª secção (relator Ribeiro Coelho). Também diversamente decidiu-se no Ac. STJ de 28/01/2003, no

Proc. 3471/02 da 6ª secção (relator Ponce de Leão), que as disposições do Regulamento do Serviço Telefónico Público – Anexo ao Dec.-lei 199/87, de 30 de abril, não são cláusulas contratuais gerais a que se possa aplicar o respectivo regime jurídico.

¹⁴ Acs. STJ de 02/06/99, no Proc. 322/99 da 2ª secção (relator Moura Cruz); de 23/11/99, no Proc. 736/99 da 1ª secção (relator Ferreira Ramos); de 15/05/2001, no Proc. 3156/00 da 1ª secção (relator Reis Figueira).

¹⁵ Ac. STJ de 11/01/2005, no Proc. 4171/04 da 6ª secção (relator Ponce de Leão).

¹⁶ Joaquim Sousa Ribeiro, obra citada, p. 173.

¹⁷ Almeno Sá, obra citada, p. 212.

¹⁸ *Cfr.* Acs. STJ de 06/05/93, in CJSTJ Ano I, 2, p. 90 (relator Figueiredo de Sousa); e de 23/09/98, no Proc. 576/98 da 1ª secção (relator Ferreira Ramos).

¹⁹ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, “Cláusulas Contratuais Gerais”, Coimbra, 1990, p. 23.

²⁰ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, obra citada, p. 25. Esta obrigação é cumprida ainda que a cláusula conste de documentos redigidos em língua francesa, de compreensão fácil, auxiliada no processo por uma tradução (Ac. STJ de 24/02/2000, no Proc. 999/99 da 2ª secção (relator Roger Lopes)).

²¹ No que concerne a condições gerais de utilização de cartão de crédito, ver Ac. STJ de 19/03/2002, no Proc. 449/02, da 2ª secção (relator Moitinho de Almeida).

²² Proc. nº 877/99 da 1ª secção (relator Ribeiro Coelho).

²³ De forma algo inusitada, entendeu-se no Ac. STJ de 23/11/99 (Proc. 730/99 da 1ª secção – relator Ribeiro Coelho) que “é ao segurado, enquanto titular do direito, que compete o ónus da prova da falta de informação, como fato impeditivo da aplicação de uma cláusula”.

²⁴ Acs. STJ de 09/10/2003, no Proc. 1384/03 da 7ª secção (relator Araújo Barros); de 24/02/2005, no Proc. 4826/04 da 7ª secção (relator Araújo Barros).

²⁵ Ac. STJ de 13/01/2005, no Proc. 3874/04 da 2ª secção (relator Ferreira Girão).

²⁶ Ac. STJ de 15/03/2005, no Proc. 282/05 da 2ª secção (relator Moitinho de Almeida).

²⁷ Ac. STJ de 12/12/2002, no Proc. 3692/02 da 6ª secção (relator Silva Salazar).

²⁸ Ac. STJ de 20/06/2002, no Proc. 1814/02 da 2ª secção (relator Abel Freire).

²⁹ Ac. STJ de 25/11/2004, no Proc. 3806/04 da 7ª secção (relator Salvador da Costa).

³⁰ Acs. STJ de 15/05/2001, no Proc. 897/01 da 1ª secção (relator Garcia Marques); e de 09/10/2003, no Proc. 1384/03 da 7ª secção (relator Araújo Barros).

³¹ Acs. STJ de 26/11/2002, no Proc. 3560/02 da 6ª secção (relator Ponce de Leão); de 05/12/2002, no Proc. 831/02 da 2ª secção (relator Loureiro da Fonseca); e de 17/02/2005, no Proc. 4788/04 da 2ª secção (relator Noronha Nascimento).

³² Ac. STJ de 04/11/2004, no Proc. 3062/04 da 7ª secção (relator Araújo Barros).

³³ Ac. STJ de 05/12/2002, no Proc. 831/02 da 2ª secção (relator Loureiro da Fonseca).

³⁴ Ac. STJ de 17/02/2005, no Proc. 4788/04 da 2ª secção (relator Noronha Nascimento).

³⁵ Ac. STJ de 02/11/2004, no Proc. 2982/04 da 1ª secção (relator Moreira Camilo).

³⁶ Ac. STJ de 27/05/2004, no Proc. 1563/04 da 1ª secção (relator Faria Antunes).

³⁷ Ac. STJ de 08/07/2003, no Proc. 1832/03 da 7ª secção (relator Araújo Barros).

³⁸ Ac. STJ de 26/11/2002, no Proc. 3560/02 da 6ª secção (relator Afonso de Melo).

³⁹ Ac. STJ de 12/01/99, no Proc. 363/98 da 1ª secção (relator Armando Lourenço).

⁴⁰ BMJ nº 445, p. 519 (relator Miranda Gusmão). Esta decisão poderia ter sido citada no local em que se referiram os deveres de comunicação e de informação.

⁴¹ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, obra citada, p. 39.

⁴² Ac. STJ de 20/06/2000, no Proc. 1722/00 da 1ª secção (relator Lemos Triunfante).

⁴³ Acs. STJ de 21/05/98, no Proc. 403/98 da 2ª secção (relator Sousa Inês); de 15/12/98, no Proc. 1090/98 da 1ª secção (relator Garcia Marques); e de 31/05/2001, no Proc. 1133/02 da 7ª secção (relator Sousa Inês).

⁴⁴ Ac. STJ de 20/06/95, *in* CJSTJ Ano III, 2, p. 136 (relator Pais de Sousa).

⁴⁵ Ac. STJ de 27/04/99, no Proc. 258/99 da 1ª secção (relator Lopes Pinto).

⁴⁶ Ac. STJ de 20/01/99, no Proc. 1106/98 da 2ª secção (relator Pereira da Graça).

⁴⁷ Acs. STJ de 19/03/98, no Proc. 591/96 da 2ª secção (relator Matos Namora); de 13/12/2000, no Proc. 3135/00 da 1ª secção (relator Lemos Triunfante); e de 18/03/2003, no Proc. 654/03 da 6ª secção (relator Afonso de Melo).

⁴⁸ Ac. STJ de 02/05/2002, no Proc. 1133/02 da 7ª secção (relator Sousa Inês).

⁴⁹ Acs. STJ de 16/05/2000, no Proc. 285/00 da 2ª secção (relator Ferreira de Almeida); de 11/01/2001, no Proc. 3622/01 da 7ª secção (relator Dionísio Correia); de 01/02/2001, no Proc. 3137/00 da 7ª secção (relator Óscar Catrola); de 03/10/2002, no Proc. 1499/02 da 7ª secção (relator Araújo Barros); de 15/12/2002, no Proc. 3629/02 da 1ª secção (relator Reis Figueira); e de 03/06/2003, no Proc. 2973/02 da 1ª secção (relator Pinto Monteiro);

⁵⁰ Ac. STJ de 08/05/2001, no Proc. 543/01 da 1ª secção (relator Pinto Monteiro).

⁵¹ Ac. STJ de 18/01/2005, no Proc. 1071/04 da 1ª secção (relator Moreira Alves).

⁵² Ac. STJ de 01/10/2002, no Proc. 1830/02 da 1ª secção (relator Ferreira Ramos).

⁵³ Ac. STJ de 13/12/98, no Proc. 952/98 da 1ª secção (relator Afonso de Melo).

⁵⁴ Ac. STJ de 11/04/2002, no Proc. 812/01 da 2ª secção (relator Moitinho de Almeida).

⁵⁵ Ac. STJ de 23/11/2000, no Proc. 3004/00 da 7ª secção (relator Sousa Inês).

⁵⁶ Ac. STJ de 13/12/2000, no Proc. 2583/00 da 2ª secção (relator Abílio Vasconcelos).

⁵⁷ Ac. STJ de 11/10/2001, no Proc. 2593/01 da 6ª secção (relator Silva Paixão). No mesmo sentido, Ac. STJ de 16/03/2000, no Proc. 1126/00 da 7ª secção (relator Sousa Dinis).

⁵⁸ Acs. STJ de 23/11/99, *in* BMJ nº 491, pag. 241 (relator Garcia Marques); e de 14/02/2002, no Proc. 4301/01 da 2ª secção (relator Ferreira de Almeida). Não concordo, embora com diversos fundamentos, com a solução a que neste aresto se chegou: entendo que o risco da emissão e utilização do cartão de crédito – nos casos em que não exista culpa do utilizador – terá de correr por conta do respectivo emissor.

⁵⁹ Acs. STJ de 17/06/99, no Proc. 327/99 da 2ª secção (relator Abílio Vasconcelos); e de 16/03/2000, no Proc. 1126/00 da 7ª secção (relator Sousa Dinis).

⁶⁰ Ac. STJ de 19/11/2002, no Proc. 3269/02 da 6ª secção (relator Azevedo Ramos).

⁶¹ Ac. STJ de 13/01/2005, no Proc. 3930/04 da 2ª secção (relator Abílio Vasconcelos).

⁶² Acs. STJ de 23/11/99, no Proc. 736/99 da 1ª secção (relator Ferreira Ramos); e de 23/09/2003, no Proc. 2357/03 da 2ª secção (relator Abílio Vasconcelos).

⁶³ Ac. STJ de 13/01/2005, no Proc. 196/04 da 7ª secção (relator Pires da Rosa).

- ⁶⁴ Ac. STJ de 08/03/2001, no Proc. 5/01 da 7ª secção (relator Oliveira Barros).
- ⁶⁵ Ac. STJ de 14/12/2004, no Proc. 4064/04 da 1ª secção (relator Reis Figueira).
- ⁶⁶ Ac. STJ de 15/05/2001, no Proc. 3156/00 da 1ª secção (relator Reis Figueira).
- ⁶⁷ Ac. STJ de 22/11/2001, no Proc. 3316/01 da 7ª secção (relator Sousa Inês).
- ⁶⁸ Ac. STJ de 06/05/03, *in* CJSTJ Ano I, 2, p. 90 (relator Figueiredo de Sousa).
- ⁶⁹ Ac. STJ de 02/11/2004, no Proc. 2905/04 da 6ª secção (relator Salreta Pereira).
- ⁷⁰ Ac. STJ de 06/12/2001, no Proc. 3332/01 da 2ª secção (relator Duarte Soares).

A ABUSIVIDADE
NA QUESTÃO DA
CORRETAGEM NA
VENDA DE IMÓVEIS
PELAS CONSTRUTORAS:
ANÁLISE DOUTRINÁRIA E A
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

RIZZATTO NUNES*

Mestre e doutor em Filosofia do Direito e livre-docente em Direito do
Consumidor (PUC/SP)

EXCERTOS

“Regulamentado expressamente no CDC, o chamado contrato de adesão tem esse nome pelo fato de que suas cláusulas são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor, cabendo ao consumidor aquiescer a seus termos, aderindo a ele”

“Um dos conceitos estabelecidos na lei, e que importa para o tema, é o de desvantagem exagerada: é a própria norma do art. 51 que, no § 1º, define o conceito, ao regular o que entende por vantagem exagerada a favor do fornecedor”

“O princípio da boa-fé, apesar de estar inserido no rol das cláusulas abusivas do art. 51, é verdadeira cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo”

“A operação casada ilegal se dá quando o vendedor exige do consumidor que quer adquirir um produto que ele, obrigatoriamente, adquira outro que não precisaria (o mesmo se dá com os serviços)”

“A taxa de corretagem não pode ser repassada ao consumidor-comprador nem por cláusula contratual nem por informação feita na oferta de venda”

*** Outras qualificações do autor**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado), escritor, jurista e advogado. É professor universitário há mais de trinta e quatro anos. Fez sua carreira acadêmica na PUC/SP.

O tema deste artigo é a questão da cobrança e pagamento da taxa de corretagem na venda de imóveis feito por construtoras, assim como também da cobrança da taxa pelo “serviço de assessoria técnico-imobiliária”, mais conhecida pela sigla SATI. O assunto é típico de consumo e demanda uma análise da legislação.

O imbróglio envolve a cobrança feita pelas construtoras ao comprador do percentual pago ao corretor de imóveis que intermedeia a venda. O valor tem sido cobrado com ou sem aviso prévio e com ou sem inserção no compromisso ou contrato de compra e venda. Além disso, a mesma sistemática de cobrança tem sido utilizada para exigir do comprador o pagamento de uma taxa pela tal assessoria SATI e, do mesmo modo, com ou sem aviso prévio e com ou sem inserção no compromisso ou contrato de compra e venda.

Os casos que envolvem cobrança de ambas as taxas sem aviso prévio e sem inserção em documentos de negociação eu deixarei de lado, dado o evidente abuso. Cuidarei dos demais, isto é, quando há prévio aviso ou inserção em documentos de negociação. Para tanto, farei um rápido apanhado das regras que envolvem o caso vigentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90 – CDC).

Contrato de adesão

Regulamentado expressamente no CDC, o chamado contrato de adesão tem esse nome pelo fato de que suas cláusulas são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor, cabendo ao consumidor aquiescer a seus termos, aderindo a ele.

Essa forma de contrato é típica das sociedades capitalistas, o que gerou a utilização dos contratos-formulário, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa. São contratos que acompanham a produção. Ambos – produção e contratos – são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que, caso queira ou precise adquirir o produto ou o serviço oferecido, só tem como alternativa aderir às disposições pré-estipuladas.

Daí não ter qualquer sentido falar-se em *pacta sunt servanda*, que pressupõe autonomia da vontade no contratar e no discutir o conteúdo das cláusulas. No contrato de adesão não há autonomia¹. Ele está previsto no *caput* do artigo 54 do CDC, que dispõe:

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Cláusula abusiva

Além disso, e também por causa disso, o CDC estabeleceu que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas, conforme retratado no seu artigo 51. Para aquilo que nos interessa, basta a leitura do inciso IV e do § 1º da referida norma:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

Examinemos os pontos de relevo que afetam o tema em análise.

A disposição da primeira parte do inciso IV aponta iniquidade, que é o oposto de equidade, literalmente². Por isso é dispositivo redundante na proposição, que termina falando de equidade, algo que comentarei na sequência.

Um dos conceitos estabelecidos na lei, e que importa para o tema, é o de desvantagem exagerada: é a própria norma do art. 51 que, no § 1º, define o conceito, ao regular o que entende por vantagem exagerada a favor do fornecedor. Anoto que a redação desse § 1º, desde logo, aponta seu caráter exemplificativo, por se utilizar da expressão “entre outros casos” e falar em presunção (“presume-se”). Trata-se de presunção relativa, que admite prova em contrário do fornecedor, que deve ser levada em consideração pelo magistrado no exame do caso concreto.

Já a redação do inciso I do mesmo § 1º ensina que é exagerada a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence – nos vários subsistemas jurídicos. E como “sistema” de proteção ao consumidor há que entender todas as normas, além da Lei 8.078, que atingem e regulam as relações de consumo, tais como a Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), a Lei Delegada (Lei 4/62), a Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei 8.137/90), a Lei de Plano e Seguro-Saúde (Lei 9.656/98), entre outras. E a onerosidade excessiva para o consumidor (inciso III) está ligada ao princípio da equivalência contratual, que há de ter vigência no cumprimento das regras contratuais.

Releva também apontar que a segunda parte da regra do inciso IV diz que a cláusula é abusiva quando seja incompatível “com a boa-fé ou a equidade”. O princípio da boa-fé, apesar de estar inserido no rol das cláusulas abusivas do art. 51, é verdadeira cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo. Esse princípio vai exigir, portanto, sua verificação em todo e qualquer contrato, funcionando como determinação ao intérprete:

“A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir.”³

Dessa maneira, percebe-se que a cláusula geral de boa-fé permite que o juiz crie uma norma de conduta para o caso concreto, atendo-se sempre à realidade social, o que nos remete à questão da equidade, prevista na redação do final da norma. E, como a equidade é posta na condição de cláusula geral, funciona como princípio de igualdade contratual, determinando que o intérprete busque encontrar e manter as partes em equilíbrio na relação obrigacional estabelecida, com o fim de alcançar uma justiça contratual.

Informação e oferta

No presente assunto, há ainda uma questão que envolve a oferta e a informação que é, pelo que penso, um sofisma. Pergunto: para poder cobrar basta informar previamente? Respondo a seguir. Primeiramente, examinemos o que diz a lei sobre a oferta.

No regime da Lei 8.078/90 toda oferta relativa a produtos e serviços *vincula* o fornecedor ofertante, obrigando-o ao cumprimento do que oferecer. É o que dispõe seu artigo 30, nesses termos:

“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

Oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculado, podendo o consumidor exigir seu cumprimento forçado nos termos do art. 35⁴.

Além disso, o *caput* do artigo 31 especifica quais e como devem ser as informações veiculadas, *verbis*:

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, 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.”

No entanto, e respondendo à questão acima, digo que não é verdade que basta anunciar previamente para que a oferta tenha validade jurídica. Dou um exemplo simples: é muito comum que os estabelecimentos comerciais anunciem que não fazem trocas aos sábados. Trata-se de uma oferta negativa. Todavia, de há muito que se sabe que essa oferta é abusiva, pois há consumidores que somente podem comparecer ao estabelecimento aos sábados, tornando-as ilegítimas (além de claramente antipática). Dá-se o mesmo nas ofertas casadas ilegais. Não é porque elas estejam estabelecidas clara e previamente que têm validade.

Operação casada

Há, ainda, nesse tema, uma outra prática ilegal relativa à venda casada, prática proibida pelo CDC, nesses termos:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”

Apesar disso, consigno, antes de prosseguir, que nem toda venda casada está proibida e até ao contrário: há várias permitidas e legítimas e algumas que somente podem ser oferecidas em conjunto. Dentre elas, cito o “pacote” de viagem oferecido por operadoras e agências de viagem e o comerciante que pode se negar a vender apenas a calça do terno, por motivos óbvios. Não é também proibido fazer ofertas do tipo “compre este e ganhe aquele”. O

mercado cria, desenvolve e oferece produtos e serviços que somente podem ser oferecidos em conjunto. Nesses casos, não há que se falar em operação casada, pois se trata de verdadeiros pacotes legais que não podem ser separados sem que haja uma violação de sua natureza.

O que não pode o fornecedor fazer é impor a aquisição conjunta de produtos e serviços que tem características próprias de vendas isoladas, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual, sem oferecer a alternativa simultânea (ainda que mais cara) de aquisição isolada.

A operação casada ilegal se dá quando o vendedor exige do consumidor que quer adquirir um produto que ele, obrigatoriamente, adquira outro que não precisaria (o mesmo se dá com os serviços). Algumas dessas operações são bem conhecidas. Entre elas estão certas imposições feitas por bancos para abrir conta ou oferecer crédito, como, por exemplo, somente dar empréstimos se o consumidor fizer algum tipo de investimento.

Conclusão provisória

Por tudo quanto exposto até aqui, vê-se que a imposição de pagamento ao consumidor-comprador da taxa de corretagem e também da taxa SATI:

- a) viola o princípio da boa-fé objetiva, que determina a realização concreta da igualdade e equilíbrio (a justiça contratual);
- b) estando num contrato, trata-se de cláusula abusiva, nula de pleno direito, por implicar vantagem exagerada a favor do vendedor;
- c) oferecida como venda casada configura prática abusiva;
- d) ainda que informada previamente, não tem o condão de legitimar a cobrança.

Custo da atividade pode ser repassado?

Antes de concluir, é preciso abordar outro ponto de vista: o daqueles que argumentam que o valor da taxa de corretagem, por fazer parte do custo da atividade da construtora, pode ser repassada ao consumidor-comprador. Esse foi o entendimento adotado, por exemplo, por juizados especiais de São Paulo⁵.

No entanto, penso que o argumento não se sustenta, pelo seguinte: não é verdade que todo e qualquer custo pode ser repassado ao consumidor, de forma separada. Veja-se, por exemplo, o caso de um simples vendedor

comissionado de uma loja de roupas. O estabelecimento comercial não pode cobrar o preço da camisa e acrescer o valor da comissão do vendedor, apesar disso ser custo de sua atividade. É apenas um exemplo de muitos outros, uma vez que, naturalmente, toda ação empresarial envolve uma série de custos típicos de cada uma e própria atividade.

Na realidade, repassar o custo da corretagem ao consumidor-comprador é o mesmo que repassar ao preço de uma camisa a comissão do vendedor, como acima anotei.

No regime da
Lei 8.078/90 toda
oferta relativa a
produtos e serviços
vincula o fornecedor
ofertante,
obrigando-o ao
cumprimento do
que oferecer

Trata-se de uma simples questão de formação do preço. O empresário pode fixá-lo em quanto quiser. Para tanto, ele usará como base seu custo de produção, tais como os salários dos empregados, os impostos em geral, o custo de aluguel e dos serviços necessários para o funcionamento do estabelecimento, como água, energia elétrica, gás etc., os juros que ele paga ao banco, quando toma empréstimo para capital de giro ou outro interesse, o preço de aquisição dos produtos quando se tratar de revenda, o preço dos insumos quando se trata de produção própria etc.

Daí, quando uma construtora fixa o valor de um imóvel, já computou todos os custos da operação, o que, obviamente, inclui o custo da taxa de corretagem pela venda a ser feita, do mesmo modo como o lojista com seus vendedores, as administradoras de consórcios com seus operadores, as agências de viagens com seus agentes, as seguradoras com seus corretores etc. E inclui também o custo das despesas com avaliações de documentos e assessoria financeira, a chamada taxa SATI. Os vendedores dizem que esse serviço é composto da análise da documentação do imóvel e dos compradores, de pesquisa feita perante os bancos, de orientação quanto a financiamento, de assessoria para assinatura dos contratos etc.

Ora, trata-se de serviço típico da própria atividade de venda do imóvel. Ele é prestado como forma de articular e possibilitar a venda ao consumidor, por intermédio dos representantes das construtoras ou vendedores, que aguardam os consumidores nos estandes ou mesmo nos escritórios. Do mesmo modo que a intermediação do corretor, esse tipo de serviço (feito diretamente pelo vendedor ou por terceiro) é típico da atividade e, seguindo o mesmo padrão acima apresentado, é parte integrante do custo do negócio. Envolve também o risco natural da operação a ser feita com o consumidor que se apresenta como comprador. Compõe, portanto, o custo básico embutido no preço do imóvel.

Conclusão

Muito bem. Dito isso, devo dizer, pelo que penso, conforme acima adiantei, que a taxa de corretagem não pode ser repassada ao consumidor-comprador nem por cláusula contratual nem por informação feita na oferta de venda. E, decorrente disso, não pode também ser imposta via operação casada. Penso que o destino é o mesmo em relação ao serviço de assessoria técnico-imobiliária (indicada pela sigla SATI).

Jurisprudência

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido nesse sentido. Cito como exemplo, e por todos, trechos de uma decisão da 7ª Câmara de Direito Privado⁶:

“A Apelante não teve liberdade sobre a contratação desses serviços (SATI e corretagem), tendo aparentemente sido informada do seu pagamento apenas após o fechamento do contrato de compra e venda do imóvel. A imposição das remunerações por esses serviços configura efetivamente ‘venda casada’ (art. 39 I CDC) e também por essa razão devem os valores de SATI e corretagem serem reembolsados.”

“Concebendo-se ‘causa’ como ‘a função econômico-social que caracteriza o tipo [contratual]’ e que, ‘sendo diferente para cada tipo de negócio, serve para diferenciar um tipo de outro’ (Maria Celina Bodin de Moraes, ‘A Causa do Contrato’, *civilistica.com*, n. 4, ano 2, 2013, p. 8), entendo que as funções atribuídas ao SATI e a corretagem não se distinguem da mera representação da vendedora, descabendo remuneração autônoma.”

Quanto ao SATI, a vendedora diz, em contestação, que ele abrange “análise da documentação do imóvel, dos vendedores e dos compradores”, “pesquisa junto aos bancos”, “assessoria na assinatura do compromisso de venda e compra” e “orientação sobre as normas do SFH”.

“A prestadora do SATI, porém, encontrava-se no plantão de vendas a pedido da própria vendedora, circunstância que faz presumir que os documentos do imóvel e da vendedora já haviam sido analisados e que o verdadeiro interesse é da vendedora na análise dos documentos da compradora.”

“A pesquisa junto aos bancos igualmente interessa somente à vendedora, à medida que se torna credora da compradora. A ‘assessoria na assinatura do

compromisso de venda e compra' é o próprio objeto do negócio e equivale a tautologia, pois SATI é o acrônimo de serviço de assessoria técnica-imobiliária.”

“As orientações sobre o SFH tampouco justificam um negócio a parte, à medida que as regras do SFH são explicadas pelo próprio agente financiador, restando dispensável o serviço.”

“O SATI confunde-se, assim, com o mero atendimento de representantes da vendedora à compradora, não tendo causa distinta do negócio de compra e venda, o que solapa a causa de um negócio autônomo, com preço diferente.”

“Sobre a corretagem, pode-se dizer o mesmo. Da sua definição legal, depreende-se que a corretagem pressupõe a aproximação de partes do negócio. No caso dos autos, a Apelante vai ao encontro da vendedora, no plantão de vendas, o que dispensa a necessidade da corretagem e afasta a justificativa de cobrança de remuneração.”

No referido acórdão, o relator desembargador Luiz Antonio Costa enumera uma série de decisões das demais câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que consideram que a cobrança da SATI e da taxa de corretagem é abusiva e que transcrevo a seguir:

1ª Câmara: Apelação n. 0010430-78.2013.8.26.0576, Rel. Des. Claudio Godoy, j. em 14.01.2014;

2ª Câmara: Apelação n. 0011018-70.2011.8.26.0248, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. em 21.01.2014;

3ª Câmara: Apelação n. 0025472-74.2012.8.26.0004, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. em 21.01.2014;

4ª Câmara: Apelação n. 0001547-42.2008.8.26.0472, Rel. Des. Fábio Quadros, j. em 12.12.2013;

6ª Câmara: Apelação n. 0025273-51.2012.8.26.0554, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 16.01.2014;

7ª Câmara: Apelação n. 0191817-04.2010.8.26.0100, Rel. Des. Walter Barone, j. em 30.10.2013;

8ª Câmara: Apelação n. 0036270-90.2013.8.26.0576, Rel. Des. Salles Rossi, j. em 18.12.2013;

9ª Câmara: Apelação n. 1007562-83.2013.8.26.0100, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. em 03.12.2013;

10ª Câmara: Apelação n. 0113205-18.2011.8.26.0100, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 26.11.2013.”

Notas

¹ Há, no CDC, uma sutil exceção, prevista na segunda parte da redação do inciso I do art. 51, que dispõe: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. Para esses casos em que o consumidor seja uma pessoa jurídica, que disponha de departamento profissional – comercial, jurídico, financeiro etc. – que permita uma verdadeira negociação com o fornecedor em termos técnicos e jurídicos, pode ser firmado um típico contrato negociado com, inclusive, limitação da responsabilidade. Não comentarei esse ponto, pois não interessa ao tema deste artigo.

² “Iniquidade” vem do latim *iniqutate*, e “equidade” tem origem no latim *aequitate* (cf. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, cit., p. 948 e 675, respectivamente).

³ Agathe Schmidt, “Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo”, *Revista Direito do Consumidor*, 17:156.

⁴ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

⁵ Conf. Migalhas de 27-8-14: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI206575,71043-Corrctagem+faz+parte+dos+custos+da+operacao+e+pode+ser+exigida+de>

⁶ Apelação 1035551-64.2013.8.26.0100 da comarca de São Paulo. Relator desembargador Luiz Antonio Costa, j.19-8-2014, publ. 21-8-2014, v.u.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA*

ANTONIO MARTÍN LEÓN

Profesor de Derecho Civil. Universidad de Granada (España)

EXCERTOS

“La transparencia exige que el consumidor conozca la carga económica que supone el contrato en su conjunto, por lo que el empresario debe redactar el clausulado predispuesto de modo que dicha carga no resulte subrepticamente alterada”

“Los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario son los que derivan de todos aquellos actos que debe realizar el vendedor, de manera unilateral, para cumplir con su obligación de entregar la cosa vendida, es decir, aquéllos que debe realizar antes de otorgar la escritura pública de venta”

“Un sector doctrinal considera también abusivas cláusulas más sutiles, que aparentemente conceden plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo”

“Deben considerarse abusivas las cláusulas que incrementen el precio ofertado con gastos que son necesarios para el cumplimiento íntegro de la prestación con arreglo a lo pactado, es decir, aquéllas que repercutan al comprador, al margen del precio final, los gastos propios de la ejecución de la obra o los de acceso a suministros generales de la vivienda”

“La reserva del promotor de la facultad de modificación unilateral del contrato, alterando el proyecto de obra o la memoria de calidades, sólo será válida en caso de circunstancias imprevisibles, ajenas a su ámbito de control y que determinen alteraciones de escasa entidad”

1. Introducción

El contrato de compraventa de vivienda no está sujeto a una regulación especial en el Derecho español. Nuestro legislador considera que en la compraventa de vivienda concurren las notas caracterizadoras de toda compraventa y que la particularidad del objeto sobre el que recae –una vivienda– no altera en modo alguno las características esenciales de esta modalidad contractual. En consecuencia, es un contrato consensual, obligacional (no directamente traslativo), bilateral y oneroso: se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces obliga al vendedor a la entrega del inmueble y al comprador al pago del precio; no obstante, en virtud de la teoría del título y el modo, la propiedad no se transmite sino cuando el contrato vaya seguido de la tradición o entrega de la cosa vendida. Conviene destacar que la compraventa de vivienda suele frecuentemente realizarse sobre plano, es decir, recae sobre un inmueble en construcción o meramente proyectado. No obstante, con carácter general, nuestro Derecho admite la validez de la venta de cosa futura en cualquiera de sus dos tradicionales modalidades de venta de cosa esperada (*emptio res speratae*) y venta de esperanza (*emptio spei*). La venta de un piso a construir o en construcción encaja en la primera modalidad (venta de cosa esperada), por lo que se trata de un contrato oneroso, conmutativo y sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue efectivamente a existir, pues, si la condición no se cumple, el comprador no tendría la obligación de pagar el precio.

Por otra parte, la compraventa de consumo puede recaer sobre bienes inmuebles a pesar de que el art. 3 TRLGDCU [Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios] prescinda de aludir a dichos bienes cuando proporciona el concepto de consumidor a efectos legales¹. La mención específica de los bienes inmuebles a la hora de definir al consumidor fue suprimida al ser considerada innecesaria o superflua. El propio texto legal confirma esta interpretación, pues admite la posible existencia de cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas (art. 89.3 TRLGDCU)².

Por otra parte, el particular debe adquirir la vivienda de un empresario y actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (arts. 2 y 3 TRLGDCU). Es decir, el particular debe comprar la vivienda para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas³. Si el particular comprase la vivienda para reintroducirla en el mercado, esto es, para revenderla, la compraventa quedaría fuera del ámbito de aplicación del TRLGDCU⁴.

En la práctica del mercado inmobiliario, los contratos de compraventa de vivienda (con independencia de que sea sobre plano, en construcción

o ya terminada) son contratos con condiciones generales impuestas por el promotor inmobiliario a los compradores, y, en algunos casos, contratos con cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente, aunque no generales⁵. En cualquier caso, son contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido elaborado previa y unilateralmente por el promotor, sin que el comprador haya tenido ninguna oportunidad de influir en su redacción⁶. Este tipo de contratación (con cláusulas predispuestas o con condiciones generales de la contratación) genera el riesgo típico de que el promotor, a la hora de redactar el contrato, sólo tenga en consideración sus intereses y expectativas, haciendo abstracción de los del consumidor. Es más, el mercado inmobiliario es uno de los ámbitos donde mayor difusión alcanzan las condiciones generales o las cláusulas predispuestas. La compra de la propia vivienda constituye la

La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparencia

operación de mayor trascendencia económica en la vida del consumidor, por ello necesita ser protegido de aquellas cláusulas predispuestas que, por ejemplo, suponen la fijación de un precio final más elevado que el inicialmente estipulado, repercuten al consumidor gastos e impuestos, facultan al promotor para modificar unilateralmente el proyecto de obra o imponen al consumidor renuncias a derechos legalmente reconocidos.

Para determinar el carácter abusivo o no de una cláusula no negociada individualmente, el TRLGDCU combina dos sistemas. En primer lugar, establece una cláusula general de abusividad, en cuya virtud se consideran abusivas aquellas cláusulas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1). En segundo lugar, para facilitar la identificación de las cláusulas abusivas, contiene un listado o elenco de específicas cláusulas que se tienen por abusivas (arts. 85 a 90). Además, aunque la posible abusividad de una cláusula por defecto de transparencia no se contempla expresamente en el citado art. 82.1, se estima que dicha consecuencia deriva de la contravención de la buena fe que ha de informar la conducta de las partes⁷. Partiendo de estas premisas, lo más adecuado metodológicamente es comenzar comprobando si una determinada cláusula encaja en alguno de los supuestos específicos contenidos en las listas de los arts. 85 a 90 TRLGDCU y, en caso negativo, recurrir a la cláusula general que pretende abarcar los casos no expresamente contemplados.

2. Cláusulas expresa y específicamente configuradas como abusivas en la compraventa de vivienda: la imposición de gastos al consumidor que por ley corresponden al empresario (art. 89.3 TRLGDCU)

El art. 89.3 TRLGDCU enumera una serie de cláusulas relativas a imposición de gastos que son abusivas, en todo caso (lista negra), en la compraventa de viviendas⁸. La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparencia. En efecto, la transparencia exige que el consumidor conozca la carga económica que supone el contrato en su conjunto, por lo que el empresario debe redactar el clausulado predispuesto de modo que dicha carga no resulte subrepticamente alterada⁹.

El art. 89.3 TRLGDCU contiene una prohibición general sobre la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario y una serie de concreciones, desglosadas en cuatro apartados, a), b), c) y d). Analicemos por separado cada una de estas concreciones:

– “*La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)*” (art. 89.3.a TRLGDCU)

Los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario son los que derivan de todos aquellos actos que debe realizar el vendedor, de manera unilateral, para cumplir con su obligación de entregar la cosa vendida, es decir, aquéllos que debe realizar antes de otorgar la escritura pública de venta¹⁰. La enumeración de gastos del art. 89.3.a) no es exhaustiva sino simplemente ejemplificativa. Podrá comprender también otros gastos tales como los de agrupación, segregación, operaciones reparcelatorias, cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación, primas de seguros sobre el inmueble satisfechas antes del acto traslativo, constitución del régimen de propiedad horizontal, gastos de comunidad anteriores a la transmisión y gastos de constitución de los avales o garantías de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta del precio en virtud de la Ley 57/1968¹¹.

Uno de los supuestos más relevantes del art. 89.3.a) TRLGDCU es el relativo a los gastos de constitución y cancelación de las hipotecas concertadas por el promotor. La jurisprudencia introdujo la distinción entre la hipoteca

constituida para financiar la construcción y la hipoteca constituida para financiar el precio de la adquisición. En el primer caso, la hipoteca se constituye en interés del vendedor y se declara abusiva la repercusión de los gastos asociados a su constitución (aranceles notariales y registrales, impuestos, tasación, etc.) sobre el comprador¹². Se reputa también abusiva la cláusula que impone al comprador los gastos de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción¹³. Conviene hacer notar que las cláusulas proscritas *ex art.* 89.3.a) son las relativas a hipotecas constituidas por el promotor para financiar la construcción, por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos préstamos hipotecarios suscritos por el promotor para financiar la adquisición del inmueble por el comprador¹⁴. No obstante, se debe indagar si la causa del préstamo hipotecario cuya comisión se impone ha sido realmente financiar la adquisición, o si con esta fórmula se disimula la imposición de los gastos de cancelación de un préstamo cuya verdadera causa fue la de financiar la construcción¹⁵.

Respecto de los gastos de otorgamiento de la escritura pública, la referencia que hace el actual art. 89.3 TRLGDCU a la “ley”, en lugar de a la “ley imperativa” (mención que contenía el antiguo número 22 de la Disposición Adicional 1. LGDCU), hace surgir la duda de si la distribución de gastos que realiza el art. 1455 CC (los gastos de otorgamiento de la escritura pública corresponden al vendedor, y los de primera copia y posteriores al comprador, salvo pacto en contrario) se hace imperativa en los contratos con consumidores¹⁶. La actual remisión a la “ley”, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar el carácter abusivo, en todo caso, de la cláusula que impusiere el pago de los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador¹⁷. No obstante, es realmente llamativo que en el elenco de gastos enumerados en el art. 89.3.a) TRLGDCU nada se diga acerca de la repercusión de los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador¹⁸. La mayoría de la doctrina considera que la validez de la cláusula que impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador depende de que éste la haya consentido por haberla conocido y valorado. Esta cláusula puede ser abusiva cuando por un defecto de transparencia en su predisposición pasa inadvertida para el comprador, suponiendo una alteración subrepticia del acuerdo económico de las partes¹⁹. Los gastos de inscripción de la vivienda en el Registro de la Propiedad, en cuanto que posteriores a la venta, serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario.

– *“La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación”* (art. 89.3.b TRLGDCU)

El art. 89.3.b) declara la nulidad por abusiva de la cláusula que impone la subrogación del comprador y, en su caso, de la pena prevista para el caso de no hacerlo. Dicho precepto se refiere claramente a la hipoteca del promotor, es decir, la constituida por éste en su propio interés y en garantía del préstamo para financiar la construcción. La cláusula que obliga al comprador, sin otra alternativa, a subrogarse en la hipoteca del empresario es abusiva en tanto que le impone el pago de la comisión de cancelación en caso de concertar una nueva hipoteca con otra entidad financiera²⁰.

No obstante, la cláusula de subrogación en la hipoteca puede adquirir legitimación cuando haya sido individualmente negociada²¹. También se admitirá la cláusula de subrogación cuando no obligue al consumidor, sino que sea configurada como una libre opción para financiar la adquisición. La cláusula que permite al comprador elegir entre subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción o concertar una hipoteca con otra entidad, debiendo en este último caso satisfacer la comisión de cancelación del primitivo préstamo hipotecario, no es lícita: su licitud exigiría de una alternativa entre subrogarse o suscribir un préstamo hipotecario con otra entidad, sin coste alguno de cancelación para el comprador si optase por lo segundo²².

La cláusula de subrogación en la hipoteca puede adquirir legitimación cuando haya sido individualmente negociada

Un sector doctrinal considera también abusivas cláusulas más sutiles, que aparentemente conceden plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Así, por ejemplo, aquéllas que conceden al comprador un plazo muy breve para otorgar la escritura pública de compraventa y nuevo préstamo hipotecario (diez o quince días a partir del momento de la obtención de la licencia de primera ocupación o de cualquier otra fecha que señale el promotor), lo cual obliga *de facto* al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, ante la imposibilidad de gestionar en ese plazo otra financiación²³.

En definitiva, será válida la cláusula que atribuya al consumidor la opción entre subrogarse o cancelar el préstamo hipotecario, siempre que la cancelación se realice sin gastos y se le conceda un plazo razonable para gestionar un préstamo hipotecario con otra entidad crediticia antes del otorgamiento de la escritura pública²⁴. Además, para que la subrogación

prevista en el contrato no sea abusiva por un defecto de transparencia, será necesario que se facilite al consumidor cumplida información de todos los extremos del préstamo en cuyo pago se subroga así como de todos los gastos asociados y consecuencias económicas de la operación²⁵.

– “*La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*” (art. 89.3.c TRLGDCU)

La letra c) del art. 89.3 TRLGDCU se redactó a la vista de la problemática judicial suscitada en relación a cláusulas contractuales de redacción vaga e imprecisa y en cuya virtud se trasladaba indiscriminadamente al comprador todo tipo de impuestos y arbitrios cuya cuantía no se concretaba²⁶. Como correctamente afirma la SAP Murcia 13 febrero 2001 (JUR 2001, 117092), cuando, según la ley, el sujeto pasivo del impuesto sea el vendedor es necesario que la cláusula contractual que imponga su pago al comprador sea clara y precisa en tal sentido, no siendo suficiente una expresión genérica y ambigua del tipo “serán de cuenta exclusiva de la parte compradora los gastos e impuestos que ocasione esta escritura”²⁷. Los impuestos constituyen una parte importante del desembolso económico total que deberá realizar el adquirente de una vivienda. Por ello, el consumidor tiene especial interés en conocer el tipo de impuestos que gravarán la compraventa, su cuantía concreta y la persona legalmente obligada a su pago (el comprador o el vendedor). En consecuencia, la normativa general protectora de los derechos de los consumidores exige que en la información previa al contrato se haga referencia al “precio completo, incluidos los impuestos” (art. 60.2.b TRLGDCU). Con mayor concreción, la normativa específica protectora del adquirente de vivienda obliga al empresario a proporcionar “información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda” (arts. 5.3 y 6.1 RD 515/1989). Debe entenderse que esta exigencia abarca tanto los impuestos directos (*v. gr.*, IBI) como indirectos (fundamentalmente IVA). En consecuencia, el promotor estará obligado a informar al consumidor acerca de los siguientes impuestos: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Examinemos separadamente cada uno de ellos.

a) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (conocido como plusvalía)

Este impuesto somete a gravamen el aumento de valor de la vivienda puesto de manifiesto en el momento de la venta. El sujeto pasivo es el

vendedor de la vivienda debido a que es quien se beneficia del incremento de su valor. Hasta la reforma operada por la Ley 44/2006, de mejora de la LGDCU (en la actualidad, art. 89.3.c TRLGDCU), nuestra legislación no contenía previsión alguna acerca de las cláusulas contractuales que repercutían al comprador el pago del impuesto de plusvalía, hallándose la doctrina de las Audiencias Provinciales dividida²⁸. El actual art. 89.3.c) TRLGDCU zanja la cuestión, habiendo quedado meridianamente claro que es nula por abusiva la cláusula que impone al consumidor-comprador el pago del impuesto de plusvalía²⁹.

b) Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

El IVA sujeta a gravamen las transmisiones a título oneroso realizadas por empresarios a consumidores. Este impuesto grava únicamente la primera venta de vivienda, quedando exentas las posteriores. La persona obligada al pago del IVA es el comprador dado que el empresario-vendedor está obligado a repercutir tal impuesto sobre el adquirente. El sujeto pasivo del IVA es, pues, el comprador, por lo que dicho impuesto no encaja en el supuesto de hecho del art. 89.3.c) TRLGDCU³⁰. De este modo, la cláusula que establezca que el pago del IVA será de cuenta exclusiva del comprador es perfectamente lícita aunque superflua, ya que tal pago correspondería igualmente al comprador de no haberse pactado nada al respecto³¹. Por otra parte, en virtud de lo establecido por el art. 6.1 RD 515/1989, se entenderá que el precio total de la venta incluye el IVA, si la venta se hallase sujeta a este impuesto.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

El ITPAJD grava las transmisiones onerosas de viviendas, mas las compraventas sujetas al IVA quedan excluidas del pago del concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” del ITPAJD. En cualquier caso, el sujeto pasivo del ITPAJD es el comprador de la vivienda, por lo cual no es encuadrable en el art. 89.3.c) TRLGDCU³². La elevación del contrato de compraventa a escritura pública se encuentra sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, siendo sujeto pasivo el comprador³³, por lo que tampoco encaja en el supuesto de hecho del citado art. 89.3.c) TRLGDCU.

d) Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)

El IBI grava la propiedad de los bienes inmuebles, no su transmisión. En consecuencia, es abusiva la cláusula que traslade al consumidor los tributos que, como el IBI, gravan la propiedad, antes de tener lugar la transmisión³⁴, es decir, es abusivo pretender el pago del IBI por los compradores mientras el promotor-vendedor siga siendo el propietario de la vivienda³⁵. La *ratio* del art. 89.3.c)

TRLGDCU puede avalar el carácter abusivo de la cláusula que imponga al comprador el pago del IBI si el día del devengo no era titular de la vivienda³⁶.

– *“La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”* (art. 89.3.d TRLGDCU)

Deben considerarse abusivas las cláusulas que incrementen el precio ofertado con gastos que son necesarios para el cumplimiento íntegro de la prestación con arreglo a lo pactado, es decir, aquéllas que repercutan al comprador, al margen del precio final, los gastos propios de la ejecución de la obra³⁷ o los de acceso a suministros generales de la vivienda³⁸. Desde el momento en que el vendedor está obligado a entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad, tanto físicas y arquitectónicas, como administrativas y fiscales, es abusiva la cláusula por la que el consumidor habrá de asumir los gastos de acceso a suministros básicos, como las tasas por enganche o acometida a la red de agua, alcantarillado, gas o electricidad³⁹.

3. Cláusulas sobre superficie, conformidad en la entrega y fecha de entrega

En la compraventa de vivienda sobre plano o en una fase poco avanzada de construcción resulta esencial para el consumidor que se determine con precisión el bien que ha de ser entregado (fundamentalmente, la superficie de la vivienda), así como la fecha en que el consumidor podrá disfrutar de la vivienda⁴⁰. El promotor estará obligado a informar al consumidor sobre dichos extremos⁴¹.

– Cláusulas sobre superficie

Son frecuentes las cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por defecto de cabida (incumplimiento contractual), con el objetivo de impedir la aplicación de los remedios *ex art.* 1469 CC y que quede sometida la venta al régimen establecido por el art. 1471 CC⁴². Se considera abusiva la cláusula predispuesta que establece que el inmueble se vende a tanto alzado (art. 1471 CC) cuando por su naturaleza (incluida la ubicación, pues cuanto más caro sea el suelo, más razonable es que el precio se haya estipulado por unidad de medida), las circunstancias del contrato y el resto de las estipulaciones del contrato resulte palmario que el precio se estipuló por unidad de medida (art. 1469 CC)⁴³.

También debe considerarse abusiva la práctica consistente en transformar el pacto inicial, en documento privado, de venta de inmueble por unidad de medida, en venta a tanto alzado y de cuerpo cierto al otorgar la escritura pública⁴⁴. Tradicionalmente, la jurisprudencia había venido interpretando esta cláusula como constitutiva de una novación contractual, que impedía al comprador dirigirse contra el vendedor alegando incumplimiento de lo pactado en el contrato privado inicial en caso de que la cabida fuese menor de la expresada en el mismo (STS 3 noviembre 1982 [RJ 1982, 6522]). La jurisprudencia actual no admite la calificación de este supuesto como venta de cuerpo cierto *ex art.* 1471 CC, por ser cosa futura (el comprador no la puede visualizar en el momento en que se perfecciona la venta) y tener la cabida carácter esencial para el comprador⁴⁵.

Por último, las cláusulas que no especifiquen si los metros consignados en el contrato son útiles o construidos deben, según la STS 20 marzo 2002 (RJ 2002, 2852), considerarse abusivas e interpretarse a favor del consumidor en el sentido de ser metros útiles, con el subsiguiente incumplimiento contractual por defecto de cabida⁴⁶.

– Cláusulas sobre conformidad en la entrega

La valoración de la cláusula de recepción de la vivienda “a plena satisfacción del vendedor” como abusiva o no dependerá de si es subsumible en el supuesto de hecho del art. 89.1 TRLGDCU, esto es, declaraciones de conformidad sobre hechos ficticios. La cláusula será sin duda abusiva si el comprador no tuvo la oportunidad de confrontar la prestación pactada con la efectivamente ejecutada, por no haber llegado a examinar la vivienda. No obstante, la doctrina también suele considerar abusiva la cláusula cuando la revisión efectuada por el consumidor es insuficiente para apreciar vicios no ocultos que sólo podrían detectarse al habitar la vivienda⁴⁷. Dichas revisiones inexistentes o insuficientes no implican la renuncia a toda reclamación posterior⁴⁸.

– Cláusulas sobre la fecha de entrega

Según el art. 85.8 TRLGDCU serán abusivas las cláusulas que supongan la consignación de “fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”. En consecuencia, sólo serán válidas aquéllas que subordinen la entrega del inmueble a circunstancias objetivas e imprevisibles⁴⁹. Serán inadmisibles las cláusulas que dejen totalmente indeterminada la fecha de entrega, siendo objeto de polémica aquellas cláusulas que fijen la fecha

de entrega por referencia a la fecha de concesión de la licencia de obra o de primera ocupación⁵⁰. Tampoco serán válidas aquellas cláusulas que, una vez vencido al plazo inicialmente fijado, obligan al consumidor a optar entre resolver el contrato o conceder una prórroga *sine die*⁵¹.

4. Cláusulas sobre modificación del proyecto o del precio

– Cláusulas sobre modificación del proyecto

Las cláusulas que permiten al promotor modificar las condiciones y calidades del inmueble son bastante frecuentes en las compraventas sobre plano, pues a lo largo del proceso constructivo pueden sobrevenir circunstancias que impidan el exacto cumplimiento de lo pactado. Como la mera aplicación del art. 1182 CC no parece adecuada, se admite que el promotor se proteja frente a ciertos riesgos imprevistos, pero sin poder trasladar todos los riesgos inherentes al proceso constructivo sobre el comprador: el punto de equilibrio viene dado por el art. 85.3 TRLGDCU que considera abusivas las cláusulas que permitan al empresario modificar unilateralmente el contrato siempre y cuando las modificaciones no se deban a motivos válidos especificados en el contrato⁵². La reserva del promotor de la facultad de modificación unilateral del contrato, alterando el proyecto de obra o la memoria de calidades, sólo será válida en caso de circunstancias imprevisibles, ajenas a su ámbito de control y que determinen alteraciones de escasa entidad⁵³.

La STS 4 de diciembre 1998 (RJ 1998, 8788) declaró abusiva una cláusula predispuesta que permitía hacer modificaciones del proyecto inicial “al no referirse a alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional” de los pisos ofertados⁵⁴. En tales circunstancias, el comprador podrá exigir la ejecución de la prestación en los términos establecidos (SAP Granada 3 marzo 2006 [JUR 2006, 185300]), una reducción proporcional del precio o, incluso, la resolución de la compraventa si las modificaciones son sustanciales (STS 16 noviembre 2002 [RJ 2013, 1615])⁵⁵.

– Cláusulas sobre modificación del precio

El art. 85.10 TRLGDCU sólo considera lícita la cláusula que permite al empresario aumentar el precio pactado cuando existan razones objetivas y se haya otorgado al comprador el derecho de desistimiento en el caso de que el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado. Serían

abusivas por falta de concreción de las razones objetivas las cláusulas que establecieran que “la empresa se reserva el derecho a adaptar el precio si las circunstancias cambian”, “precio sin compromiso” o “sujeto a variación”. Sería también abusiva la cláusula que permitiera un aumento del precio en caso de encarecimiento de las materias primas o de los salarios, porque se trata de una circunstancia previsible y que forma parte del riesgo empresarial asumido por el promotor⁵⁶. Tan sólo sería válida aquella cláusula que permitiera un aumento del precio por el encarecimiento de las materias primas por hechos absolutamente imprevisibles y ajenos a la normal evolución de los precios en el mercado⁵⁷.

5. Otras cláusulas abusivas

Se reputa abusiva la cláusula que transmite al comprador las consecuencias económicas de los errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (art. 89.2 TRLGDCU)⁵⁸. Son abusivas las cláusulas que impongan bienes o servicios no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU), como aquéllas que obligan al comprador a concertar un eventual arrendamiento de la vivienda a través de una agencia inmobiliaria designada por el vendedor (SAP Alicante 5 julio 2005 [AC 2005, 1430]) o a gestionar la inscripción registral por medio de una entidad designada por dicho vendedor⁵⁹.

Es abusiva la cláusula que altera, en perjuicio del comprador, las reglas de competencia judicial, con sumisión a un Tribunal distinto al que corresponda al domicilio del comprador, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquél donde se encuentra el inmueble (art. 90.2 TRLGDCU)⁶⁰. Igualmente, debe considerarse abusiva la cláusula que imponga al consumidor la renuncia al derecho a elegir Notario (art. 89.8 TRLGDCU)⁶¹.

Han sido consideradas abusivas por ser contrarias a las exigencias de reciprocidad (art. 87 TRLGDCU) aquellas cláusulas que regulan de manera desequilibrada las consecuencias del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de las partes. Así, por ejemplo, se ha estimado abusiva la cláusula que fija una penalización por retraso en la obligación del comprador de pagar el precio en la fecha pactada, cuando la penalización en caso de retraso del promotor en el cumplimiento de la obligación de entrega del inmueble no sea idéntica⁶². La STS 3 junio 2008 (RJ 2008, 4170) declara abusiva por falta de reciprocidad la cláusula de arras en la que se pactaba que si el comprador desistía, perdía las arras entregadas, mientras que si lo hacía el vendedor, no las devolvía dobladas,

sino que simplemente devolvía la misma cantidad recibida⁶³. Esta estipulación contraviene no sólo el art. 1454 CC, sino también el art. 87.2 TRLGDCU, que considera abusiva la cláusula que prevea la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario⁶⁴. Obviamente, tampoco es admisible la cláusula que establece que si el comprador desiste, pierde la cantidad entregada, mientras que si desiste el promotor, no ha de devolver ni siquiera lo que recibió del comprador⁶⁵.

Deben considerarse abusivas las cláusulas que establecen que, en caso de resolución, el vendedor puede retener en concepto de penalización por incumplimiento las cantidades que hasta ese momento haya satisfecho el comprador en concepto de pago del precio, en la medida que impongan al consumidor una “indemnización desproporcionadamente alta” (art. 85.6 TRLGDCU). Para poder valorar cuando la indemnización prevista es desproporcionadamente alta es necesario tener presente la doble función que se atribuye a las cláusulas penales. Por un lado, las cláusulas penales tienen una función liquidatoria de la responsabilidad, pues valoran anticipadamente los daños y perjuicios causados por el incumplimiento sin que sea necesario probarlos en el caso concreto y, por otro, una función coercitiva o sancionatoria, en cuanto tratan de asegurar el correcto cumplimiento de una obligación⁶⁶. En consideración a esta doble función, el juicio de proporcionalidad de una cláusula penal debe partir de los daños típicos que causa el incumplimiento, pero sin olvidar que la finalidad coercitiva o sancionatoria permite que la indemnización se eleve respecto de la valoración típica de estos daños, puesto que para que la cláusula penal constituya un estímulo del cumplimiento exacto ha de suponer un plus de onerosidad para el incumplidor⁶⁷. Contemplada la cláusula penal desde la primera perspectiva (función liquidatoria), los Tribunales no suelen considerarla abusiva, pues a pesar de reconocer que otorga un trato más favorable al vendedor (el comprador, en caso de que el vendedor incumpla, deberá acreditar en el correspondiente pleito la existencia y cuantía de los daños), estiman que no se trata de una ventaja importante⁶⁸. En cambio, vista desde su función coercitiva (cláusula que permite al vendedor retener cantidades entregadas anticipadamente por el comprador y que supone agravar las consecuencias del incumplimiento por parte de éste), su carácter abusivo por implicar una indemnización desproporcionadamente alta *ex art. 85.6 TRLGDCU* dependerá de la cuantía de la penalización prevista en proporción al precio total del inmueble, teniendo en cuenta, además, el daño efectivo que el incumplimiento del comprador puede irrogar al vendedor, lo que dependerá del importe del crédito que éste tenga

que satisfacer para financiar la promoción, de la dificultad para encontrar otro comprador de acuerdo con las condiciones de mercado y de la posible devaluación del precio de la vivienda⁶⁹.

El art. 86 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que supongan la imposición de renunciaciones o limitaciones de los derechos del consumidor. En el ámbito de la compraventa inmobiliaria resultaría abusiva la cláusula de renuncia a los avales o garantías exigidas a los promotores para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas en la venta de vivienda (Ley 57/1968) o a los seguros que exige de Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación⁷⁰. También serían abusivas aquéllas que limitan la responsabilidad del vendedor por defectos de calidad respecto de lo inicialmente publicitado u ofertado⁷¹.

Para finalizar, con arreglo a la cláusula general del antiguo art. 10 bis LGDCU (equivalente al actual art. 82.1 TRLGDCU), ha sido considerada abusiva por ser contraria a la buena fe y originar un desequilibrio importante de derechos y obligaciones la cláusula que repercute al comprador el pago del impuesto de plusvalía⁷².

Notas

* Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹ En cambio, el antiguo art. 1.2 LGDCU sí mencionaba específicamente a los bienes inmuebles, por lo que, según la doctrina más autorizada, cabía hablar de consumidor de inmuebles y, en particular, de viviendas. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994, p. 25.

² Por otra parte, el RD 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, constituye una prueba del inequívoco reconocimiento legal de la condición de consumidor del adquirente de vivienda.

³ Así, por ejemplo, la compra de un inmueble para instalar un despacho profesional no podrá beneficiarse de la aplicación de la normativa tuitiva en materia de cláusulas abusivas (STS 28 mayo 2014 [RJ 2014, 3354]). Respecto de la problemática especial que plantean los llamados “actos mixtos” o adquisiciones para doble uso personal y profesional, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pp. 144-146.

⁴ El comprador pierde su condición de consumidor si su operación persigue una finalidad especulativa (STS 8 octubre 2012 [RJ 2012, 9027]). Suscitan muchas dudas las cláusulas del siguiente tenor: “la parte compradora podrá escriturar a nombre de las terceras personas, físicas o jurídicas, que estime conveniente”. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, II, Cizur Menor, 2013, p. 1078.

⁵ Esta segunda hipótesis (cláusulas incluidas en contratos con consumidores que a pesar de no haber sido negociadas individualmente con el consumidor, no sean condiciones generales de

la contratación por no haber sido redactadas con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) parece algo extraña.

⁶ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1077; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, en *Estudios sobre Consumo*, 2006, núm. 77, p. 23.

⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Bercovitz, Cizur Menor, 2009, p. 930; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 737.

⁸ La acertada supresión de la referencia a la “primera venta de viviendas” implica que el art. 89.3 TRLGDCU sea aplicable a todo tipo de compraventas de consumo cuyo objeto sea una vivienda (segundas ventas de viviendas tras rehabilitaciones o viviendas adquiridas por un empresario para revenderlas). Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 920.

⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 928 y 1120-1122; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 24-27.

¹⁰ MORALEJO IMBERNÓN, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por Bercovitz, Navarra, 1999, pp. 1191-1192.

¹¹ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1123, texto y nota 468.

¹² SSTs 1 junio 2000 (RJ 2000, 5090), 24 julio 2002 (RJ 2002, 6491) y 22 abril 2005 (RJ 2005, 3751).

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 25 ss., analiza las diferentes variantes que pueden presentar estas cláusulas.

¹⁴ Así lo ha declarado la jurisprudencia menor: SSAP Madrid 15 abril 2005 (JUR 2006, 106163) y Sevilla 28 marzo 2006 (JUR 2007, 43272).

¹⁵ SAP Madrid 23 septiembre 2002 (JUR 2002, 27337). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 27, afirma que la prueba de la verdadera naturaleza del préstamo cuya comisión de cancelación se impone al comprador corresponde a este último; dicha prueba no será fácil al precisar de la colaboración de la entidad prestamista, por lo que señala que se podrá procurar la declaración de abusividad de esta cláusula por otra vía, en cuanto supone imponer al consumidor un servicio accesorio a la prestación principal de entregar el inmueble que no ha sido solicitado.

¹⁶ Puede verse un resumen de la polémica doctrinal en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1121.

¹⁷ Sin embargo, parece más razonable considerar dicha cláusula sólo como presuntamente abusiva. Así, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 919 y 921.

¹⁸ La falta de mención específica acerca de la licitud o no de la repercusión al consumidor de este tipo de gastos es señalada por la doctrina: cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas de repercusión de IVA, Plusvalía y otros costes del contrato”, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, II, Cizur Menor, 2013, p. 993; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1081-1082; MARTÍN OSANTE, “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2010, núm. 24, p. 111. Aunque algunos autores estiman que los gastos de otorgamiento de la escritura pública pueden ser encuadrados en la genérica expresión gastos de “preparación de la titulación” (DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por Bercovitz y Salas, Madrid,

1992, p. 308), parece más acertado lo contrario: gastos de preparación de la titulación no equivalen a gastos de la titulación misma, “que no es un acto realizado unilateralmente por el promotor, sino conjuntamente con el comprador” (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 28). En el mismo sentido, SAP Soria 22 julio 2002 (JUR 2002, 246515).

¹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 29. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Cizur Menor, 2012, p. 580; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1082; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 1121-1122; MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, p. 111. Diversamente, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 919-922, considera que la falta de contemplación expresa en el art. 89.3.a) TRLGDCU de los gastos de otorgamiento de la escritura pública no es argumento suficiente para negar el carácter presuntamente abusivo de las cláusulas que contravengan en perjuicio del consumidor el derecho dispositivo (en nuestro caso, el art. 1455 CC), salvo que se demuestre por el empresario que no es contraria a la buena fe y que no causa un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. En cualquier caso, este autor considera sumamente conveniente un pronunciamiento legislativo para atajar la inseguridad jurídica creada por las reformas introducidas en el TRLGDCU y su interacción con la añeja previsión del art. 1455 CC.

²⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25.

²¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1126; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 26-27. La prueba de que la cláusula de subrogación ha tenido carácter negociado recae sobre el empresario: las SSAP Asturias 10 enero 2002 (AC 2002, 71004) y La Rioja 30 diciembre 2002 (AC 2002, 44255) lo consideran probado porque otros contratos de compraventa suscritos para la misma promoción de viviendas no incluían la cláusula de subrogación; la SAP Madrid 18 febrero 2011 (AC 2011, 847), porque la constitución y subrogación del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda fueron negociados por el vendedor con la autorización del comprador.

²² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25.

²³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, “La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2012, núm. 4, pp. 101-102; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1080, nota 16.

²⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 26.

²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1127; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 26. En este sentido, el TRLGDCU hace referencia a la información previa a la celebración del contrato a que tiene derecho el consumidor, entre la que se incluye expresamente la financiación y otras condiciones de pago (art. 60.2.b). Además, en virtud del art. 6.1.4 RD 515/1989, el promotor está obligado a facilitar al comprador el nombre del Notario autorizante de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, fecha de ésta, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades pendientes, con el fin de que el comprador pueda valorar la conveniencia o no de subrogarse en dicho préstamo.

²⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1127. Como ejemplo de estas cláusulas genéricas puede verse la SAP Málaga 5 octubre 2005 (JUR 2005, 136969). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 28, considera nula por abusiva la cláusula que de manera genérica dispone que “los impuestos, gastos y arbitrios que se originen por los actos derivados de este contrato serán de cuenta de la parte

compradora”, en tanto que no permiten que el consumidor pueda hacerse una representación exacta de la repercusión que los mismos tienen en el montante económico total de la operación.

²⁷ Cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 988.

²⁸ Mientras que gran parte de las Audiencias admitían la validez de este tipo de cláusulas al amparo de la libertad contractual *ex arts.* 1255 y 1455 CC, otras muchas consideraban que la cláusula era ilícita, bien por un defecto de transparencia, bien por ser contraria a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. Sobre ello, cfr. DE LA FUENTE, “La repercusión al comprador del impuesto de plusvalía”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coordinado por Cañizares Laso, Madrid, 2006, p. 135; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1128, texto y notas 482 y 483.

²⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 924; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1082.

³⁰ Así, ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996. En este sentido, la STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2339) afirma que la cláusula por la que corrian a cargo del adquirente los “impuestos que gravan la transmisión, siendo de su cuenta el abono de dichos impuestos y demás gastos que puedan originarse”, con la excepción del impuesto de plusvalía, incluye el IVA en tanto que es un impuesto ligado a la transmisión como hecho imponible.

³¹ MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, p. 113.

³² ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996; MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, pp. 110 y 113.

³³ Cfr. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 570.

³⁴ Así lo señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1129, texto y nota 485.

³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083.

³⁶ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 926. La jurisprudencia tiende a declarar abusiva la cláusula que impone el IBI al consumidor que compra la vivienda cuando, con arreglo a la Ley, no le corresponda satisfacerlo: SSAP Jaén 22 septiembre 2000 (JUR 2000, 301237) y Valencia 20 noviembre 2006 (JUR 2007, 123180) y 9 diciembre 2008 (AC 2009, 538).

³⁷ Según la SAP Pontevedra 28 mayo 2003 (JUR 2003, 229625), el vendedor no tiene sólo la obligación de entregar, sino también la de terminar la obra.

³⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1129; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ SSAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008, 514) y 18 febrero 2014 (JUR 2014, 89595). Dichos servicios tienen carácter esencial y forman parte inseparable del propio edificio, no siendo en absoluto concebible la posibilidad de entrega de una vivienda sin los mismos. Aquella antigua línea jurisprudencial (SAP Vizcaya 8 febrero 2006 [JUR 2006, 156836]) que consideraba válido el pacto de atribución de los gastos de enganche a los compradores por la vía de subsumirlos en los “gastos de otorgamiento de la escritura” *ex art.* 1455 CC no es ya admisible en virtud de lo dispuesto en el art. 89.3.d) TRLGDCU.

⁴⁰ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083.

⁴¹ Así lo establecen los arts. 4.3 (descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil) y 5.5 (en caso de que la vivienda no se encuentre totalmente edificada, se hará constar la fecha de entrega) del RD 515/1989.

⁴² El art. 1469 CC dispone que cuando el precio de un inmueble se hubiese estipulado por unidad de medida, en caso de defecto de cabida, el comprador podrá optar entre una rebaja proporcional del precio o la resolución del contrato. En cambio, cuando el precio se pacta a tanto alzado o por cuerpo

cierto, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida de la expresada en el contrato (art. 1471 CC).

⁴³ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 33-34.

⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1083-1084. En este sentido, SSAP Cantabria 27 diciembre 2000 (JUR 2000, 12087) y Sevilla 24 octubre 2006 (JUR 2007, 183291).

⁴⁵ STS 20 marzo 2002 (RJ 2002, 2852); SAP Barcelona 25 abril 2003 (JUR 2003, 260834). Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 932; PEÑA LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz, Cizur Menor, 2006, pp. 1751-1752.

⁴⁶ En el mismo sentido, STS 7 diciembre 2006 (RJ 2006, 9887). Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855. La citada STS 20 marzo 2002 considera que la falta de indicación de la superficie útil en el contrato supone un incumplimiento de los requisitos de transparencia, y que la cláusula que alude a una superficie que se corresponde con la construida y no con la útil, “ha de equipararse a una cláusula abusiva que perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor”. Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 34, la declaración de abusividad de la cláusula que establece una superficie de la vivienda que se corresponde con la construida y no con la útil dará lugar a un problema de defecto de cabida.

⁴⁷ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1084; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1112. Habrían de distinguirse, pues, dos tipos de hechos, los ficticios (falsa afirmación del comportamiento del consumidor, a saber, que ha inspeccionado la vivienda) y los insuficientes (la revisión realizada por el consumidor no es suficiente para advertir la existencia de vicios).

⁴⁸ STS 16 marzo 2011 (RJ 2011, 2877). Para la validez de la cláusula de la escritura pública por la que se manifiesta haber revisado la vivienda y encontrarse ésta en buenas condiciones es necesario que el comprador haya “enumerado, descrito e individualizado cada uno de los defectos observados que asumía, esto es, que no obstante existir, no darían lugar a reclamación por su parte” (SAP Murcia 7 julio 2008 [JUR 2008, 362800]).

⁴⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 35, señala que la fecha de entrega no tiene que establecerse con una precisión diaria sino que puede referirse a un intervalo concreto de tiempo (*v. gr.*, mensual o trimestral).

⁵⁰ Aunque algunas sentencias descartan la total indeterminación (STS 11 abril 2013 [RJ 2013, 3490]), otras, con mejor criterio, sí la declaran. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1085, texto y nota 43. Las SSTs 21 marzo y 3 julio 2013 (RJ 2013, 3087 y 5913) declaran abusivas por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor las cláusulas que establecen un plazo confuso de entrega: plazo de entrega de un bloque de viviendas en construcción en un período máximo de treinta meses desde la fecha de concesión de la licencia de primera edificación, con prórrogas a discreción de la promotora y pactos circunstanciales de otros plazos. En cambio, la STS 26 mayo 2014 (RJ 2014, 3880), en un supuesto de compraventa sobre plano de vivienda futura en un proyecto constructivo de cierta envergadura, estima que la cláusula de entrega de la vivienda a los dieciocho meses de la iniciación de las obras no es abusiva por no existir indeterminación del plazo: el Alto Tribunal considera que tanto la obra como su tramitación administrativa eran complejas y que, por ello, no se podía ser más preciso en la fijación del plazo de entrega.

⁵¹ GONZALEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 1003-1004. La SAP Madrid 28 enero 2013 (JUR 2013, 86528) no considera abusiva la cláusula que prevé una prórroga de duración determinada, salvo que dicha prórroga sea excesivamente amplia.

⁵² Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 30.

⁵³ Supondrá una modificación sustancial una reducción significativa de la superficie de la vivienda (SAP Pontevedra 27 noviembre 2006 [JUR 2009, 214132]), mientras que un cambio de ubicación de una piscina será una modificación no sustancial (SAP Málaga 27 septiembre 2010 [JUR 2011, 83258]). Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1086.

⁵⁴ En el mismo sentido, la STS 23 marzo 1999 (RJ 1999, 2382) considera abusiva la cláusula en cuya virtud el promotor se reservaba la facultad de realizar las reformas que estimase oportunas en la ejecución de los bloques en construcción. Según la SAP Madrid 24 marzo 2008 (JUR 2008, 207226), la cláusula de modificación genérica infringe el art. 85.3 TRLGDCU porque “con esta disposición se deja el contrato vacío de contenido, en tanto el vendedor podrá construir lo que quiera, sin que el comprador pueda oponerse pese a lo que se comprometía a edificar”.

⁵⁵ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1087; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083, nota 33.

⁵⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ Según la SAP León 15 mayo 2008 (JUR 2008, 331013), la solicitud de la licencia de primera ocupación con retraso, en concreto, cuatro meses después de la fecha pactada para la entrega, constituye un error de gestión del vendedor cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el comprador.

⁵⁹ También serán abusivas las que obliguen a concertar un contrato de seguro para la vivienda o a celebrar contratos de mantenimiento con una empresa determinada. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1084-1090; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ SAP Córdoba 20 octubre 2006 (JUR 2007, 166350).

⁶¹ Se reconoce al consumidor el derecho a la elección de Notario con el límite de que exista una conexión razonable con alguno de los elementos reales o personales del negocio (arts. 126 Reglamento Notarial y 5.4.b) RD 515/1989). Cfr. SAP Asturias 15 noviembre 1995 (AC 1995, 2166).

⁶² SAP Asturias 3 mayo 2005 (JUR 2005, 137827): penalización del 6% sobre el precio del inmueble en caso de retraso del comprador en el cumplimiento, sin previsión similar para el caso de incumplimiento imputable al vendedor.

⁶³ En el mismo sentido, SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281). Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1090, nota 389, la facultad de desistimiento sólo en apariencia era bilateral, pues de hacerlo el consumidor perdía lo entregado, en concepto de indemnización de daños, mientras que el vendedor no sufría ningún menoscabo económico al desistir: se limitaba a devolver la cantidad inicialmente recibida.

⁶⁴ Debemos señalar que es indiferente que se califique el contrato como de arras o de reserva (en el caso concreto de la citada STS 3 junio 2008 se hablaba de pérdida de lo entregado “en concepto de reserva”). Sobre estos pactos de arras o reserva, cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 876-877.

⁶⁵ SAP Castellón 21 septiembre 2012 (AC 2012, 1902).

⁶⁶ Sobre esta doble función, cfr. SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281), que además señalan que, con frecuencia, las cláusulas penales cumplen ambas funciones.

⁶⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pp. 814-815.

⁶⁸ Por todas, SAP Madrid 8 febrero 2013 (JUR 2013, 112811). Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1088-1089.

⁶⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios...*, cit., p. 819, quien, además, señala que en la determinación de los daños que el incumplimiento del comprador puede causar al vendedor e, indirectamente, en la valoración de la razonabilidad de la cláusula de retención de las cantidades entregadas, tienen especial relevancia las circunstancias del mercado inmobiliario. En este sentido, cfr. SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281). Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1089, considera que la retención de cantidades, en su faceta de pena cumulativa, supone una patente vulneración de la exigencia de reciprocidad *ex art.* 87 TRLGDCU cuando sólo se prevea para el caso de incumplimiento del comprador.

⁷⁰ La SAP Alicante 28 junio 2007 (JUR 2007, 258032) considera abusiva la renuncia de los compradores a interponer reclamaciones por retraso en la entrega de la vivienda a cambio de que la conexión al servicio eléctrico fuese realizada a costa de la empresa vendedora, por causar un desequilibrio de derechos y obligaciones perjudicial para el consumidor (el retraso en la efectiva entrega de la vivienda fue superior a un año). Las SSAP Cantabria 27 diciembre 2000 y Sevilla 24 octubre 2006, en relación a cláusulas no negociadas en las que en el momento de elevar a documento público una compraventa que se acordó en documento privado por unidad de medida (es decir, con unos metros y cabida concretos), cuando en la escritura pública se inserta la referencia a que la compra es de un “cuerpo cierto” (con menor superficie), declaran su carácter abusivo, por implicar una “renuncia de los compradores a la integridad del objeto adquirido en el inicial contrato privado sin repercusión en el precio pactado”. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 837.

⁷¹ No obstante, la STS 15 marzo 2010 (RJ 2010, 2347) hace prevalecer la memoria de calidades que se adjuntó a la escritura pública de compraventa sobre la que se facilitó en la fase previa a la celebración del contrato.

⁷² SSTS 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 576) y 12 marzo 2014. Las SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281) consideran que la diferencia de trato que implican las cláusulas penales en su función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que causa el incumplimiento (ahorran un procedimiento judicial al vendedor para determinar la indemnización por incumplimiento del comprador, mientras que el comprador que pretenda ser indemnizado por incumplimiento del vendedor habrá de probar los daños y perjuicios sufridos) puede superar el control de abusividad si su aplicación está justificada de un modo razonable, lo que acaece en los supuestos enjuiciados en los que, para el vendedor, el quebranto económico que causa el incumplimiento del comprador es relativamente homogéneo, mientras que, para cada comprador sería distinto.

O DIREITO À
INFORMAÇÃO –
CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE
PRETERIÇÃO DOS DEVERES DE
INFORMAÇÃO

MARISA DINIS*

Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)

EXCERTOS

“As relações jurídicas estabelecidas com consumidores devem ser pautadas pelo fornecimento de toda a informação essencial e necessária à celebração do negócio sob pena de facilitar a celebração de contratos não desejados pelo consumidor”

“O consumidor goza do direito de retratação do contrato, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”

“Nos distintos contratos de consumo há efetivamente uma preocupação em regular de forma autónoma o direito à informação do consumidor ou, se preferirmos, de regulamentar o dever de prestar esta informação”

“O contratante deve comunicar as cláusulas contratuais gerais na íntegra e essa comunicação deve ser realizada de modo adequado ao negócio em causa, com a antecedência necessária e atendendo, além do mais, à extensão e complexidade das cláusulas”

“No âmbito dos conteúdos digitais há que destacar a necessidade de se informar devidamente o consumidor das respectivas funcionalidades e das medidas inerentes à proteção técnica”

*** Outras qualificações da autora**

Mestre em ciências jurídico-empresariais e licenciada em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Professora-adjunta no Instituto Politécnico de Leiria. Coordenadora do curso de licenciatura em Solicitadoria ministrado na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

1. Considerações iniciais

A vulnerabilidade inerente ao consumidor, naturalmente mais exposta em períodos de crise económico-financeira, aliada à incapacidade de o mercado atingir por si só o equilíbrio das diversas posições contratuais, conduziu à necessidade de intervenção legislativa centrada, sobretudo, em acautelar autonomamente os direitos dos consumidores.

Nestes domínios, como referimos direcionados à tutela do consumidor, a evolução jurídica, desenhada aquém e além-fronteiras, foi inaugurada com a consciencialização de que se tratava de uma necessidade universal que, por assim ser, a todos afetava e a todos dizia respeito¹. Esta foi, no fundo, a realidade que enformou a política de proteção e informação do consumidor esboçada, desde logo, no programa preliminar da CEE (Comunidade Económica Europeia), e baseada em cinco direitos fundamentais: i) o direito à proteção da saúde e da segurança do consumidor; ii) o direito à proteção dos interesses económicos do consumidor; iii) o direito à reparação dos danos sofridos; iv) o direito à informação e à formação; v) o direito à representação ou a ser ouvido².

A Constituição da República Portuguesa acolheu, por sua vez, estes direitos, na revisão constitucional de 1982, concedendo-lhes, assim, a natureza de direitos fundamentais. Outrora no artigo 110º da Constituição³, atualmente no artigo 60º, dita o legislador, no n. 1 deste último, que “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”⁴. São, pois, visíveis as influências externas acolhidas na lei fundamental do nosso ordenamento jurídico e já anteriormente notadas aquando da aprovação da Lei 29/81, de 22 de agosto – o primeiro diploma português orientado a proteger os consumidores.

É inegável que as mais de três décadas que sucederam à publicação do primeiro regime de defesa do consumidor e à elevação dos direitos do consumidor a direitos fundamentais tenham sido profícuas na publicação de novas regras neste âmbito, muitas delas inclusivamente por imposição do direito europeu. Todavia subsistem atualmente inúmeras dificuldades associadas à verdadeira implementação destes regimes de proteção, sobretudo porque se encontram plasmados em diplomas dispersos distintos⁵.

Da vastidão de diplomas direcionados a proteger o consumidor, encontramos um denominador comum: a regulação dos direitos fundamentais. De fato, pese embora de forma isolada e direcionada a cada uma das matérias, os distintos diplomas reafirmam expressamente quais são

os direitos fundamentais que assistem aos consumidores, quais as respetivas formas de exercício e, bem assim, quais são as sanções aplicar em caso de violação ou preterição de tais direitos.

De entre estes direitos fundamentais, trataremos de analisar, no presente exercício, o direito à informação dos consumidores ou, por outra via, as formas de o concretizar e de o garantir, esmiuçando, assim, os deveres de comunicação e de informação que impendem sobre a contraparte e as consequências advenientes de um eventual incumprimento ou cumprimento defeituoso. Atentos estes considerandos e a complexidade do esquema jurídico apresentado pela lei portuguesa para a regulamentação do direito à informação, há que trabalhar esta matéria em dois momentos distintos: *i)* no primeiro momento, analisaremos a regulamentação genérica do direito à informação, prevista na Lei de Defesa do Consumidor e, por isso, aplicável a todas as relações de consumo; *ii)* no segundo momento, analisaremos as normas especialmente aplicáveis a determinadas relações de consumo reguladas de forma autónoma e isolada. No fundo, partiremos do geral para o particular sendo que este aduzirá àquelas normas específicas de aplicação concreta ao contrato em causa. Desta forma, pretendemos, com o presente estudo, abordar em termos genéricos o direito à informação em referência e, de forma descritiva, os vários regimes especiais do direito à informação regulados nos diplomas com maior relevo prático no domínio do direito do consumo.

II. Parte geral

A transparência dos mercados é, como é sabido, uma necessidade que acolhe vários objetivos. Por um lado, permitirá ao consumidor testemunhar as reais qualidades de cada um dos produtos e serviços oferecidos e, bem assim, a segurança que apresentam percebendo, desde logo, se tem real interesse e vontade em contratar. Por outro lado, permitir-lhes-á eleger o produto que melhor satisfará os seus interesses ao fornecer, de forma credível e completa, as ferramentas necessárias para comparar as diferentes ofertas. Finalmente, servirá como impulsador no jogo da concorrência.

Dito isto, resulta claro que, tal como em qualquer outra relação jurídica amparada pelo direito de escolha e pela autonomia privada, as relações jurídicas estabelecidas com consumidores devem ser pautadas pelo fornecimento de toda a informação essencial e necessária à celebração do negócio sob pena de facilitar a celebração de contratos não desejados pelo consumidor. Este dever assume especial relevo no momento que antecede a concretização do negócio,

pois a fase pré-contratual é, como se sabe, decisiva, mantendo-se, no entanto, até ao momento da execução do contrato.

Do mesmo passo, é sabido que os graus de conhecimento/informação do consumidor e do profissional sobre o produto/serviço em causa são, na maior parte das vezes, substancialmente diferentes porquanto o primeiro não tem normalmente conhecimentos específicos sobre o produto/serviço que pretende adquirir, sabendo, por vezes, pouco mais do que os fins a que se destina. Esta dissemelhança no acervo informativo de cada um dos contratantes é agudizada com as atuais práticas comerciais padronizadas, apressadas e agressivas, sustentadas, não raras vezes, em campanhas publicitárias altamente capciosas. Estas circunstâncias colocam o consumidor numa posição de, como refere Paulo Mota Pinto, “fraqueza negocial típica da pessoa que *actua* fora da sua *actividade* profissional”⁶.

Uma das formas de atenuar estas evidências é, sem dúvida, através da garantia de que o consumidor recebe, nos momentos decisivos, informações completas, adequadas e verdadeiras sobre os produtos/serviços que pretende adquirir, nomeadamente, entre outros, sobre as respetivas características, preço, formas de pagamento e identidades do fabricante/fornecedor e distribuidor.

Assim, em termos genéricos, analisado sob a égide do direito do consumidor⁷, podemos referir que o direito à informação se traduz no direito de o consumidor exigir da contraparte uma prestação positiva, *de facere*, que se concretiza quando esta presta àquele as informações e os esclarecimentos adequados e necessários à formação da vontade negocial subjacente à celebração do negócio em causa⁸. Informações que deverão ser verdadeiras impendendo, portanto, sobre quem as presta a obrigação de não veicular informações, falsas, inexatas, ambíguas ou imprecisas que possam enganar ou induzir em erro o consumidor. Como destaca Pegado Liz, neste contexto, “tem maior acuidade a questão da natureza e da qualidade da informação a que os consumidores devem ter acesso e que assume relevo a noção de informação ‘adequada’”, precisando que “na definição dos direitos dos consumidores que à UE compete, é a noção de parte mais fraca ou vulnerável que deve predominar e não a de consumidor esclarecido, atento, advertido e decidindo-se por razões puramente económicas”⁹.

Queda claro, da predita noção, que o direito à informação configura, como dita Pinto Monteiro, “um instrumento imprescindível de tutela do consumidor”¹⁰.

Garantir devidamente a satisfação do direito à informação implica conhecer, desde logo, sobre quem impede o dever, contrapartida do direito, de informar e a favor de quem deve ser cumprido. Implicará, igualmente, entender, em cada caso, o conteúdo da informação a ser prestada e o prazo e a forma exigidos para o efeito.

Estudar o direito à informação do consumidor envolve, como foi anteriormente mencionado, analisar em primeiro lugar os dizeres da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa. Neste âmbito, cumpre referir que este diploma assegura o direito à informação em dois níveis distintos: por um lado, um direito à informação em geral, plasmado no artigo 7º, e, por outro lado, um direito à informação em particular, prescrito no artigo 8º.

Da leitura do primeiro dos preceitos enunciados resulta que é sobre o Estado, em sentido amplo, que recai, em primeiro lugar, este dever positivo geral de informação ao consumidor. Para tanto, deverá apoiar as ações de informação promovidas pelas associações de consumidores, pela Direção-Geral do Consumidor e pelos CIAC – Centros de Informação Autárquica ao Consumidor e deverá igualmente criar bases de dados e arquivos digitais em matéria de direito do consumidor. Prevê ainda a utilização do serviço público de rádio e de televisão em prol da promoção dos interesses e direitos do consumidor. Trata-se, na verdade, de informação em geral e, por isso, consubstancia apenas um interesse geral protegido que, porque não configura um direito subjetivo, não é suficiente para, por si só, proteger totalmente o consumidor nestes domínios. Não menosprezando, naturalmente, a importância da norma e a nobreza da *ratio legis* subjacente, melhor seria se o direito à informação em geral revestisse a natureza de direito subjetivo e permitisse, em consequência, identificar em concreto quem deve concretizar este direito e, em caso de incumprimento, por ele responder.

No n. 3 do supramencionado artigo 7º, o legislador fixou que a informação ao consumidor seja prestada em língua portuguesa. Este número, em particular, determina uma imposição, a de utilizar a língua portuguesa, a todos os profissionais obrigados ao cumprimento do dever de informar, pelo que, talvez o correto enquadramento legal deste mandamento se situasse no artigo seguinte. De fato, não se dirige tão só ao Estado, mas a todos aqueles que pretendem encetar relações jurídicas concretas com o consumidor.

Também acusados de padecerem de enquadramento legal deficiente são os dois últimos números do artigo 7º que preconizam, por um lado, que a “publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores” (n. 4) e, por outro, que “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário” (n. 5)¹¹. Com efeito, nenhum destes comandos trata do problema da informação em geral, dirigindo-se inclusivamente a relações concretas a celebrar (e também às já celebradas) ao referir expressamente que as informações publicitárias assumem a natureza de cláusula contratual nos

contratos sobre os produtos/serviços a que respeitam. Podemos, no entanto, sempre entender que esta norma pretende, acima de tudo, controlar de forma geral a publicidade, não se dirigindo em particular a qualquer relação contratual (ou pré-contratual) concreta. A ser assim, tratar-se-á apenas de um direito coletivo que poderá conduzir à respectiva demanda judicial. Seja como for, esta norma isolada não é suficiente para acautelar os direitos dos consumidores perdidos nos meandros da informação.

O direito à informação enquanto direito subjetivo surge, pois, no artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor, sob a epígrafe “direito à informação em particular”. Realmente, nesta sede, poderão os consumidores invocar individualmente o incumprimento da contraparte numa relação jurídica de consumo individual. Note-se que o artigo 8º foi alterado com a Lei 47/2014, de 28 de julho, que procede à quarta alteração à Lei de Defesa do Consumidor, transpondo para a ordem jurídica nacional os artigos 5º, 18º, 20º, 21º e 22º da Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores¹². O n. 1 deste preceito estabelece de forma clara que o dever de informação deve ocorrer tanto na fase contratual, como na fase pré-contratual¹³. A formulação da norma assenta no mesmo princípio que inspirou a redação do artigo 227º do Código Civil, a saber, no princípio da boa-fé¹⁴. De fato, refere este último, no seu n. 1, que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Assim, do regime especialmente aplicável aos consumidores, resulta que o profissional tem de informar de forma clara, objetiva e adequada o consumidor para que este possa decidir em consciência sobre a conclusão do contrato.

Note-se ainda que, pese embora o fato de o artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor concretizar, neste particular que é o das relações de consumo, o regime do artigo 227º do Código Civil, a aplicação deste continua a ser devida sempre que a omissão tenha sido culposa e provoque danos à contraparte¹⁵.

De salientar, todavia, que o funcionamento do regime do artigo 227º do Código Civil depende da verificação cumulativa de cinco pressupostos, a saber; *i*) negociação para a conclusão de um contrato; *ii*) violação das regras da boa-fé (nas negociações preliminares ou na fase de formação do contrato); *iii*) danos provados à contraparte; *iv*)nexo de causalidade entre a violação das regras da boa-fé e os danos verificados; *v*) culpa.

A ser assim, impõe-se questionar se também o artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor exige a verificação destes pressupostos para ser acionado, considerando, além do mais, que, como se referiu, visa polir o artigo 227º do

Código Civil. Pensamos ser negativa a resposta. O legislador aproveitou o artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor para apurar o direito à informação. Sendo que, na última atualização, traçou ainda com maior detalhe e pormenor as informações devidas ao consumidor. Está, pois, desenhado pormenorizadamente um dever jurídico cuja violação, por si, será suficiente para permitir ao titular do direito exigir a respectiva responsabilidade¹⁶.

Veja-se igualmente que o alcance do dever de informação não fica completo no n. 1 do artigo 8º, estendendo-se, no n. 2 desse mesmo artigo, para o “produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação”.

Em face do exposto, confirma-se que a articulação dos dois primeiros números do artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor permite concluir que, por um lado, o consumidor tem direito à informação, tanto na fase pré-contratual, como na fase contratual e, por outro lado, essa informação deverá ser veiculada pela contraparte mas terá de ser facilitada por todos os intervenientes no processo. Podemos dizer que o legislador estipulou um processo de veiculação da informação em escada ou em cadeia, relativamente a todos os intervenientes no caminho percorrido entre o fabrico do bem e a sua entrega, para que todos fossem titulares dos mesmos conhecimentos e, dessa forma, pudessem informar proficientemente o consumidor nas alturas próprias.

A aditar ao referido, leia-se o disposto no n. 3 do mesmo preceito, que autonomiza e particulariza as situações referentes aos bens ou serviços cuja normal utilização possa configurar riscos para a saúde ou para a segurança dos respectivos consumidores dispondo, claramente, que nestes casos os preditos riscos “devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor”.

Apesar do já enunciado, não está todavia analisado no seu todo o conteúdo do n. 1 do artigo 8º. Na verdade, falta, além do mais, precisar que o dever de informar não nasce igual em todas as situações, visto que pode ser eliminado ou diminuído consoante o nível de informação que resulta de “forma clara e evidente do contexto” de cada relação jurídica casuisticamente observada.

Por outra via, cumpre lembrar que foi precisamente neste preceito que se verificaram as maiores alterações legislativas levadas a cabo em 2014. Referimos supra que a Diretiva 2011/83/EU estabelecia regras relativas à informação a prestar nas relações com o consumidor (tantos nos contratos celebrados à distância, como nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, como ainda nos contratos diferentes dos celebrados à distância e

fora do estabelecimento comercial) em jeito de complemento aos requisitos de informação constantes na Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, e na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”). No que respeita à informação, matéria que aqui releva, há que referir que as alterações se repercutiram nas dozes novas alíneas que passaram a integrar o n. 1 do artigo 8º.

Efetivamente, descreve-se, agora, de forma exemplificativa, mas bastante pormenorizada, o conteúdo da informação que o fornecedor de bens/prestador de serviços tem de prestar ao consumidor sempre que ela não resulte de forma clara e evidente do contexto. Como se pode ler, cumpre agora indicar expressa e claramente aos consumidores, entre outras informações: as características principais dos bens ou serviços; a identidade do fornecedor ou prestador de serviços (nome, firma, endereço, contato telefónico); o preço total do bem ou serviço (taxas e impostos incluídos e eventuais despesas suplementares); o modo de cálculo do preço sempre que este seja impossível de calcular antes da celebração do contrato; as modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega; o sistema de tratamento de reclamações dos consumidores; os centros de arbitragem de conflito de consumo de que o profissional seja aderente e, caso exista, informação sobre arbitragem necessária; o período de vigência do contrato (sempre que se trata de contrato de duração indeterminada ou contrato sujeito a renovações automáticas, deve o consumidor ser informado das condições para a denúncia ou para a não renovação e respectivas consequências sobretudo quando se trata de um contrato com períodos mínimos obrigatórios); as garantias dos bens; as funcionalidades de conteúdos digitais (em particular quanto ao sistema operativo, à versão necessária e às características que incorpora).

As alterações produzidas em 2014 deixam ainda claro que o dever de informação se estende aos contratos de fornecimento de água, gás e eletricidade, quando não postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou contratos de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material.

Vimos, até aqui, a informação que o consumidor tem direito a receber e, bem assim, a quem cabe prestá-la. Vejamos, agora, quais as consequências

O direito à
informação se
traduz no direito
de o consumidor
exigir da
contraparte uma
prestação positiva

legais aplicáveis em caso de incumprimento deste dever de informação particular. Precise-se que o incumprimento surge nos casos de omissão completa de informação e ainda nas situações em que a informação é insuficientemente prestada ou prestada de forma ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço.

Em qualquer uma das situações vindas de referir, o consumidor goza do direito de retratação do contrato, no prazo de *sete dias úteis* a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços. Esta consequência permite devolver a liberdade contratual ao consumidor que dela ficou privado por ocasião da falta de informação ou de uma prestação deficiente deste dever.

Veja-se, porém, que, segundo Mário Frota, “como características essenciais do *direito de retratação* avultam, como o ensina a doutrina e nos permitimos repetir incessantemente, as de: imotabilidade, indenizabilidade e irrenunciabilidade”¹⁷. Trata-se justamente de um direito que pode ser exercido independentemente da existência de qualquer motivo que não seja, na verdade, o da vontade de o consumidor se desvincular da relação jurídica em que interveio. Excepciona-se, desta forma, a subordinação do consumidor a um dos fundamentais princípios orientadores da disciplina contratual: o *pacta sunt servanda*. Por este motivo, a desvinculação do consumidor não acarreta, em regra, qualquer contraprestação. Não se trata, pois, de uma denúncia desmotivada, antes de um verdadeiro direito de arrependimento. A importância concedida a este direito é de tal forma elevada que apresenta natureza injuntiva, sendo nula qualquer tentativa contratual de o afastar, anular ou diminuir.

Daí que nos pareça legítimo questionar se o direito, denominado de “direito de retratação”, oferecido pelo n. 4 do artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor, o é efetivamente, considerando que apenas pode ser exercido quando, como se lê, “se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço”. Se nada fosse dito a respeito da designação do direito aqui em causa, não temos dúvidas que a faculdade dada ao consumidor nestes termos traduziria um direito de resolução, já que apenas pode ser exercida quando decorre um incumprimento de um dever jurídico que recaia sobre a contraparte.

A esta consequência terá necessariamente de acrescer uma outra: a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor. Da conjugação do n. 5 deste artigo 8º com o artigo 485º do Código Civil, conclui-se que se trata de responsabilidade civil do profissional, obrigado a prestar as informações, pelos danos causados pela preterição ou cumprimento deficiente do seu dever jurídico de informar. A responsabilidade civil pelos danos provocados ao

consumidor, originada nos antevistos termos, atingirá de forma solidária todos os intervenientes que, na cadeia da produção à distribuição, tenham violado o dever jurídico de informação a que estão vinculados. O regime de solidariedade aqui instituído é demonstrativo da importância jurídica que assume o direito à informação do consumidor.

O n. 6 do artigo 8º protege o direito de informação do consumidor de prováveis tentativas de o profissional se escudar atrás do “segredo de fabrico” para se evadir do dever que lhe é cometido.

O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço tem, além do mais, um preceito específico, o 7º, que determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito.

Em jeito de conclusão, cremos que queda claro que o artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor, amparado pelo princípio da boa-fé, impõe ao profissional um comportamento honesto durante todo o *iter negotii*, obrigando-o a prestar ao consumidor, de forma objetiva, clara e adequada, um conjunto de informações sob pena de o fazer incorrer em responsabilidade *in contrahendo*, com todos os efeitos perpetuados pelo chamamento deste regime. Para além de responder pelos danos que causar ao consumidor, poderá ainda ver acionado, por parte deste, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços, o chamado direito de retratação e conseqüentemente extinguir a relação jurídica.

III. Parte especial

A parte especial deste estudo vai ser dedicada à análise, breve e sobretudo descritiva, do direito à informação isoladamente consagrado em alguns contratos de consumo que elegemos para o efeito. Atendendo à vasta legislação existente neste âmbito, o estudo que se segue não pode ser pormenorizado e, por isso, pecará, por certo, pela falta de profundidade científica. Porém o que se pretende, no fundo, é demonstrar que nos distintos contratos de consumo há efetivamente uma preocupação em regular de forma autónoma o direito à informação do consumidor ou, se preferirmos, de regulamentar o dever de prestar esta informação. Podemos-nos adiantar ao estudo que se segue e afirmar que o direito do consumidor à informação tem subjacente a mesma *ratio* em todos os diplomas que de seguida se analisam. Em alguns destes diplomas, como veremos, a informação a prestar encontra-se legislada de

forma mais detalhada do que noutros, mas o âmago é o mesmo. Igual sucede no que respeita às consequências que advêm da preterição destes deveres de informar cuja espinha dorsal assenta, em todos os casos, na responsabilidade pré-contratual. Contas feitas, da análise casuística de cada um dos contratos autónomos de consumo que elegemos concluirmos, como se verá, que também nestes contratos, melhor dizendo, que sobretudo nestes contrato, há que respeitar os princípios da boa-fé e da liberdade contratual.

1. O direito à informação no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, traçado pelo Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro¹⁸, visa tratar dos contratos “cujo conteúdo é – em regra, na totalidade – prévia e unilateralmente elaborado por uma das partes, sendo proposto ao destinatário ou destinatários, que não podem discuti-lo, estando colocados perante a alternativa de, aceitando globalmente o clausulado, celebrar o contrato, ou rejeitando-o, prescindir daquela celebração”¹⁹. A importância prática que estes contratos revestem é elevada já que permitem satisfazer necessidades empresariais tidas como determinantes para o sucesso dos planos negociais, como sejam, a celeridade na celebração dos contratos e a uniformidade dos diversos contratos em que intervêm. São precisamente estas condições que anulam, ou diminuem, substancialmente, a possibilidade de negociações prévias entre as partes contratantes. Muda-se, pois, o paradigma em que, até aqui, assentava toda a filosofia contratual. Estes contratos não são, pois, negociados e discutidos casuisticamente, com o intuito de acautelarem os interesses de ambas as partes, mas são plenos de cláusulas unilateralmente redigidas e dirigidas a um número indeterminados de relações jurídicas futuras a celebrar com os agora denominados aderentes. Como é bom de ver, não ficam acautelados os interesses individuais dos aderentes em cada uma das relações jurídicas, já que tendencialmente todos serão tratados da mesma forma. As características destas cláusulas, recorde-se, a redação prévia, a unilateralidade, a rigidez, a generalidade e a indeterminação, acarretam riscos acrescidos para os aderentes que facilmente aceitarão cláusulas cujo conteúdo desconhecem e/ou com conteúdo verdadeiramente abusivo. Prevenir ou diminuir estes riscos demanda, da parte do legislador, um apertado regime de controlo sobre as condições gerais insertas nos contratos.

Observámos que um dos riscos associados a este tipo de contratos padronizados é o do desconhecimento das cláusulas por parte do aderente em

cuja redação não interveio. Para obviar a este risco, impõe o artigo 5º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais um dever de comunicação prévia aos aderentes que venham a subscrever tais cláusulas. O cumprimento deste dever obriga a que o contratante comunique as cláusulas contratuais gerais na íntegra e que essa comunicação seja realizada de modo adequado ao negócio em causa, com a antecedência necessária e atendendo, além do mais, à extensão e complexidade das cláusulas. Vale dizer que não se trata apenas de um dever de comunicação que se materializa na mera leitura das cláusulas ao aderente, implicando, na verdade, a explicação do conteúdo de cada uma delas feita no pressuposto de se tratar de um aderente que “use de comum diligência”, como melhor se explicita no artigo 6º da mesma Lei. Especial destaque para o n. 3 daquele artigo 5º, que inverte o ónus da prova ao colocar do lado do contratante, que submete a outrem cláusulas contratuais gerais, o ónus de provar que a comunicação efetuada era adequada e efetiva. Complementa, como se anteviu, o dever de comunicação estipulado no artigo 5º o dever de informação consagrado no preceito seguinte. Assim, no n. 1 do artigo 6º estipula-se que “o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique”. A explicação aqui envolvida deverá ser adequada, como já se disse, à complexidade das cláusulas e eventualmente ao grau de linguagem técnica utilizado.

Em observação da *law in the courts* concluímos que “a exigência de comunicação deve ser cumprida na íntegra, devendo ser adequada e atempada, não se exigindo ao aderente mais do que a diligência comum, aferida em abstrato, mas tendo em conta as circunstâncias típicas de cada caso”, e que “o dever de informação assume uma natureza personalizada e abrange a extensão da cobertura dos riscos e a medida exata dos direitos e obrigações previstos no contrato, pressupondo iniciativas da empresa utilizadora e não apenas um papel passivo desta”²⁰.

O legislador confere igualmente a possibilidade de o aderente solicitar os esclarecimentos que entenda, nascendo um dever jurídico de os prestar para o contratante que se socorre das cláusulas contratuais gerais, sempre que sejam razoáveis.

Resulta do exposto que o legislador pretende garantir o conhecimento efetivo das cláusulas contratuais a subscrever pelo aderente. A preterição deste dever, consagrada no artigo 8º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, implica a exclusão dos contratos singulares das cláusulas cujos conteúdos não foram, na íntegra, comunicados ou cuja comunicação envolveu a violação do dever de informação. Desta forma, não serão tidas como partes integrantes, sendo efetivamente excluídas do contrato, as cláusulas sobre as

quais o contratante não respeitou os comandos dos artigos 5º e 6º. Diz, a este propósito, o artigo 8º que se consideram “excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”. Veja-se que esta norma abarca, igualmente, as denominadas cláusulas-surpresa, mesmo que tenham sido devidamente comunicadas, isto é, as cláusulas que capciosamente aparentam dizer coisa contrária à que realmente dizem.

Verificando-se a necessidade de, nos termos anteriormente descritos, excluir uma ou mais cláusulas do contrato, mantêm-se, ainda assim, os contratos singulares vigorando, como explica o n. 1 do artigo 9º, “na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos”. Sem embargo, consequência legal mais gravosa terá lugar sempre que se verifique “uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé”. Neste último caso, a sanção aplicável é a da nulidade.

Como resulta óbvio, pretendem estas medidas, por um lado, tutelar o consumidor, aqui na veste de aderente, e, por outro lado, patentear um efeito dissuasor sobre o predisponente. Diga-se, porém, em abono da verdade, que o efeito de tutela do consumidor acaba, na prática, por ser reduzido considerando que, não raras vezes, não se configuram reais alternativas à contratação oferecida pelo predisponente, levando o aderente a aceitar determinadas cláusulas mesmos quando lhes reconhece um regime desfavorável. Sem embargo, há que ressaltar a importância deste dever jurídico que permitirá, a cada passo, munir o aderente de conhecimentos necessários para um entendimento global e específico da relação jurídica em que é parte, através, por um lado, da própria iniciativa do predisponente, impulsionada pelo dever de informar, e, por outro lado, mediante o dever de responder aos esclarecimentos solicitados.

2. O direito à informação no regime dos contratos celebrados à distância e fora de estabelecimento comercial

Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, outrora regulados pelo Decreto-lei 143/2001, de 26 de abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio (revogada pela Diretiva 2011/83/CE,

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/10/CEE, do Conselho, e a Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 85/577/CEE, do Conselho, e a Diretiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), são, desde 13 de junho, regulados pelo Decreto-lei 24/2014, de 14 de fevereiro (que procede à transposição da última diretiva mencionada), alterado pela Lei 47/2014, de 28 de julho²¹.

É, pois, recentíssimo este novo regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. São, de fato, significativas as alterações aportadas no novo diploma que contendem, desde logo, com a denominação dada aos contratos por ele abrangidos. Veja-se, pois, que os anteriormente denominados “contrato ao domicílio e outros equiparados” ganham nova denominação, mais ajustada, de “contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”. No seio da matéria objeto deste estudo, há que destacar que se verificou, com o novo diploma, um verdadeiro fortalecimento dos deveres de informação pré-contratual, como resulta do regime fixado no artigo 4º e das palavras do próprio preâmbulo: “no âmbito das regras aplicáveis em matéria de informação pré-contratual, amplia-se o conteúdo da informação a disponibilizar ao consumidor, referindo-se, a título de exemplo, a informação sobre existência de depósitos ou outras garantias financeiras, bem como a informação sobre a funcionalidade e interoperabilidade dos conteúdos digitais”. Advêm, com efeito, da diretiva os objetivos de assegurar um melhor funcionamento do mercado interno no que concerne, além do mais, à informação pré-contratual a disponibilizar aos consumidores intervenientes nestes tipos de contratos.

Cumprir, antes de mais, que o anterior regime jurídico já previa um quadro legislativo em matéria de informação pré-contratual (a que chamava informações prévias). Este novo diploma vem, no entanto, detalhar as informações que devem ser disponibilizadas ao consumidor durante a fase que antecede a da conclusão do contrato.

Sob a epígrafe “informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial” impõe, o n. 1 do artigo 4º, ao fornecedor do bem ou ao prestador do serviço um dever jurídico de informar o consumidor, em tempo útil e de forma clara e compreensível, sobre uma série de fatos que passa a descrever nas diversas alíneas que se seguem e que fazem uso de todas as letras do alfabeto português²². Esta norma aproxima-se, na formulação e nos objetivos que pretende alcançar, daquela outra já estudada e inserta da Lei de Defesa do Consumidor, pesem embora as necessárias diferenças ocasionadas pelas especificidades inerentes aos negócios celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

Neste contexto, saem reforçados alguns aspectos da informação a prestar ao consumidor como sejam, por exemplo, os relativos à identidade do profissional, que agora deve indicar expressamente, para além do nome ou firma, o endereço físico onde se encontra estabelecido e a indicação dos meios de comunicação, como o telefone ou o endereço eletrónico, que o profissional tenha colocado à disposição do consumidor para que este entre em contato com aquele de forma célere.

Paralelamente com o referido, o legislador interveio de forma muito pormenorizada nas informações a prestar relativamente à determinação total do preço ou dos serviços a contratar e, bem assim, das modalidades de pagamento, das condições inerentes à entrega do bem ou à prestação do serviço.

Acautelou o legislador que, ainda no período pré-contratual, é essencial o consumidor ter consciência, sempre que aplicável, da inexistência de direito de retratação, ou de livre resolução, bem como da exigência de depósitos ou de outras garantias financeiras.

No âmbito dos conteúdos digitais há que destacar a necessidade de se informar devidamente o consumidor das respectivas funcionalidades e das medidas inerentes à proteção técnica.

Destaque ainda para a necessidade de informar o consumidor das consequências, ao nível do exercício do direito de retratação, para o início da prestação de serviços durante o período em que decorre este direito. Com efeito, poderá o consumidor solicitar expressamente que o início da prestação de serviços tenha lugar antes de decorrido o período referente ao direito de retratação. Porém, nesta situação, mantendo-se embora o direito de retratação, poderão ser exigidos ao consumidor os pagamentos correspondentes proporcionalmente aos serviços prestados. Esta solução é aquela que, em nossa opinião, melhor harmoniza os distintos interesses aqui em conflito. De uma parte, permitirá ao consumidor determinar o início da execução do contrato para um período que lhe convém e que é anterior ao decurso do período de retratação. De outra, mantém a possibilidade de o consumidor se retratar apesar de já se ter dado início à execução do contrato. Por fim, não se prejudica o prestador de serviços que atendeu ao pedido expresso do consumidor e, por isso, tem direito aos pagamentos devidos pelos serviços prestados.

Denota-se, também aqui, a elevada preocupação do legislador, comunitário e nacional, de proteger o consumidor proporcionando-lhe todas as condições para formar, livre e conscientemente, a sua vontade.

O artigo 5º cuida dos requisitos de forma nos contratos celebrados à distância. Merece anotação o requisito mencionado no n. 4 deste artigo o qual refere que “quando a conclusão da encomenda implicar a ativação de um

botão ou função semelhante, o botão ou a referida função é identificada de forma facilmente legível, apenas com a expressão «encomenda com obrigação de pagar» ou uma formulação correspondente e inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional”. Pretende-se, de novo, evitar *ex ante* compromissos jurídicos indesejados. De salientar ainda os n.ºs 6 e 7 do mesmo preceito, que determinam que “em caso de comunicação por via telefónica, a identidade do fornecedor do bem ou prestador de serviços ou do profissional que atue em seu nome ou por sua conta e o objetivo comercial da chamada devem ser explicitamente comunicados no início de qualquer contato com o consumidor” e que “quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contato telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor”.

A informação sobre restrições geográficas à entrega e aos meios de pagamento aceites deve estar claramente enunciada nos sítios da internet dedicados ao comércio eletrónico, conforme artigo 7º, sob pena, além do mais, de constituição de contraordenação prevista e punida nos termos do artigo 30º do mesmo diploma.

Em caso de incumprimento do dever de informação, podem ocorrer diversas consequências consoantes à informação preterida.

Assim, se a informação preterida ou prestada deficientemente respeitar a eventuais encargos suplementares ou a outros custos, previstos nas alíneas d), e), f), g) e h) ou quanto aos custos de devolução dos bens referidos na alínea l), todas do n. 1 do artigo 4º, ficará o consumidor desobrigado destas obrigações. Não terá, pois, de os pagar. Compete ao fornecedor de bens ou ao prestador de serviços provar que cumpriu estas informações. A cominação determinada e a inversão do ónus da prova conduzirão, por certo, a cuidados acrescidos do profissional no que toca a prestar estas informações.

Característica essencial destes contratos é o direito de retratação²³, aqui denominado de direito de livre resolução, que concede ao consumidor o direito de resolver o contrato sem “incorrer em quaisquer custos, para além dos estabelecidos no n. 3 do artigo 12º e no artigo 13º quando for caso disso, e sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias”²⁴. Note-se, porém, que se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não “cumprir o dever de informação pré-contratual determinado na alínea j) do n. 1 do artigo 4º,

O legislador
pretende garantir
o conhecimento
efetivo das
cláusulas
contratuais a
subscrever pelo
aderente

o prazo para o exercício do direito de livre resolução é de 12 meses a contar da data do termo do prazo inicial a que se refere o número anterior”. Pode, no entanto, o profissional cumprir o dever de informação pré-contratual no decurso do prazo estipulado no n. 2, caso em que o consumidor disporá de 14 dias para resolver o contrato contados da data da recepção da informação relativa a este direito²⁵.

Quanto ao mais, aplicar-se-ão as regras e as consequências já avançadas aquando da análise da Lei de Defesa do Consumidor.

3. O direito à informação no regime jurídico dos contratos de fornecimento de serviços essenciais

Coube à Lei 23/96, de 23 de julho, criar no ordenamento jurídico português alguns dos mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, como se pode ler no pequeno preâmbulo que antecede o normativo²⁶.

Tal como nos demais contratos, também estes devem ser norteados pelo princípio da boa-fé. Desnecessária era, por isso, a instrução dada, nesse sentido, pelo artigo 3º da lei, que estipula que o prestador do serviço deve proceder de boa-fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger. É, porém, no artigo seguinte que são delineadas as obrigações referentes à informação a prestar ao consumidor. Esta norma, à semelhança das anteriormente analisadas a este propósito, realça a necessidade de a informação ser prestada de forma conveniente. A informação a prestar nestes domínios versará sobre as condições em que o serviço é fornecido e obriga o prestador de serviços a propiciar “todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias”. Este normativo inclui, no n. 2, orientações específicas sobre as informações a prestar no âmbito das tarifas a aplicar, referindo que o prestador de serviços deverá informar diretamente e “de forma atempada e eficaz sobre as tarifas aplicáveis pelos serviços prestados, disponibilizando-lhes informação clara e completa sobre essas tarifas”. O n. 3 do mesmo preceito dispõe sobre a mesma matéria do n. 2, isto é, sobre as informações referentes às tarifas, mas, desta feita, tem como destinatários os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas. Neste número, impõe-se que estes informem “regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à Internet e à televisão por cabo”.

O dever de informação verifica-se, assim, tanto na fase pré-contratual como durante toda a execução do contrato.

Ainda nesta sede não será despidiendo chamar à colação os dizeres do artigo 5º; prescreve este normativo que a suspensão do fornecimento do serviço público, salvo caso furtuito ou de força maior, apenas pode ocorrer depois de dirigido ao utente o pré-aviso adequado. Ora, em caso de mora do utente, situação que, na maior parte das vezes, motiva a suspensão do serviço, deverá este ser avisado por escrito, com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data da suspensão. Este aviso deverá levar incluída a informação concernente aos meios que o utente “tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais”.

Considerando que não decorrem deste diploma consequências específicas e adicionais às determinadas pelo regime geral, seremos novamente conduzidos para este regime sempre que, neste particular, ocorram violações ao direito de informação do consumidor.

Neste ponto dos serviços públicos essenciais, não podemos deixar de referir, de forma meramente sumária, as diretrizes da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, a chamada Lei das Comunicações Eletrónicas²⁷. Entre os objetivos desta regulação, apontado no artigo 5º, consta, na alínea c) do n. 1, o de “defender os interesses dos cidadãos”. Adiante, a alínea d) do n. 4 refere que compete à Autoridade Reguladora Nacional (ANR) neste domínio “promover a prestação de informações claras, exigindo, especialmente, transparência nas tarifas e nas condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público”.

As regras para a celebração destes contratos estão definidas no artigo 48º e incluem, naturalmente, a necessidade de o prestador do serviço fornecer um enorme conjunto de informações que garanta os direitos do consumidor. Veja-se que, nos termos do n. 10 deste artigo 48º, a “ANR pode determinar a imediata cessação da utilização dos contratos em uso pelas empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público ou a sua adaptação, quando verifique a sua desconformidade com as regras fixadas na legislação cuja aplicação lhe cabe supervisionar ou com qualquer determinação proferida no âmbito das suas competências, seguindo, para o efeito, o procedimento previsto no artigo 110º”²⁸.

Ainda no domínio dos serviços públicos essenciais, é de considerar o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos regulado pelo Decreto-lei 194/2009, de 20 de agosto.

Neste diploma também transparece a preocupação de acautelar os direitos do consumidor e de lhe garantir o acesso à informação necessária. Sob a epígrafe “direito à informação”, estipula o artigo 61º que os “utilizadores têm direito a ser informados de forma clara e conveniente pela entidade gestora das condições em que o serviço é prestado, em especial no que toca aos tarifários aplicáveis”. Denota-se, novamente, preocupação legislativa em assegurar que os utentes sejam informados dos preços a pagar pela utilização do serviço. Dispõe ainda este preceito: “As entidades gestoras devem dispor de um sítio na Internet no qual seja disponibilizada informação essencial sobre a sua atividade, nomeadamente: a) Identificação da entidade gestora, suas atribuições e âmbito de actuação; b) Estatutos e contrato relativo à gestão do sistema e suas alterações, quando aplicável; c) Relatório e contas ou documento equivalente de prestação de contas; d) Regulamentos de serviço; e) Tarifários; f) Condições contratuais relativas à prestação dos serviços aos utilizadores; g) Resultados da qualidade da água, no caso de entidades gestoras do serviço de abastecimento de água, bem como outros indicadores de qualidade do serviço prestado aos utilizadores; h) informações sobre interrupções do serviço; i) Contatos e horários de atendimento”.

Por sua vez, menciona o n. 3 do artigo 63º, respeitante aos contratos de fornecimento e de recolha, que “a entidade gestora deve disponibilizar aos utilizadores, por escrito e no momento da celebração do contrato de fornecimento, as condições contratuais da prestação do serviço, incluindo informação clara e precisa acerca dos principais direitos e obrigações dos utilizadores e da entidade gestora, nomeadamente, quanto à medição, faturação, cobrança, condições de suspensão do serviço, tarifário, reclamações e resolução de conflitos”.

A sanção para a preterição dos deveres de informação supramencionados encontra-se estipulada, desde logo, no artigo 72º, que indica que: “constitui contraordenação, punível com coima de € 7.500 a € 44.890, no caso de pessoas coletivas, a prática dos seguintes atos ou omissões: incumprimento dos deveres de informação previstos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 61º e no n. 6 do artigo 80 e falta de prestação de informação aos utilizadores sobre as condições contratuais nos casos previstos no n. 3.”

Paralelamente com as sanções especificamente traçadas neste diploma, serão de aplicar, sempre que cumpram os respectivos pressupostos, as consequências que já adiantamos para o incumprimento do dever de informação e que constam da Lei de Defesa do Consumidor e da aplicação das regras do Código Civil.

4. O direito à informação no regime jurídico dos contratos de seguro

De forma muito breve, podemos definir, com Pedro Romano Martinez, o contrato de seguro como “o contrato aleatório por via do qual uma das partes (o segurador) se obriga, mediante o recebimento de um prémio, a suportar um risco, liquidando o sinistro que venha a ocorrer”²⁹.

Foi com agrado que verificámos, aquando da publicação do diploma, que ele procurava, além do resto, proteger a parte contratual mais débil. No que aqui nos preocupa, este diploma procedeu, como se antevê pela leitura do preâmbulo, “a uma uniformização tendencial dos deveres de informação prévia do segurador ao tomador do seguro”. O regime geral aqui regulado e o único que vamos tratar foi, posteriormente, objeto de desenvolvimento legislativos em diplomas autónomos direcionados a determinados contratos de seguro em particular (como sucede, por exemplo, com o contrato do seguro de vida).

Estabelece o artigo 18º do diploma em análise que, para além de todas as indicações a incluir obrigatoriamente na apólice, deve o segurador prestar ao tomador de seguro todos os esclarecimentos exigíveis e informar, particularmente, sobre um conjunto exemplificativo e discriminado de aspectos. De entre estes, ressaltam, tal como nas situações anteriormente vistas, as informações relativas à identidade do segurador, ao preço total do prémio, às modalidades de pagamento e às consequências da falta de pagamento. Ainda desta norma resulta o dever de informar sobre aspectos particularmente direcionados para este tipo de contrato como sejam os relacionados com as exclusões e as limitações da cobertura, os agravamento ou bónus que possam ser aplicados, o montante mínimo do capital nos seguros obrigatórios, entre outros. Note-se que as informações destacadas neste artigo deverão ser cumuladas com outras que eventualmente devam ser aplicadas em função do tipo de contrato em particular ou da forma como este é celebrado. Assim, por exemplo, se se tratar de um contrato de seguro celebrado à distância há que cumular ambos os regimes, como resulta, aliás, de forma expressa do artigo 19º. Trata-se de informação prévia à celebração do contrato e, por isso, deve ser prestada em momento anterior. Exige o legislador que o segurador preste tais informações por escrito e em língua portuguesa, salvo nas situações que expressamente excepciona.

O legislador vai ainda mais longe no que toca ao dever de informação a cargo do segurador e impõe-lhe, no artigo 22º, um dever especial de esclarecimento. Com este dever fica o segurador obrigado a analisar a situação

em concreto e, em função dela, “esclarecer o tomador de seguro acerca de que modalidades de seguro, entre as que ofereça, são convenientes para a concreta cobertura pretendida”. Detalhadamente deve o segurador esclarecer todos os pedidos apresentados pelo tomador e, por sua iniciativa, alertá-lo para o âmbito da cobertura proposta, referindo expressamente questões de elevada importância como sejam as ligadas aos denominados períodos de carência, às circunstâncias de cessação do contrato por parte do segurador e ainda às inerentes aos riscos de ruptura de garantia.

O incumprimento deste dever de informar resulta, de novo, na responsabilidade civil, apurada e exercida nos termos gerais. Desnecessário seria que a lei o dissesse expressamente, pois, como vimos, será essa a sorte de todos os incumprimentos neste âmbito, mas o legislador quis reforçar este regime e veio lembrá-lo no n. 1 do artigo 23º. A esta consequência adicionou o legislador uma outra: a do direito de resolução do contrato, por parte do tomador, sempre que este incumprimento tenha afetado a sua decisão de contratar e desde que não tenha sido acionada a cobertura por terceiro. Contrariamente à denominação apresentada na Lei de Defesa do Consumidor, recorde-se, direito de retratação, vem o legislador, bem no nosso entender, optar expressamente pela terminologia de “direito de resolução”. O exercício deste direito deve ocorrer no prazo de 30 dias a contar da recepção da apólice e implica a devolução da totalidade do prémio paga, visto que produz efeitos retroativos. Da mesma sorte goza o contrato de seguro cujas condições da apólice sejam distintas das informações prestadas antes da celebração do contrato.

Fora do âmbito de análise deste estudo e, por isso, pouco relevante para o mesmo são inúmeros deveres de informação que recaem sobre o tomador do seguro e que se encontram expressamente definidos ao longo de todo o diploma (ver, por exemplo, entre outros, os artigos 24º, 78º, 87º, 91º).

5. O direito à informação no regime jurídico dos contratos de crédito a consumidores

O acervo legislativo que regulava este assunto e que se materializava, a nível nacional, no disposto no Decreto-lei 359/91, de 21 de setembro, revelou-se de extrema importância no âmbito da informação a prestar ao consumidor, em particular, na fase pré-contratual. Foi entretanto revogado por ocasião da necessidade de transposição de normas comunitárias exigidas face à evolução sentida neste campo em particular. Assim, atualmente rege esta matéria o Decreto-lei 133/2009, de 2 de junho, que procedeu à transposição para o nosso ordenamento da Diretiva 2008/48/CE, de 23

de abril, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a contratos de crédito aos consumidores, que exprime a urgência na realização de um mercado comunitário de produtos e serviços financeiros, quer prevendo a uniformização da forma de cálculo e dos elementos incluídos na TAEG, quer reforçando os direitos dos consumidores, nomeadamente o direito à informação pré-contratual. Merece ainda distinção a obrigatoriedade de o credor avaliar a solvabilidade do consumidor em momento prévio ao da celebração do contrato.

O artigo 6º do diploma que ora se analisa vem tratar da informação pré-contratual³⁰. Refere-se aqui, como usual nestas matérias, um extenso rol de informações a prestar pelo credor ao consumidor, na fase prévia à da conclusão do negócio. Primeiramente, tenta-se assegurar que o credor forneça ao consumidor informações para que este se sinta capaz de decidir a oferta que melhor se ajuste à sua situação concreta. Na esteira da diretiva, determina o n. 2 do mesmo artigo 6º que as informações sejam prestadas em suporte de papel (ou noutro suporte com carácter duradouro) através da ficha sobre “informação normalizada europeia em matéria de crédito a consumidores” (que se encontra no anexo II ao decreto-lei). Atente-se, no entanto, nas regras especiais para os contratos celebrados por telefone (matéria regulada no âmbito do regime jurídico da contratação à distância de serviços financeiros), que “a descrição das principais características do serviço financeiro a fornecer deve incluir, pelo menos, os elementos referidos nas alíneas c), d), e), f), g) h) e p) do n. 3 do presente artigo e na alínea c) do n. 2 do artigo 8º, bem como a TAEG ilustrada através de exemplo representativo e o custo total do crédito imputável ao consumidor”.

Assim, todas as informações insertas nas várias alíneas do n. 3 do artigo 6º devem constar da predita ficha. Outras, querendo o credor prestá-las, deverá fazê-lo por via de outro documento que apensarão à ficha, nos termos do n. 4.

Quando se trate de contrato celebrado a pedido do consumidor, através de um meio de comunicação à distância que não permita que as informações sejam prestadas nos exatos termos prescritos pelo artigo 6º, o credor deve “facultar ao consumidor, na íntegra e imediatamente após a celebração do contrato de crédito, as informações pré-contratuais devidas através da ficha da «informação normalizada europeia em matéria de crédito a consumidores”.

O artigo 7º estipula o dever de assistência ao consumidor referindo que o credor deve prestar ao consumidor os esclarecimentos adequados a que este tome a decisão certa sobre o negócio em causa. Estes esclarecimentos que englobam, entre outros aspectos, a explicação sobre as características essenciais dos produtos propostos e as consequências da falta de pagamento

deverão permitir ao consumidor avaliar se o contrato proposto é adequado às suas necessidades e às suas capacidades financeiras.

Já o artigo 8º respeita às informações pré-contratuais a fornecer nos casos dos contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto e noutros contratos de crédito especiais.

Privamo-nos de transcrever o conteúdo das dezenove alíneas do n. 3 do artigo 6, mas pela quantidade referida bem se vê que se trata, como já se disse, de extensa listagem. A estas acrescentam todas as outras informações que indicamos de forma sumária. Cabe, portanto, perguntar, com Mário Frota, se “um tão extenso rol de informações ainda nas primícias negociais não constituirá decisivo obstáculo à integral satisfação dos ditames da lei, a que se aliará a proverbial iliteracia dos consumidores, não suprida porque inexistentes as ações de informação e de educação financeira apropriadas, amiúde afirmadas mas permanentemente denegadas, já que, como proclamavam os romanos, *summum jus summa injuria...*”³¹

Em caso de preterição destes deveres assistirá ao consumidor o recurso ao instituto da responsabilidade pré-contratual, na qual poderá reclamar o ressarcimento dos danos advenientes da falta de honestidade da contraparte. Em particular, poderá o consumidor deitar mão ao artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor e, sempre que este preceito não acolha a sua situação, ao artigo 227º do Código Civil, nos termos atrás referidos.

6. O direito à informação no regime dos contratos à distância de serviços financeiros em especial

O Decreto-lei 95/2006, de 29 de maio, “estabelece o regime aplicável à informação pré-contratual e aos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância pelos prestadores autorizados a exercer a sua atividade em Portugal” e procede à transposição da Diretiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, relativa a comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores³².

O regime específico da informação vem regulado nos artigos 11º a 17º do presente diploma. Tratam estes preceitos de regular a forma e o momento da prestação de informações, referindo que devem ser comunicadas em papel ou noutro suporte duradouro e que se trata de informação pré-contratual e, por isso, a ser prestada antes da celebração do contrato. A informação deve ser clara e perceptível. Deve o prestador de serviços informar especificamente o consumidor de todos os aspectos descritos nas várias alíneas do artigo 13º, que se relaciona diretamente com elementos relativos à identidade dos

prestadores de serviços. No artigo seguinte, estipulam-se as informações sobre o serviço financeiro objeto do contrato a celebrar. A informação aqui relatada e exigida é, no fundo e *mutatis mutandis*, a que já vimos nos contratos anteriores, como é o caso da descrição das principais características do serviço financeiro e dos elementos relativos ao preço. Estipula-se, de seguida, no artigo 15º a informação relativa ao contrato à distância e no artigo que sucede a informação referente aos sistemas de indenização aos investidores e de garantia de depósitos e, bem assim, à existência ou não de meios extrajudiciais de resolução alternativa de litígios e respectivo modo de acesso, isto é, aos denominados mecanismos de proteção. Por sua vez, a informação adicional vem regulada no artigo 17º.

A preterição destes deveres faz o respectivo titular incorrer em contraordenação, punível com coima de 2.500 euros a 1.500.000 euros, se praticada por pessoa coletiva, e de 1.250 euros a 750.000 euros, se praticada por pessoa singular, nos termos do artigo 35º.

Conclusões

Com a categoria de direito fundamental, o direito à informação dos consumidores assume especial relevância na função última deste ramo jurídico que, como se sabe, coincide com a proteção da parte considerada mais débil no âmbito das relações jurídicas de consumo, reclamando, por assim ser, tratamento jurídico específico.

Foram objeto do estudo que ora finda as normas jurídicas direcionadas a definir o conteúdo do direito à informação devido aos consumidores, as formas de o concretizar e, bem assim, as consequências advenientes do não cumprimento, ou do cumprimento defeituoso, do dever que este direito faz nascer.

A importância legislativa desta temática demandou, do legislador nacional e do legislador da União Europeia, a determinação de um quadro normativo exaustivamente detalhado no que respeita, sobretudo, ao conteúdo da informação a prestar pelo profissional e às consequências para a preterição de tais deveres.

Certo é que o direito à informação do consumidor recebe tratamento jurídico em dois planos distintos. Por uma parte, de forma genérica, e, por isso, aplicável a todas as relações de consumo, na Lei de Defesa do Consumidor. Por outra parte, de forma expressa, em cada um dos diplomas autónomos direcionados para regular relações jurídicas de consumo especiais.

Na Lei de Defesa do Consumidor o tratamento desta questão espalha-se por dois contextos distintos: um direito à informação em geral (artigo 7º) e um direito à informação em particular (artigo 8º).

No quadro normativo geral, a regulação do direito à informação, enquanto direito subjetivo, aquele que melhor acautela individualmente o consumidor, encontra-se no artigo 8º. Vimos que subjacente a esta norma está o espírito enformador do princípio da boa-fé, tratado no artigo 227º do Código Civil.

Concluimos igualmente que a informação que é devida aos consumidores é uma informação clara, objetiva e adequada para que este possa decidir em consciência sobre a conclusão do contrato.

Dá-se incumprimento do dever de informar nos casos de omissão completa de informação e ainda nas situações em que a informação é insuficientemente prestada ou prestada de forma ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço.

Do estudo que precede, verificámos ainda que o funcionamento dos regimes jurídicos definidos nos artigos 8º da Lei de Defesa do Consumidor, por um lado, e do artigo 227º do Código Civil, por outro, não se excluem mutuamente podendo, por isso, a sua aplicação coexistir na mesma relação jurídica desde que, naturalmente, cumpridos os pressupostos e as condições que lhe subjazem.

Tratámos as consequências originadas pela preterição do dever de informar de onde constam duas particularmente relevantes pelas implicações jurídicas que acarretam. Assim, por um lado, e com o intuito de concretizar ex post a liberdade contratual restringida ex ante, o consumidor goza do direito de retratação do contrato (com as devidas considerações terminológicas que efetuámos a este propósito), no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços. Por outro lado, acresce e cumula com esta consequência a da responsabilidade civil do profissional pelos danos causados ao consumidor.

Da análise efetuada a alguns dos principais diplomas que regulam determinadas relações jurídicas de consumidor, verificámos que, em todos eles, o tratamento do direito à informação assenta no princípio da boa-fé. As principais diferenças legislativas que podemos apontar residem, mais do que na qualidade do conteúdo do direito à informação, no detalhe que lhes é atribuído.

Concluimos, igualmente, que independentemente do diploma em causa, desde que verificados os pressupostos para o efeito, poderá o consumidor lançar mão de vários regimes: i) o especialmente regulado no diploma, ou diplomas, que rege(m) a relação de consumo em particular; ii) o da Lei de Defesa do Consumidor; iii) o do Código Civil.

Notas

¹ Recordem-se as emblemáticas e amplamente citadas palavras de John F. Kennedy que bem acolhem esta consciencialização universal ao expressar que “Consumers, by definition, include as all”. Esta mensagem ao Congresso, de 1962, acabou por representar um dos maiores impulsos à criação de normas protetoras do consumidor, na esteira, aliás, de movimentos que se começavam a fazer sentir em várias frentes (como foi o caso, entre outro, do fortalecimento do Pure Food and Drug Act que, em 1938, passou a regular igualmente os cosméticos). Para aprofundar a evolução histórica do Direito do Consumo e sobre a mensagem de John F. Kennedy, *vd.* HIPPEL, Eike Von. *Verbraucherchutz*. 3ed. Tübingen: J.C. Mohr, 1986, p. 25 e ss.

² Para uma breve aproximação à evolução do direito à informação do consumidor, *vd.* REBELO. Fernanda Neves, O Direito à informação do Consumidor na Contratação à Distância, in *Liber Amicorum de Mário Frota (Estudos de homenagem)*, Almedina, 2012, p. 113 e ss. Para maiores desenvolvimentos sobre o Direito do Consumo *cf.* ALMEIDA, Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005 e LEITÃO, Luís Menezes (coord.), *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

³ A este propósito, *vd.* MIRANDA, Jorge, *Direito da Economia*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982/1983 (policopiado), p. 507 e 508.

⁴ Estes direitos, quando consubstanciados no artigo 11º da CRP, integram a Organização Económica da Constituição passando, posteriormente, em 1989, aquando da revisão constitucional, a fazer parte do leque dos direitos fundamentais, de natureza económico-social. Para maiores desenvolvimentos, *vd.* ANDRADE, Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», in *Estudos do Direito do Consumidor*, n. 5, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003.

⁵ No plano europeu foram emanadas diretivas de referência, como sejam, a relativa à responsabilidade do produtor (Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho), a referente a contratos celebrados fora do estabelecimento (Diretiva 85/577/CEE, 20 de dezembro), a relativa ao crédito ao consumo (Diretiva 87/102/CE, de 22 de dezembro), a referente aos direitos reais de habitação periódica (Diretiva 94/47/CE, de 26 de outubro), a relacionada com as vendas à distância (Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio), a dirigida às vendas de bens de consumo (Diretiva 99/44/CE, de 25 de maio). Neste mesmo período, foram igualmente adotados diplomas importantes, a saber, o Decreto-Lei 238/86, de 19 de agosto, referente à obrigatoriedade do uso da língua portuguesa nas informações sobre os bens ou serviços oferecidos ao público, (alterado em 1988, por via do Decreto-lei 42/88, de 6 de fevereiro, e do Decreto-lei 62/88, de 27 de fevereiro, no que respeita a máquinas, aparelhos, utensílios e ferramentas), o Decreto-lei 253/86, de 25 de agosto, (alterado pelo Decreto-lei 73/94, de 3 de março), que veio definir as práticas comerciais incidindo em particular sobre a redução dos preços e o Decreto-lei 213/87, de 28 de maio, que regula os bens e serviços considerados perigosos para o consumidor. Também a legislação referente às cláusulas contratuais gerais se revelou de extrema importância nesta sede (Decreto-lei 446, de 31 de agosto, alterado pelo Decreto-lei 249/99, de 7 de julho, e pelo Decreto-lei 323/2001, de 17 de dezembro). Ainda no século XX, foram publicados alguns diplomas de relevo, com especial destaque para a Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-lei 67/2003, de 8 de abril, e pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro, e pela Lei 47/2014, de 28 de julho), para a legislação referente à habitação periódica (Decreto-lei 275/93, de 5 de agosto, alterado pelo Decreto-lei 180/99, de 22 de maio, pelo Decreto-lei 22/2002, de 31 de janeiro, pelo Decreto-lei 76-A/2006, de 29 de março, pelo Decreto-lei 116/2008, de 4 de julho, e pelo Decreto-lei 37/2011, de 10 de março), para as matérias inerentes à responsabilidade por produtos defeituosos (Decreto-lei 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo

Decreto-Lei 131/2001, de 24 de abril), para a Lei 83/95, de 31 de agosto, sobre a ação popular, para as matérias da Resolução extrajudicial de conflitos de consumo (Decreto-lei 146/99, de 4 de maio), para a Lei dos serviços públicos essenciais (Lei 23/96, de 26 de julho, alterada pela Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, pela Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, pela Lei 24/2008, de 2 de junho, pela Lei 6/2011 de 10 de março, pela Lei 44/2011, de 22 de junho, e pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro), para o Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (Decreto-lei 195/99, de 8 de junho, alterado pelo Decreto-lei 100/2007, de 2 de abril), para a legislação sobre os preços (Decreto-lei 138/90, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-lei 162/99, de 13 de maio, este retificado pela Declaração de retificação 10-AF/99, de 31 de maio), para o Código da publicidade (Decreto-lei 330/90, de 23 de outubro, alterado pelo Decreto-lei 74/93, de 10 de março, pelo Decreto-lei 6/95, de 17 de janeiro, pelo Decreto-lei 61/97, de 25 de março, pela Lei 31-A/98, de 14 de julho, pelo Decreto-lei 275/98, de 9 de setembro, pelo Decreto-lei 51/2001, de 15 de fevereiro, pelo Decreto-lei 332/2001, de 24 de dezembro, pela Lei 32/2003, de 22 de agosto, pelo Decreto-lei 224/2004, de 4 de dezembro, pela Lei 37/2007, de 14 de agosto, pelo Decreto-lei 57/2008, de 26 de março, e pela Lei 8/2011, de 11 de abril). O labor legislativo continuou no século XXI sendo de destacar os seguintes diplomas com relevo para estas matérias: o da compra e venda de bens de consumo e garantias (Decreto-lei 67/2003 (alterado pelo Decreto-lei 84/2008, de 21 de maio); o dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento e outras modalidades de venda e de prestação de serviços (Decreto-lei 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei 47/2014, de 28 de julho); o do crédito ao consumo (Decreto-lei 133/2009, de 2 de junho, retificado pela Declaração de Retificação 55/99, de 31 de julho, e alterado pelo Decreto-lei 72-A/2010, de 18 de junho, e pelo Decreto-lei 42-A/2013, de 28 de março), práticas comerciais com redução de preço (saldos, promoções, liquidações) (Decreto-lei 70/2007, de 26 de março – retificado pela Declaração de retificação 47-A/2007, de 25 de maio); o das práticas comerciais desleais (Decreto-lei 57/2008, 26 de março); o das agências de viagem e viagem organizadas (Decreto-lei 61/2011, de 6 de maio, alterado pelo Decreto-lei 199/2012, de 24 de agosto, e pelo Decreto-lei 26/2014, de 14 de fevereiro); o do comércio eletrónico (Decreto-lei 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-lei 62/2009, de 10 de março, pela Lei 46/2012, de 29 de agosto e pela Lei 42/2013, de 3 de julho); o do Livro de reclamações (Decreto-lei 156/2005, de 15 de setembro, alterado pelo Decreto-lei 371/2007, de 6 de novembro, pelo Decreto-lei 118/2009, de 19 de maio, pelo Decreto-lei 317/2009, de 30 de outubro, e pelo Decreto-lei 242/2012, de 7 de novembro); o da ação inibitória (Lei 25/2004, de 8 de julho); o das Comunicações Eletrónicas (Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, retificada pela Declaração de retificação 32-A/2004, de 10 de abril, e alterada pelo Decreto-lei 176/2007, de 8 de maio, pela Lei 35/2008, de 28 de julho, pelo Decreto-lei 123/2009, de 21 de maio, pelo Decreto-lei 258/2009, 25 de setembro, pela Lei 46/2011, de 24 de junho, pela Lei 51/2011, de 13 de setembro, pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro, e pela Lei 42/2013, de 3 de julho); o dos serviços de desbloqueamento de equipamentos e rescisão do contrato durante o período de fidelização (Decreto-lei 56/2010, de 1 de junho); o do arredondamento da taxa de juro nos contratos de crédito à habitação (Decreto-lei 240/2006, de 22 de dezembro e Carta Circular do Banco de Portugal 1/2008, de 9 de janeiro); o do arredondamento da taxa de juro nos contratos de *leasing*, aluguer de longa duração, *factoring* e outros (Decreto-lei 171/2007, de 8 de maio, alterado pelo Decreto-lei 88/2008, de 29 de maio), o das práticas comerciais das instituições de crédito nos contratos de crédito à habitação (Decreto-lei 51/2007, de 7 de março, alterado pelo Decreto-lei 88/2008, de 29 de maio, e pelo Decreto-lei 192/2009, de 17 de agosto); o da Renegociação e mobilidade dos contratos de crédito (Decreto-lei 171/2008, de 26 de agosto); o do regime jurídico do contrato de seguro (Decreto-lei 72/2008, de 16 de abril, retificado pela Declaração de Retificação 32ªA/2008, de 13 de junho, por sua vez retificada pela Declaração de Retificação 39/2008, de 23 de julho), o

do dever de informação do segurador ao beneficiário dos contratos de seguros de vida, de acidentes pessoais e das operações de capitalização com beneficiário em caso de morte, e registo central destes contratos de seguro e operações de capitalização (Decreto-lei 384/2007, de 19 de novembro).

⁶ *Vd.* PINTO, Paulo Mota, Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 5, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 189.

⁷ Sobre a natureza jurídica do Direito do Consumo *vd.* CORDEIRO, Menezes, «Da natureza civil do direito do consumo», in *O Direito*, ano 136, IV, Coimbra, 2004. CARVALHO, Jorge Morais de, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.

⁸ *Vd.*, entre outros, MONTEIRO, Pinto, «Sobre o direito do consumidor em Portugal», in *SubJudice 24 – O Estado do Direito do Consumidor*, n. 24, Almedina, Coimbra, 2003.

⁹ Pegado Liz refere ainda que “é neste quadro que avulta a noção de ‘informação adequada’ onde a qualidade e não a quantidade deve ser privilegiada de forma a corresponder às reais necessidades e expectativas dos consumidores, aferida em função da sua finalidade, conteúdo, apresentação e contexto. Contrariamente ao que recentes textos da Comissão apregoam, não é a quantidade da informação que conta; a informação deve corresponder às reais necessidades e às expectativas dos consumidores e a sua adequação deve ser aferida em função da finalidade, do conteúdo, da apresentação e do contexto”. Cfr. LIZ, Jorge Pegado, «Tendências internacionais e nacionais da política de protecção dos consumidores», in *Actas do I Congresso Internacional do OBSERVARE – 1st International Conference*, 16, 17 e 18 de novembro de 2011, Universidade Autónoma de Lisboa/Fundação Calouste Gulbenkian, disponível em <http://observare.ual.pt/conference>, última consulta a 17/10/2014. Ainda sobre a mesma temática cfr. LIZ, Jorge Pegado, «Algumas reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação», in *Liber Amicorum de Mário Frota (Estudos de homenagem)*, Almedina, 2012.

¹⁰ *Vd.*, entre outros, MONTEIRO, Pinto, «A proteção do consumidor de serviços essenciais», in *Estudos do Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, 2000, p. 334.

¹¹ Sobre o deficiente enquadramento legal destes preceitos, refere Morais de Carvalho que “os três últimos números do artigo 7º encontram-se deslocados, uma vez que, tal como no que respeita às questões tratadas no artigo 8º, não estão em causa problemas de informação. O uso da língua portuguesa (n. 3 do artigo 7º) ainda se pode considerar abrangido na obrigação de promover a informação a cargo do Estado e das outras entidades públicas referidas; no entanto, o espírito da norma é mais amplo incluindo também uma imposição a todos os profissionais de, nas relações com os consumidores, utilizarem a língua portuguesa nas suas declarações, podendo, neste caso, a informação ter uma função de promessa, o que compromete a sua qualificação como informação. No caso do n. 5 do artigo 7º, não só não se trata de informação, como o problema não é geral, mas particular ou concreto, no sentido de relativo aos contratos celebrados ou a celebrar. Assim, esta norma trata do problema da inclusão das mensagens publicitárias no conteúdo do contrato. O preceito diz-nos que ‘as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito [...]’ são cláusulas contratuais, vinculando e, portanto, não constituindo informação, pelo menos em sentido estrito”. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais de, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 114-5.

¹² A atual redação do artigo 8º da Lei de defesa do consumidor dispõe que: “1 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar

o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre: a) As características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa; b) A identidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços, nomeadamente o seu nome, firma ou denominação social, endereço geográfico no qual está estabelecido e número de telefone; c) Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso; d) Modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato; e) A indicação de que podem ser exigíveis encargos suplementares postais, de transporte ou de entrega e quaisquer outros custos, nos casos em que tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato; f) As modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega do bem ou da prestação do serviço, quando for o caso; g) Sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária; h) Período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua denúncia ou não renovação, bem como as respetivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos; i) A existência de garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respetivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições; j) A funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de proteção técnica, quando for o caso; k) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento; l) As consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço. 2 – A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação. 3 – Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor. 4 – Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retratação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de receção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços. 5 – O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação. 6 – O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor. 7 – O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito. 8 – O disposto no n. 1 aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, aos de aquecimento urbano ou aos de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material.”

¹³ Do artigo 8º não constam expressamente consagrados os chamados deveres de informação pós-contratual. No entanto, não podemos olvidar que em determinados contratos esse dever existe. Pensamos, desde logo, nos contratos de execução continuada que, tal como se compreende, renovarão o dever de informação a cada alteração pontual que se verifique. Pensamos, igualmente, nos contratos cujo objeto, isto é, cuja obrigação principal, se traduz precisamente num dever de informação. Na verdade, “se o cumprimento desta obrigação de informação se impõe num momento prévio à celebração do contrato e, bem assim, na própria celebração do contrato, fazendo o legislador depender da validade deste tipo de contratos a existência e comunicação de um conjunto de menções obrigatórias, que do mesmo devem constar, o dito dever mantém-se, ainda e sempre durante a execução do contrato. Tratando-se de um contrato de execução continuada, que se perpetua no tempo, deverão ser prestadas ao consumidor todas as informações relativas à execução do mesmo, nomeadamente naqueles seus elementos que possam sofrer variações”. FROTA, Mário (coord.), *Serviços Financeiros, Associação Portuguesa de Direito do Consumo*, junho 2013, p. 96-7.

¹⁴ Para maiores desenvolvimentos, sobre o conteúdo do art. 227 do Código Civil, *vd.*, CORDEIRO, Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, 2011 (4ª reimpressão da edição de 1997). Este autor refere que o artigo 227º do Código Civil encerra deveres de proteção, de informação e de lealdade e avança que “os deveres de proteção obrigam a que, sob pretexto de negociações preliminares, não se inflijam danos à contraparte: danos diretos, por um lado, à sua pessoa e bens, embora esta situação, em Portugal, possa ser solucionada pelos esquemas da responsabilidade civil, [...]; danos indiretos, por outro, derivados de despesas e outros sacrifícios normais na contratação revestirem, por força do desenvolvimento subsequente do processo negocial, uma característica de anormalidade. Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por ação, portanto com indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer. O dolo negocial – art. 253º/1 – implica, de forma automática, a violação dos deveres de informação. Mas não a esgota: pode haver violação que, não justificando a anulação do contrato por dolo, constitua, no entanto, violação culposa do cuidado exigível e, por isso, obrigue a indenizar por culpa *in contrahendo*. Os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta”. *Vd.* Igualmente a este propósito, LEITÃO, Luís Menezes, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, in *ROA*, ano 60, n. 1, 2000, p. 49-71. A responsabilidade decorrente da aplicação do artigo 227º do Código Civil é ainda objeto de várias decisões jurisprudenciais. Vejam-se os dizeres de Acórdão da Relação de Lisboa, de 16/06/2011: “A responsabilidade pré-negocial não existe apenas quando as partes não adotam um padrão de lisura, honestidade negocial, consideração dos interesses da contraparte, observando deveres de conduta compatíveis com a natureza do negócio em formação, mas também quando tendo aproximado pela via dessa negociação a conclusão do negócio, por fato seu, este já em fase adiantada não é concluído”. Dizendo ainda que “o interesse protegido pelo normativo do art. 227º do Código Civil é a boa-fé a confiança de quem negocia para a conclusão do negócio, sendo que aquele que induz a confiança terá de ser responsabilizado se a trai”. E que “jurisprudência, maioritariamente, considera, que o dano indenizável é o do interesse contratual negativo, ou dano de confiança, pelo que o lesado deve ser colocado na posição em que estaria se não tivesse encetado as negociações, tendo direito a haver aquilo que prestou na expectativa da consumação das negociações”.

¹⁵ Neste sentido, cfr. PRATA, Ana, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, Coimbra, 2002.

¹⁶ Neste sentido, FROTA, Mário (coord.), *Serviços Financeiros, Associação Portuguesa de Direito do Consumo*, junho 2013, p. 146.

¹⁷ Cfr. FROTA, Mário, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, março 2011, p. 43 a 77, aqui p. 63.

¹⁸ Alterado sucessivamente pelos seguintes diplomas: Decreto-lei 220/95, de 31 de agosto (retificado pela Retificação 114-B/95, de 31 de agosto), Decreto-lei 249/99, de 7 de julho e Decreto-lei 323/2001, de 17 de dezembro. Nesta matéria, é mister ver, igualmente, a Diretiva 93/13/CEE, do Conselho. De 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e que proíbe, além do mais, as cláusulas ditas abusivas nos contratos de adesão.

¹⁹ Cfr. PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coleção legislação anotada, Almedina, Coimbra, 2010.

²⁰ Cfr. Acórdão do STJ de 02/12/2013. É elevada a ação jurisprudencial nestas matérias.

²¹ Para maiores desenvolvimentos, ver CARVALHO, Jorge Morais de, e FERREIRA, João Pedro Pinto, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, legislação anotada, Almedina, Coimbra, 2014. E, em geral sobre a Diretiva, Liz, Jorge Pegado, “A nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, junho 2012, p. 185-226.

²² Vejam-se os precisos termos da redação do n. 1 do artigo 4º do diploma aqui em análise: “Antes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, as seguintes informações: a) Identidade do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, incluindo o nome, a firma ou denominação social, o endereço físico onde se encontra estabelecido, o número de telefone e de telecópia e o endereço eletrónico, caso existam, de modo a permitir ao consumidor contactá-lo e comunicar com aquele de forma rápida e eficaz; b) Quando aplicável, o endereço físico e identidade do profissional que atue por conta ou em nome do fornecedor de bens ou prestador de serviços; c) Características essenciais do bem ou serviço, na medida adequada ao suporte utilizado e ao bem ou serviço objeto do contrato; d) Preço total do bem ou serviço, incluindo taxas e impostos, encargos suplementares de transporte, despesas postais ou de entrega ou quaisquer outros encargos que no caso caibam; e) O modo de cálculo do preço, incluindo tudo o que se refira a quaisquer encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando a natureza do bem ou serviço não permita o cálculo em momento anterior à celebração do contrato; f) A indicação de que podem ser devidos encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando tais encargos não possam ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato; g) O preço total, que deve incluir os custos totais, por período de faturação, no caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura de periodicidade; h) O preço total equivalente à totalidade dos encargos mensais ou de outra periodicidade, no caso de um contrato com uma tarifa fixa, devendo ser comunicado o modo de cálculo do preço quando for impossível o seu cálculo em momento anterior à celebração do contrato; i) Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço, e, se for o caso, o sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços; j) Quando seja o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respetivo prazo e o procedimento para o exercício do direito, nos termos dos artigos 10º e 11º com entrega do formulário de livre resolução constante da parte B do anexo ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante; l) Quando seja o caso, a indicação de que o consumidor suporta os custos da devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo

correio normal; m) A obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução depois de ter apresentado o pedido a que se refere o artigo 15º; n) Quando não haja direito de livre resolução, nos termos do artigo 17º, a indicação de que o consumidor não beneficia desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de livre resolução; o) Custo de utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado em referência a uma tarifa que não seja a tarifa base; p) A duração do contrato, quando não seja indefinida ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia, incluindo, quando for o caso, o regime de contrapartidas estabelecidas para a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos; q) A existência e o prazo da garantia de conformidade dos bens, quando seja aplicável o regime jurídico da venda de bens de consumo constante do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de maio; r) A existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais quando for o caso; s) A existência de códigos de conduta relevantes, quando os haja, e o modo de obter as respetivas cópias; t) A duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso; u) A existência de depósitos ou outras garantias financeiras e respetivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional, quando as houver; v) Sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica; x) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso; z) A possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado e o modo de acesso a esse mesmo mecanismo, quando for o caso.”

²³ Sobre a terminologia adequada, neste particular, veja-se, FROTA, Mário, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na união europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, março de 2011, p. 63.

²⁴ Os 14 dias indicados neste preceito contam-se: a) do dia da celebração do contrato no caso dos contratos de prestação de serviços; b) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou: i) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente, ii) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos; iii) do dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período; c) do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

²⁵ Como tivemos oportunidade de referir noutro momento, “o prazo para o exercício deste direito estabilizou-se, ao nível da UE, nos 14 dias, o que não acarreta, para o nosso ordenamento jurídico, qualquer aumento dos direitos dos consumidores, pois, era justamente este o prazo, mínimo, previsto no artigo 6º do decreto-lei nº 143/2001, de 26 de abril. A inovação que se verificou, neste espaço, foi a referente à criação de um formulário destinado precisamente a facilitar o exercício deste direito de retratação ou de livre resolução, nas palavras do legislador nacional. Especifica-se, a propósito da prestação de serviços, que o início da prestação

dentro do período de retratação carece de um pedido expresso nesse sentido, por parte consumidor, efetuado em suporte duradouro, nos termos do artigo 15º do novo diploma. Nestas situações, é ainda admissível o exercício do direito de retratação que implicará, no entanto, o pagamento, ao prestador do serviço, ‘de um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato’ (artigo 15º, n. 2, do Decreto-lei 24/2014).

Carreando para este ponto o já referido a propósito da Diretiva, diga-se, em suma, que o direito de livre resolução, como o legislador nacional o apelida, pode ser exercido no prazo de 14 dias a contar da data em que o consumidor, ou um terceiro a seu mando, adquire a posse física do bem, ou da celebração do contrato de prestação de serviços, sendo o caso. Sempre que o profissional não informe o consumidor da existência do direito de retratação verifica-se a metamorfose do prazo de 14 dias num outro de 12 meses. Tal como já salientámos, a forma de exercício deste direito foi sobejamente simplificada à custa da existência de um formulário próprio para o efeito que deverá ser entregue ao consumidor na fase pré-contratual. Admite-se ainda que a resolução do contrato, ou melhor, a retratação ou arrependimento do consumidor, produza efeitos se chegar à esfera jurídica do profissional por outra via, como seja, a via da carta, registada ou não, a via telefónica ou qualquer outra que se traduza num meio suscetível de prova. Atente-se que é precisamente, a nosso ver, a prova que consubstancia o *busilis* desta questão. De fato, o ónus da prova recai sobre o consumidor e, por isso, a via mais fácil nem sempre será a mais segura. Aqui, estamos em crer, valerá a pena ao consumidor revestir-se de cautelas adicionais para que consiga provar efetivamente que exerceu o direito em causa e que o fez dentro do prazo estipulado. De fato, apenas desta forma o consumidor poderá demandar do profissional os efeitos decorrentes do exercício deste direito. De entre os efeitos sobreditos consta, naturalmente, o da devolução do preço pago, que deverá ocorrer no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional é informado da decisão do consumidor de não continuar o contrato. Por sua vez, caberá ao consumidor devolver o bem tendo, para tanto, 14 dias a contar da data em que comunicou a sua decisão ao profissional. Sobre a devolução e sobre as despesas a custear chamamos à colação o que, a este propósito, dissemos constar da Diretiva, visto que é precisamente esse o regime adotado. Recorde-se ainda que a prestação de serviços durante o período de retratação, ou de livre resolução, obedece ao regime especificamente descrito no artigo 15º que poderá, verificadas as condições, implicar, para o consumidor, o pagamento de um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até à data da comunicação da decisão do consumidor. Também como já tivemos oportunidade de mencionar aquando da análise do regime decorrente da Diretiva, o direito de retratação não está disponível ao consumidor em todos os tipos de contratos. Na verdade, o legislador entendeu, bem, que determinados contratos não poderiam ser retratados, atendendo às características próprias que revestem, sob pena de se perverter a razão de ser deste direito. Com efeito, o direito de retratação visa apenas proteger o consumidor de decisões imponderadas, face às circunstâncias em que as mesmas são tomadas; não visa, porém, atribuir ao consumidor um expediente para deliberadamente prejudicar o profissional ou enriquecer à sua custa. É por isto que não choca que o direito de retratação não esteja previsto para os contratos descritos no artigo 17º do novo diploma que segue, aliás, a linha do diploma anterior, ainda que, agora, de forma mais extensa. Termine-se, referindo que a fiscalização pelo bom cumprimento do disposto no Decreto-lei 24/2014 compete à ASAE, nos termos do artigo 30º, e que constituem contraordenações as infrações descritas no artigo”. Cfr., DINIS, Marisa, “Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – da transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico português”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. IV, n. 15, setembro 2014, p. 99-126.

²⁶ Alterada sucessivamente pela Lei 12/2008, de 26 de fevereiro; pela Lei 24/2008, de 02 de junho; pela Lei 6/2011, de 10 de março; pela Lei 44/2011, de 22 de junho e pela Lei 10/2013 de 28 de janeiro.

²⁷ Atualizada sucessivamente pela Lei 32-A/2004, de 10 de abril, Decreto-lei 176/2007, de 8 de maio, Lei 35/2008, de 28 de julho, Decreto-lei 123/2009, de 21 de maio, Decreto-lei 258/2009, de 25 de setembro, Lei 46/2011, de 24 de junho, Lei 51/2011, de 13 de setembro, Lei 10/2013, de 28 de janeiro, e Lei 42/2013, de 3 de julho.

²⁸ O artigo 110º estipula, no n. 1, que “sem prejuízo de outros mecanismos sancionatórios aplicáveis, sempre que a ARN verificar que uma empresa não respeita uma ou mais das condições referidas nos artigos 27º, 28º, 32º e 37º, deve notificar a empresa desse fato e dar-lhe a possibilidade de se pronunciar num prazo não inferior a 10 dias”, e no n. 2 que, “após ter procedido à audiência nos termos do número anterior, a ARN pode exigir à empresa que cesse o incumprimento imediatamente ou num prazo razoável, que a ARN fixa para o efeito”.

²⁹ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito dos Seguros* – apontamentos, Cascais, Principia, 2006, p. 51. Para maiores desenvolvimentos *vd.* CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2013.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* Cfr. FROTA, Mário, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, março 2011, p. 43 a 77.

³¹ Cfr. FROTA, Mário, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, março 2011, p. 43 a 77, aqui p. 53.

³² O Decreto-lei 95/2006 foi sucessivamente alterado pelo Decreto-lei 317/2009, de 30 de outubro, pelo Decreto-lei 46/2011, de 24 de junho, pelo Decreto-lei 14/2012, de 26 de março e pelo Decreto-Lei 242/2012, de 7 de novembro. Por seu turno, a Diretiva 2002/65/CE altera as Diretivas 90/619/CEE, do Conselho, de 8 de novembro, 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, e 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, por sua vez alterada pela Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Referências

ALMEIDA, Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

ANDRADE, Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», in *Estudos do Direito do Consumidor*, n. 5, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003.

CARVALHO, Jorge Morais de; FERREIRA, João Pedro Pinto, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, legislação anotada, Almedina, Coimbra, 2014.

CARVALHO, Jorge Morais de, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2013.

CORDEIRO, Menezes, «Da natureza civil do direito do consumo», in *O Direito*, ano 136, IV, Coimbra, 2004.

CORDEIRO, Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, 2011 (4ª reimpressão da edição de 1997).

DINIS, Marisa, “Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – da transposição da diretiva para o ordenamento jurídico português”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, volume IV, n. 15, setembro 2014, páginas 99-126.

FROTA, Mário (coord.), *Serviços Financeiros, Associação Portuguesa de Direito do Consumo*, junho 2013.

FROTA, Mário, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, março 2011, páginas 43 a 77.

HIPPEL, Eike Von. *Verbraucherschutz*. 3. ed. Tübingen: J.C. Mohr, 1986.

LEITÃO, Luís Menezes (coord.), *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

LEITÃO, Luís Menezes, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, in *ROA*, ano 60, n. 1, 2000, páginas 49-71.

LIZ, Jorge Pegado, “A nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, junho 2012, páginas 185 a 226.

LIZ, Jorge Pegado, «Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores», in *Actas do I Congresso Internacional do OBSERVARE – 1st International Conference*, 16, 17 e 18 de novembro de 2011, Universidade Autónoma de Lisboa/Fundação Calouste Gulbenkian, disponível em <http://observare.ual.pt/conference>.

LIZ, Jorge Pegado, «Algumas reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação», in *Liber Amicorum de Mário Frota (Estudos de homenagem)*, Almedina, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito dos Seguros – apontamentos*, Cascais, Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge, *Direito da Economia*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982/1983 (policopiado).

MONTEIRO, Pinto, «Sobre o direito do consumidor em Portugal», in *SubJudice 24 – O Estado do Direito do Consumidor*, n. 24, Almedina, Coimbra, 2003.

MONTEIRO, Pinto, «A proteção do consumidor de serviços essenciais», in *Estudos do Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, 2000.

PINTO, Paulo Mota, Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 5, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coleção legislação anotada, Almedina, Coimbra 2010.

PRATA, Ana, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, Coimbra, 2002.

REBELO, Fernanda Neves, «O Direito à informação do Consumidor na Contratação à Distância», in *Liber Amicorum de Mário Frota (Estudos de homenagem)*, Almedina, 2012.

AS CONDIÇÕES GERAIS
DOS CONTRATOS E AS
CLÁUSULAS ABUSIVAS
EM PORTUGAL:
DOS MALES DIAGNOSTICADOS
AOS REMÉDIOS PRESCRITOS

MÁRIO FROTA*

Fundador e presidente da APDC – Associação Portuguesa
de Direito do Consumo

EXCERTOS

“O ordenamento jurídico pátrio confere aos cidadãos singularmente considerados a legitimatio ad causam para as ações populares, tal como decorre da Constituição da República, no n. 3 do seu artigo 52, e se materializa ainda na Lei de Ação Popular – a Lei 83/95, de 31 de agosto”

“Se na lei geral de 31 de julho de 1996 há expressa referência ao consumidor individual (lesado ou não) como titular do direito de ação a quem se confere legitimidade processual ativa para ações do jaez destas (mormente e expressis verbis as que se reportam a ‘práticas lesivas dos direitos do consumidor que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas’), não se afigura razoável que a natureza especial do diploma das condições gerais dos contratos, que é anterior, a saber, de 1985, coarte tal direito a tais sujeitos”

“Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na ação inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória”

*** Outras qualificações do autor**

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1978/81). Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1981-1996). Docente do Departamento de Direito da Universidade Livre do Porto (1986/88). Professor da Faculté de Droit à l’Université de Paris XII (1991-2006). Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador do Instituto Euro-Latino-Americano de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra. Fundador e diretor da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Fundador e presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

I. Introdução

A problemática das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas apostas, em Portugal, nos formulários em circulação no mercado de consumo para eventual adesão, entre outros, dos consumidores que intentem aceder a bens e serviços aí disponíveis, a despeito das soluções da lei editada em 25 de outubro de 1985 (DL 446/85) e adaptada à diretiva europeia de abril de 1993 (Diretiva 93/13, do Parlamento e do Conselho de Ministros), persiste em preocupar quantos têm em mira a higienização dos contratos-tipo e dos de adesão que enxameiam tanto o comércio internacional como o doméstico.

Há inúmeras situações que, por desviantes, merecem peculiares reflexões de quantos pugnam pelos interesses e direitos dos consumidores, aviltados pela plétora de cláusulas abusivas que, qual pecha de difícil erradicação, pululam pelos contratos de consumo celebrados um pouco por toda a parte.

Há hipóteses que mal se admite ocorram, mas que se voltam persistentemente no quotidiano, falecendo, ao que parece, meios para debelar os vícios que se instalam e tendem a perpetuar as manchas de ilicitude que se espraiam pelo sistema, inquinando-o.

Um sem número de reflexões se vêm tecendo, em manifestações promovidas pela sociedade científica em cujo seio nos movemos – a apDC –, um pouco por toda a parte, sempre que o ensejo o justifique.

Os poderes públicos, porém, dos quais depende a concretização em letra de forma das soluções aventadas e das propostas carreadas, guardam de Conrado o prudente silêncio, numa cumplicidade que representa autênticos crimes de lesa-cidadania perpetrados pelos poderes de que há que esperar envolvimento, empenhamento, compromisso e afirmação de distanciamento dos que atentam contra a certeza e a segurança do direito e se mancomunam para alcançar soluções manifestamente contrárias à transparência, à licitude e à celeridade requeridas.

João Alves, procurador da República nos juízos e varas cíveis de Lisboa¹, por exemplo, afiança que há um preocupante quadro toldado de mediocridades, de insuficiências e imperfeições no que tange à perseguição das cláusulas abusivas apostas nos contratos em geral e nos de consumo, em particular, que importa de todo dissipar. Nos seus rasgos essenciais, eis as contundentes observações que com absoluta propriedade e indiscutível autoridade houve por bem formular:

- *insuficiente formação das magistraturas* no âmbito dos direitos coletivos;
- *deficiente acesso a bibliotecas de eleição de proximidade;*
- *ausência de uniformidade na atuação do Ministério Público*, o que não é de estranhar dada a inexistência de qualquer coordenação específica na área dos interesses coletivos;
 - em termos de carreira profissional, *o acesso a jurisdições ou funções especializadas a que não subjaz a experiência, a formação e as habilitações académicas adquiridas*, mas predominantemente a classificação e a antiguidade, como critério de proscrever;
 - *inexistência de bases de dados de apoio* – o *Boletim de Interesses Difusos* que outrora se ensaiara como veículo de comunicação entre os magistrados do Ministério Público, por louvável iniciativa da Procuradoria-Geral da República, encontra-se inativo e o *site de interesses difusos* perdeu atualidade há um ror de anos;
 - a existência de uma dada *morosidade durante a fase de instrução prévia* à instauração da ação inibitória – o MP não tem poderes que lhe permitam instruir, em caso de falta de colaboração de particulares, eventuais providências cautelares ou ações para defesa dos consumidores;
 - *a morosidade na fase judicial das ações inibitórias*, especialmente na primeira instância; por norma, são necessários quatro/cinco anos (primeira instância, Relação e Supremo) até ao trânsito em julgado da decisão;
 - *o registo das cláusulas declaradas nulas*, no nível da percepção e facilidade de consulta da página da internet do Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, é muito deficiente.

Para além do quadro precedente, registre-se que, considerada pela, ao tempo, ministra da tutela, a professora Elisa Ferreira, em pleno Parlamento, em 15 de março de 1996, em defesa da Proposta de Lei de Proteção do Consumidor, instante a necessidade de se dotar o *Instituto do Consumidor* (em cujas atribuições sucedeu, no âmbito do PRACE, a *Direção-Geral do Consumidor*) de legitimidade processual ativa para poder instaurar ações inibitórias tendentes à repressão em juízo de práticas lesivas do estatuto do consumidor, a despeito de inúmeras situações de lesões em massa a exigir intervenção imediata, *nem uma só ação inibitória*, de 1996 a esta parte, *Instituto e Direção-Geral* propuseram em mais de 18 anos de vigência da lei. *O que reflete bem o descaso a que as entidades oficiais votaram e votam este relevante segmento da tutela da posição jurídica do consumidor, na sua dimensão metaindividual ou transindividual.*

Cfr., mais recentemente, o flagrante caso dos formulários de adesão da *CAIXADIRECTA*, da *Caixa geral de Depósitos*, e do conflito entre *Ministério Público e Direção-Geral do Consumidor* a propósito da ação inibitória que à DGC cumpriria instaurar, sem que o houvesse feito, porém, em iniciativa que a apDC promovera, aliás, após análise das condições gerais pré-definidas em formulário em circulação no mercado e da detecção de inúmeras condições gerais incursas nas proibições da lei.

II. Superação do *statu quo*: soluções propugnadas

Por forma a ultrapassar as entorses detectadas no dia a dia, a apDC, por nosso intermédio, na Conferência Regional realizada por ocasião do seu XXI aniversário, enunciou um conjunto de medidas e formulou propostas como resposta às exigências postuladas.

Ei-las, no plano funcional:

1. Formação dos auditores de justiça

Instante necessidade de prover à formação dos auditores de justiça, como à formação continuada dos magistrados judiciais e do Ministério Público, voltada para os direitos e interesses transindividuais, com a modelação dos mecanismos tanto materiais como processuais em vista de uma intervenção adequada ante a factualidade subsistente.

2. Bibliografia

Dotação de obras da especialidade a fundos bibliográficos adjacentes às estruturas judiciais de molde a tornarem-se acessíveis aos magistrados em exercício de funções.

3. Coordenação da atividade funcional dos magistrados do Ministério Público

Definição de uma metodologia adequada à coordenação da atividade dos magistrados do Ministério Público dispersos pelo território nacional de molde a conseguir-se uma uniformidade de critérios e procedimentos, que não a algo de desregrado, descompassado e desconexo.

4. Acesso à jurisdição e a funções especializadas

Acesso à jurisdição e a funções especializadas em conformidade com a formação, as habilitações específicas hauridas e a experiência dos magistrados

do Ministério Público em cada dos domínios, que não em obediência a critérios outros porque deslocados.

5. Boletim de Interesses e Direitos Coletivos

Revivescência (recriação de um) Boletim de Interesses e Direitos Coletivos e reconfiguração do “sítio” dos Interesses e Direitos Coletivos (outrora Difusos), no seio do Ministério Público (Procuradoria-Geral da República), a fim de fornecer adequadas ferramentas a quantos se ocupam de domínios tais.

6. Outorga de distintas atribuições e competências ao Ministério Público

Reconfiguração dos meios processuais ao alcance do Ministério Público, enquanto titular de legitimidade processual ativa nos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos² de molde a contrabater a ausência manifesta de cooperação por parte dos demandados nas ações inibitórias previstas no artigo 25 da LCGC e a acelerar procedimentos.

III. Propostas com vista a acelerar procedimentos

1. Legitimatío ad causam

PRIMEIRA: Que não há razões de base susceptíveis de justificar a incoincidência entre o rol de legitimados da LDC – Lei de Defesa do Consumidor e da LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos: donde deverem os consumidores individuais, tanto os diretamente lesados, como os que o não houverem sido, poder instaurar ações inibitórias que por objeto tenham cláusulas abusivas, como sucede, aliás, em teoria, com a DGC – Direção-Geral do Consumidor, que figura na alínea c) do artigo 13 da LDC, que não no artigo 26 da LCGC.

Exposição de motivos

O artigo 26 da Lei das Condições Gerais dos Contratos (DL 446/85, de 25 de outubro, com as alterações decorrentes dos DL 220/95, de 31 de agosto (retificação 114-B/95, de 31 de agosto), DL 249/99, de 07 de julho e DL 323/2001, de 17 de dezembro) reza o seguinte:

“Artigo 26º

Legitimidade ativa

1 – A ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:

a) *Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;*

b) *Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições;*

c) *Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.*

2 – As entidades referidas no número anterior atuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.”

Ora, a lei geral – a Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho, com as modificações entretanto sofridas) consagra no seu artigo 13 o que segue:

“Artigo 13º Legitimidade ativa

“Têm legitimidade para intentar as ações [inibitórias]:

a) *Os consumidores diretamente lesados;*

b) *Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, nos termos da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto;*

c) *O Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, coletivos ou difusos.”*

E, com efeito, ao invés do que a União Europeia sustenta em inúmeros instrumentos preparatórios, o ordenamento jurídico pátrio confere aos cidadãos singularmente considerados a legitimatio ad causam para as ações populares, tal como decorre da Constituição da República, no n. 3 do seu artigo 52, e se materializa ainda na Lei de Ação Popular – a Lei 83/95, de 31 de agosto, como segue:

“Artigo 2º Titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de ação popular

1 – São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de ação popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda.

2 – São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.”

As ações inibitórias estão caracterizadas no artigo 10º da Lei de Defesa do Consumidor, como segue:

“Artigo 10º

Direito à prevenção e ação inibitória

1 – É assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;

b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;

c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

2 – A sentença proferida em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, sem prejuízo da indenização a que houver lugar.”

Ora, se na lei geral de 31 de julho de 1996 há expressa referência ao consumidor individual (*lesado ou não*) como titular do direito de ação a quem se confere legitimidade processual ativa para ações do jaez destas (mormente e *expressis verbis* as que se reportam a “práticas lesivas dos direitos do consumidor que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas”), não se afigura razoável que a natureza especial do diploma das *condições gerais dos contratos*, que é anterior, a saber, de 1985, coarte tal direito a tais sujeitos. Donde se concluir que também aos consumidores individuais, lesados ou não, se deva reconhecer legitimidade processual para instaurar em juízo ações inibitórias, a despeito das restrições plasmadas no artigo 26 em pauta.

Não se admite, pois, salvo *melhor juízo*, uma qualquer conclusão em contrário.

2. Efeitos do caso julgado

SEGUNDA: Que o restrito âmbito do *efeito do caso julgado* (conquanto *ultra partes*: n. 2 do artigo 32 da LCGC) se supere pela consagração do efeito mais favorável a todos e em todas as circunstâncias: o *erga omnes*, até por valer tanto para as situações de *pretérito* como para as de *futuro* por fundadas razões de justiça material e economia processual.

Exposição de motivos

A Lei das Condições Gerais dos Contratos (DL 446/85, de 25 de outubro, e sucessivas alterações já enunciadas noutro passo) estabelece de modo inequívoco que

“Artigo 32º

Consequências da proibição definitiva

1 – As cláusulas contratuais gerais objeto de proibição definitiva por

decisão transitada em julgado, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas.

2 – Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na ação inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

3 – A inobservância do preceituado no nº 1 tem como consequência a aplicação do artigo 9º.”

O que significa que o *efeito do caso julgado* não deveria ser outro senão o que neste passo se realça.

Não desfruta estranhamente a ação inibitória (cujo fito é o da abstenção do uso ou da recomendação de condições gerais proibidas por lei) de efeito análogo ao da LAP – Lei de Ação Popular – que, no seu artigo 19, reza algo do teor seguinte:

“Artigo 19º

Efeitos do caso julgado

1 – As sentenças transitadas em julgado proferidas em ações ou recursos administrativos ou em ações cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação.

2 – As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, à escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extrato dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a publicação por inteiro.”

E esta deveria ser a via, a regra geral, sem exceções, (nota) nada justificando a inusitada reprodução processual decorrente de um efeito restrito, como o que se assina no n. 2 do artigo 32 da LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos, que não dispensa que cada um dos contraentes que haja subscrito os contratos de adesão, para obter vencimento contra o predisponente, tenha de propor – com base na decisão da ação inibitória, se concorde – uma ação singular, tal como decorre do artigo 24, em vigor:

“Artigo 24º Declaração de nulidade

As nulidades previstas neste diploma são invocáveis nos termos gerais.”

Ou, noutra formulação, por ignorância, passividade ou receio dos encargos decorrentes do recurso às vias jurisdicionais, não haja o consumidor de sofrer os reflexos patrimoniais nefastos de uma tal inação, suportando na sua esfera as consequências, em geral ruinosas, das cláusulas abusivas plasmadas no contrato singular celebrado.

3. Competência em razão do território

TERCEIRA: Que, sempre que em causa se achem *consumidores individuais e associações de consumidores*, enquanto demandantes, e em razão da desproteção decorrente da regra de *competência territorial* do artigo 28 da LCGC, *competente seja o tribunal do domicílio ou da sede do autor.*

Exposição de motivos

Há um *favor juris* dispensado aos demandados, ou seja, aos predisponentes pressupostamente lesantes, que pode representar – quantas vezes! – um gravame para os demandantes, tratando-se, sobretudo, de consumidores individuais (lesados ou não) ou de associações de consumidores. E isto porque se estabelece como competente o *forum domicilii* do demandado, *em detrimento dos demandantes*, em regra menos dotados económico-financeiramente, como o não ignora a generalidade dos observadores.

Com efeito, o artigo 28 diz o que segue:

Artigo 28º Tribunal competente

“Para a ação inibitória é competente o tribunal da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado ou, não se situando ele em território nacional, o da comarca da sua residência ou sede; se estas se localizarem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas.”

Se se tratar do Ministério Público, *nulla quaestio*, já que as suas estruturas abrangem em quadrícula e se disseminam por todo o território nacional.

Tratando-se de consumidores singulares ou de associações, há que recorrer, em paralelo, às regras do Regulamento 44/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros, de 22 de dezembro de 2000, publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 16 de janeiro de 2001, que, no seu artigo 15º, prescreve o que segue:

Competência em matéria de contratos celebrados por consumidores

Artigo 15º

“1. Em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua atividade comercial ou profissional, a seguir denominada «o consumidor», a competência será determinada pela presente seção, sem prejuízo do disposto no artigo 4º e no ponto 5 do artigo 5º:

- a) Quando se trate de venda, a prestações, de bens móveis corpóreos; ou*
- b) Quando se trate de empréstimo a prestações ou de outra operação de crédito relacionados com o financiamento da venda de tais bens; ou*
- c) Em todos os outros casos, quando o contrato tenha sido concluído com uma pessoa que tem atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa atividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, e o dito contrato seja abrangido por essa atividade.*

2. O cocontratante do consumidor que, não tendo domicílio no território de um Estado-Membro, possua sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento num Estado-Membro será considerado, quanto aos litígios relativos à exploração daqueles, como tendo domicílio no território desse Estado.

3. O disposto na presente seção não se aplica ao contrato de transporte, com exceção do contrato de fornecimento de uma combinação de viagem e alojamento por um preço global.”

E no artigo subsequente reza:

“Artigo 16º

1. O consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte no contrato, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio.

2. A outra parte no contrato só pode intentar uma ação contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor.

3. O disposto no presente artigo não prejudica o direito de formular um pedido reconvenicional perante o tribunal em que tiver sido instaurada a ação principal, nos termos da presente seção.”

Daí que, no quadro da filosofia expressa, competente deva ser, por alteração do quadro lexicológico do artigo 28 da LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos, o tribunal do domicílio do consumidor ou da sede da associação de consumidores que intente demandar um qualquer predisponente relapso.

Eis o que, afinal, se propõe em termos de equilíbrios posicionais que cumpre muito justamente acautelar.

4. Providências cautelares

QUARTA: Que se reconheça *expressis verbis*, para obviar a desencontros decorrentes da ignorância que campeia, que na própria ação inibitória se contém a possibilidade de nela se incorporar uma sorte de *procedimento cautelar*, uma vez que visa prevenir, originalmente, a prática lesiva de uma qualquer conduta susceptível de atingir a esfera dos consumidores.

Exposição de motivos

Parece não haver ciência, no seio da comunidade jurídica, de que a própria ação inibitória encerra em si mesma, por definição, a susceptibilidade de prevenir a lesão ou a ameaça de lesão de direitos outorgados aos consumidores (e, numa dada situação, aos empresários, que do molde se podem socorrer para prevenir, corrigir ou fazer cessar qualquer das modalidades de comunicação comercial que lese os seus próprios interesses e direitos). Logo, a ação inibitória tem uma tal virtualidade que parece ignorar-se no seio da judicatura, em particular.

É certo que a ação inibitória em geral não foi regulamentada, a despeito de inúmeras insistências que nos propusémos fazer ao longo dos tempos. Debalde, porém! Os poderes permanecem surdos às esclarecidas exigências de entidades que quotidianamente lidam com aspectos do jaez destes, o que é francamente censurável.

Aliás, basta atentar na moldura da ação inibitória, ínsita no artigo 10º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor, em vigor:

“Artigo 10º

Direito à prevenção e ação inibitória

*1 – É assegurado o direito de ação inibitória destinada a **prevenir**, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:*

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;*
- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;*
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.*

2 – A sentença proferida em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, sem prejuízo da indenização a que houver lugar.”

Não se nos afigura, pois, de recorrer distintamente quer ao procedimento cautelar a que se quer à subsequente ação principal, como resulta do preceito *infra*, de entre as normas do Código de Processo Civil, na sua recomposição atual.

**“Artigo 364º
(artº 383º CPC 1961)**

Relação entre o procedimento cautelar e a ação principal

1 – Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.

2 – Requerido antes de proposta a ação, é o procedimento apensado aos autos desta, logo que a ação seja instaurada e se a ação vier a correr noutra tribunal, para aí é remetido o apenso, ficando o juiz da ação com exclusiva competência para os termos subseqüentes à remessa.

3 – Requerido no decurso da ação, deve o procedimento ser instaurado no tribunal onde esta corre e processado por apenso, a não ser que a ação esteja pendente de recurso; neste caso a apensação só se faz quando o procedimento estiver findo ou quando os autos da ação principal baixem à 1.ª instância.

4 – Nem o julgamento da matéria de fato, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal.

5 – Nos casos em que, nos termos de convenções internacionais em que seja parte o Estado Português, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou haja de ser intentada em tribunal estrangeiro, o requerente deve fazer prova nos autos do procedimento cautelar da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respectivo tribunal.”

Basta o mero recurso à ação inibitória para que, a um tempo, se lance mão tanto do procedimento cautelar, se for o caso, como da ação principal, tanto por razões essenciais como de economia processual, como se sustenta.

O mais ancora na generalizada ignorância acerca do instituto ou do fato de a ação inibitória, para além das normas avulsas editadas, se não achar regulamentada, como noutra passo se assinala. A despeito da insistência havida perante sucessivos ministros da Justiça, a começar por Vera Jardim, que menosprezaram o fato com reflexos amplamente negativos sobre a inteligibilidade do tipo de ação de que se trata como das regras que a informam. Para além, obviamente, das escassas normas que o legislador plasmou nos artigos 11 e 12 da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – e da

Não há razões de base susceptíveis de justificar a incoincidência entre o rol de legitimados da LDC

opinião que se nos afigura menos fundada de quem entende que, no mais, é o regime da LAP – Lei da Ação popular – que supletivamente se aplica, como é o caso de Miguel Teixeira de Sousa.

5. Termo ou compromisso de ajustamento de conduta

QUINTA: Que se consagre, ao menos em favor do Ministério Público e da DGC, a manter-se o alinhamento da outorga da *legitimatío ad causam*, a faculdade de poderem lançar mão do *termo ou compromisso de ajustamento de conduta*, à semelhança do que ocorre no Brasil, a fim de obviar ao processo e à morosidade dele decorrente.

Exposição de motivos

Como refere Marco Antonio Zanellato³, “o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), também conhecido como Compromisso de Ajustamento de Conduta, há quase 20 anos, tem sido um instrumento de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos muito utilizado pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, principalmente pelo Ministério Público”.

– A utilização do TAC é feita, por excelência, no âmbito extrajudicial, nos autos de inquérito civil ou procedimento similar, instrumento destinado a investigar lesão ou perigo de lesão a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de consumidores.

O objeto do TAC é prevenir, fazer cessar ou buscar indenização do dano aos interesses acima mencionados.

– Quando o escopo do TAC é prevenir ou fazer cessar dano aos interesses em questão, a obrigação a ser assumida é de fazer (obrigação positiva) ou não fazer (obrigação negativa ou de abstenção).

Surgimento no ordenamento jurídico: art. 211 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial*” – Destina-se tão só à proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Particularidade: tal disposição não estabelece cominação para o caso de descumprimento do TAC.

6. Cominações em caso de desobediência ao TAC

SEXTA: Que ao consagrar-se legalmente a figura do “*compromisso de ajustamento de conduta*” se contemple uma cominação em caso de incumprimento, como diligência prévia forçosa do MP à instauração de

qualquer ação em defesa de interesses coletivos *lato sensu*: a sua regulamentação tem necessariamente de se traduzir em um forte desincentivo à litigância, através de um regime dissuasor de custas na ação coletiva a intentar-se, com condenação em indenização da demandada que enjeitar o “compromisso” e decair na ação, que reverterá para o fundo de defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, a que se alude *infra*.

Exposição de motivos

É ainda Marco Antônio Zanellato, de cuja lição nos socorremos, que acrescenta, no enunciado artigo:

“Particularidade: tal disposição *não estabelece cominação* para o caso de descumprimento do TAC.

Posteriormente, o art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei 7.347/1985 (LACP):

‘Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia jurídica de título executivo extrajudicial’ – TAC se tornou admissível para quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, entre os quais, evidentemente, os dos consumidores, e passou a prever cominação (multa para o seu descumprimento).

A multa fixada tem natureza jurídica de astreinte, cujo objetivo precípua é compelir o compromissário devedor a cumprir a obrigação. Sensibilizá-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a multa. Pode haver previsão, também, de execução específica da obrigação assumida.

– Assim, o valor da multa (cominatória) não pode ser ínfimo, sob pena de se tornar ineficaz como astreinte.

– O valor elevado da multa nada tem a ver com enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório, mas cominatório. Se for excessiva, poderá ser reduzida pelo juiz.”

Trata-se, afinal, de consagrar expressamente para o efeito a doutrina da “*sanção pecuniária compulsória*”, como decorre, no âmbito do direito privado português, do artigo 829-A do Código Civil, como segue:

“Artigo 829º-A

(Sanção pecuniária compulsória)

1 – Nas obrigações de prestação de fato infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

2 – A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indenização a que houver lugar.

3 – O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

4 – Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indenização a que houver lugar.”

7. Contingency fees (quota litis)

SÉTIMA: Que se preveja a consagração da *quota litis* nas ações coletivas sem quaisquer restrições nem condicionamentos, como incentivo aos advogados para a instauração de ações do estilo ante a conflitualidade de massas persistente e lesiva de *interesses transindividuais* em presença.

Exposição de motivos

A definição, no original, é a que segue: “*a fee for services (as of a lawyer) paid upon successful completion of the services and usually calculated as a percentage of the gain realized for the client – called also contingent fee.*”

A *quota litis* é proibida em Portugal.

O Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei 15/2005, de 6 de janeiro, proíbe no seu artigo 101 a *quota litis*, nestes termos:

“Artigo 101º

Proibição da *quota litis* e da divisão de honorários

1 – É proibido ao advogado celebrar pactos de *quota litis*.

2 – Por pacto de *quota litis* entende-se o acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter, quer este consista numa quantia em dinheiro, quer em qualquer outro bem ou valor.

3 – Não constitui pacto de *quota litis* o acordo que consista na fixação prévia do montante dos honorários, ainda que em percentagem, em função do valor do assunto confiado ao advogado ou pelo qual, além de honorários calculados em função de outros critérios, se acorde numa majoração em função do resultado obtido.”

O que se pretende, à semelhança do que ocorreu noutras paragens em que o incremento à instauração de ações coletivas (populares e inibitórias) se deveu à possibilidade de se conferirem honorários mais substanciais aos patronos

judiciários, é que se altere a lei por forma a contemplar, em situações do estilo, a hipótese de se considerar, permitindo, a *quota litis*. Mas de modo restrito e no que tange tão só à promoção de ações coletivas, como as que entroncam nas ações inibitórias previstas na LDC (em geral) e em leis extravagantes (como a das Condições Gerais dos Contratos). Já que, ante a mancha de lesões ou de ameaças de lesão, é patente o déficit entretanto registado no recurso a tais moldes em ordem à consecução de decisões que ponham termo aos litígios de massa suscitados por empresas menos cordiais em relação aos consumidores em geral.

8. Fundo de Direitos Coletivos

OITAVA: Que se crie um *Fundo de (Interesses e) Direitos Coletivos*, enquanto instrumento potenciador dos interesses e da defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, vale dizer, dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, com base nos *punitive damages* a arbitrar em cada uma das condenações pelo uso ou recomendação de condições gerais proibidas em formulários ou outros suportes de pré-adesão e nos mais instrumentos susceptíveis de propiciar recursos que a tal se afetarão.

Exposição de motivos

Sem que haja sido criado um fundo específico, dotado de autonomia e servido por uma gestão regular, a LAP – Lei da Ação Popular (Lei 83/95, de 31 de agosto) estabelece o que segue no seu

“Artigo 22º

Responsabilidade civil subjetiva

1 – A responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1º constitui o agente causador no dever de indenizar o lesado ou lesados pelos danos causados.

2 – A indenização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente.

3 – Os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indenização nos termos gerais da responsabilidade civil.

4 – O direito à indenização prescreve no prazo de três anos a contar do trânsito em julgado da sentença que o tiver reconhecido.

5 – Os montantes correspondentes a direitos prescritos serão entregues ao Ministério da Justiça, que os escriturará em conta especial e os afetará ao pagamento da procuradoria, nos termos do artigo 21º, e ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de ação popular que justificadamente o requeiram.”

Há, pois, ao que parece e apesar do mais, uma diferença de grau entre um Fundo de Apoio à Tutela de Interesses e Direitos Coletivos e um mero “*fluid recovery*”⁴, tal como se prevê no n. 5 do artigo 22 da LAP no passo precedente transcrito integralmente.

O Brasil dispõe, ao invés, como se pretende apresentar, a título de exemplo, de um Fundo de Direitos Difusos.

Com efeito, a LACP (Lei da Ação Civil Pública, Lei 7347/85) criou, em seu art. 13, um fundo para o qual reverterem montantes fruto das condenações impostas em casos de violação de direitos coletivos *lato sensu*, em que os *difusos* se inscrevem.

Aos consumidores individuais, lesados ou não, se deva reconhecer legitimidade processual para instaurar em juízo ações inibitórias

Como assevera Luiz Guilherme Pennachi Dellore⁵, “nos termos da lei, tal fundo tem por objetivo a ‘reconstituição dos bens lesados’: é o denominado fundo de reparação de direitos difusos.

Além da existência de um Fundo federal de reparação de Direitos Difusos – conhecido pela abreviatura de FDD – buscou o legislador a criação de fundos com tais objetivos em todos os Estados da Federação”.

O funcionamento de tais fundos, como afiança, de resto, o autor, é ainda incipiente e, por via de consequência, os resultados obtidos, ainda tímidos. Reflexo dessa constatação é que a bibliografia acerca do tema era, ao tempo, extremamente reduzida, podendo-se contar pelos dedos de ambas as mãos os artigos consagrados ao estudo da matéria. E no mesmo sentido as monografias que versam sobre o processo coletivo, que escassas linhas dedicam a uma tal temática.

Já Jorge Pegado Liz, o português com assento no Comité Económico e Social Europeu, em representação da sensibilidade dos consumidores, em parecer de iniciativa, de que fora relator, em 14 de fevereiro de 2008, a propósito do “*Financiamento do Sistema*”, sustentara:

“O sistema da ação coletiva deve autofinanciar-se a prazo.” Uma vez que não é desejável, ou mesmo possível, instituir um sistema generalizado de pagamento consoante o resultado do processo (*contingency fees*) que é contrário à tradição jurídica europeia⁶, é indispensável prever uma forma de financiamento que permita aos demandantes que não disponham de meios financeiros para intentar a ação coletiva obterem um adiantamento para as despesas judiciais (honorários de advogado, despesas de peritagem no quadro de medidas de instrução aceites pelo juiz etc.).

Um dos meios de financiar este sistema seria a constituição de um Fundo de Auxílio à Ação Coletiva alimentado pelo montante dos “lucros ilícitos” das empresas condenadas, tais como definidos pelo juiz no processo, na medida em que não são reclamados pelas pessoas diretamente lesadas e identificadas.

Um bom exemplo é o “*Fundo de auxílio à ação coletiva*” que existe no Quebec, considerado indispensável ao desenvolvimento das ações coletivas. Este fundo é alimentado através do reembolso dos montantes adiantados aos demandantes que ganharam a sua ação coletiva e pelas verbas remanescentes das reparações não reclamadas pelos membros do grupo. O demandante que intenta uma ação coletiva deve apenas poder obter do juiz o reembolso das despesas efetuadas na apresentação da ação mediante justificativos.

O fundo de auxílio pode, além disso, ter por missão a centralização de todas as informações relativas às ações de grupo em curso e ser encarregado de difundir informações sobre as diligências a efetuar para se dar a conhecer, se excluir do grupo ou para obter uma indenização.

O recurso às fontes permite se aceda não só à descrição da carta de missão como dos trâmites que, por razões óbvias, evitar-se-á no fragmento que segue:

Fundo de Apoio às Ações Coletivas no Canadá (Quebeque)

A Carta de Missão

O Fundo de Apoio às Ações Coletivas, organismo criado pela Lei das Ações Coletivas, tem por objeto contribuir para o financiamento das ações coletivas em primeira instância e na instância de apelação e bem assim difundir as informações atinentes ao exercício de tais ações. Recorde-se que a modalidade em foco é uma ação que permite a uma pessoa ajuizar uma causa em nome de todas as pessoas vítimas de uma mesma situação.

A lei permite, com efeito, a qualquer pessoa singular ou física ou a associações de escopo não egoístico (sem fins lucrativos) ou a qualquer cooperativa regularmente constituída e ainda a um agrupamento económico que obedeça às condições prescritas no art. 60 do *Code de procédure civile*, recorrer ao Fundo de Apoio Financeiro a fim de obter os meios indispensáveis à propositura das ações adequadas, em nome das vítimas.

Ajuda financeira

Para o efeito devem os interessados, dotados de legitimidade processual, apresentar pretensão reduzida a escrito.

Se, analisada a pretensão, o fundo (ou, por via de recurso, os tribunais superiores) a deferir, ao fundo poderá incumbir a satisfação das despesas reclamadas pela ação. E ainda:

- Os honorários advocatícios
- Os encargos advenientes das perícias exigíveis
- Os anúncios na comunicação social
- As custas judiciais
- Demais encargos indispensáveis ao processamento da ação

Socorrendo-nos da experiência susceptível de se colher em outros ordenamentos em que os fundos constituídos funcionam adequada e eficientemente, Portugal terá de se empenhar em criar um fundo que garanta, a seu modo, o funcionamento do sistema.

Para o fundo concorreria não só o *reliquat* nas ações coletivas bem sucedidas e cujas indenizações não hajam sido reclamadas, como ainda, à semelhança do que ocorre no Brasil, os valores resultantes das multas administrativas (ou, na vertente situação, entre nós, das coimas) e das multas penais decorrentes dos crimes previstos e punidos pela Lei Penal do Consumo.

Um fundo convenientemente estruturado e provido conferiria um efetivo impulso às atividades a desenvolver neste particular, sobretudo pelas instituições da sociedade civil, as associações de consumidores autênticas, autónomas e legítimas (por contraposição com as empresas que se insinuam como associações de consumidores, como ocorre na Europa e na América Latina de forma despudorada e com a complacência dos poderes públicos).

9. Comissão das Cláusulas Abusivas

NONA: Que se crie uma *Comissão das Cláusulas Abusivas*, de composição plúrima, a saber, com representantes, entre outros, do Conselho Superior da Magistratura, do Ministério Público, dos agentes económicos e dos consumidores, a fim de filtrar os formulários e demais suportes em circulação no mercado de consumo, deles expurgando as cláusulas abusivas fundadamente detectadas.

Exposição dos motivos

A constituição de uma Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas não representaria, tanto quanto se nos afigura, suplementares encargos para o Estado, já que nela figurariam entidades religadas ao Estado e outras que relevam da sociedade civil.

De acordo com propostas de há muito formuladas, a que só o silêncio por parte dos órgãos de poder sobreveio, da comissão fariam parte representantes de:

- Conselho Superior da Magistratura;
- Conselho Superior do Ministério Público;
- Conselho Superior da Ordem dos Advogados;

- Administração Pública Central (DGC);
- Confederação do Comércio e Serviços;
- Confederação do Turismo;
- Instituições de consumidores;
- Personalidades de reconhecido mérito.

Nem sequer se encararia a hipótese, tão em voga, das senhas de presença por sessão de trabalho por forma a não onerar o orçamento do Estado.

A Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas poderia desdobrar-se em seções especializadas, que apreciariam os modelos em circulação no mercado ou, a título de prevenção, os formulários que os agentes económicos entendessem submeter-lhes⁷.

In casu, poder-se-ia estabelecer um tarifário para o efeito, a suportar pelos consulentes que, em jeito de antecipação, recorressem à comissão para apreciação das condições gerais dos contratos que entendessem pôr em circulação.

À Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas poderia eventualmente ser cometida a função – de molde a prevenir o recurso às vias jurisdicionais – de celebração de termos de ajustamento de conduta com as cominações que às hipóteses previstas se estabelecerem.

A Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas aprovaria o seu próprio regimento.

E constituiria decerto um precioso elemento para obviar à “legião” de cláusulas abusivas que povoam o mercado e constroem os consumidores e os mais que subscrevem os formulários de adesão e os contratos-tipo elaborados institucionalmente (*v.g.*, entre associações de interesse económico e associações de consumidores), se for o caso.

Não se pode continuar a perspectivar o fenómeno das cláusulas abusivas em Portugal com um olímpico e soberano desprezo, como parece ocorrer desde sempre, dadas as ruinosas consequências operadas na esfera dos consumidores e dos mais abarcados pela tutela que da lei decorre.

10. Registo Nacional de Cláusulas Abusivas

DÉCIMA: Que se reestruture o Registo Nacional das Cláusulas Abusivas, refundando-se deveras ante a imprestabilidade e o anedótico do que hoje residualmente existe, para que possa cumprir em plenitude os objetivos que nele se imbricam, o da publicidade das cláusulas e o fito pedagógico que à sua essência se associa.

Se o Estado se revelar incapaz de o fazer, a apDC habilita-se a cumprir uma tal missão de serviço público, com contrapartida adequada para o efeito, como algo de conatural.

Exposição de motivos

O enquadramento normativo do denominado *registo nacional das cláusulas abusivas* condensa-se em dois preceitos da LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos, como segue:

“Artigo 34º

Comunicação das decisões judiciais para efeito de registo

Os tribunais devem remeter, no prazo de 30 dias, ao serviço previsto no artigo seguinte, cópia das decisões transitadas em julgado que, por aplicação dos princípios e das normas constantes do presente diploma, tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou declarem a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares.

Artigo 35º

Serviço de registo

1 – Mediante portaria do Ministério da Justiça, a publicar dentro dos seis meses subsequentes à entrada em vigor do presente diploma, será designado o serviço que fica incumbido de organizar e manter atualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas que lhe sejam comunicadas, nos termos do artigo anterior.

2 – O serviço referido no número precedente deve criar condições que facilitem o conhecimento das cláusulas consideradas abusivas por decisão judicial e prestar os esclarecimentos que lhe sejam solicitados dentro do âmbito das respectivas atribuições.”¹⁰

A apDC, instituição científica portuguesa, que serviu de modelo ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – **BRASILCON** –, no dia em que se celebraram os XXV anos da fundação da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo –, sediada de início em Coimbra (2013), propôs aos poderes instituídos a reconstrução do Registo Nacional de Cláusulas Abusivas, requerendo ao Ministério da Justiça que considerasse, com contrapartidas adequadas, o seu concurso para o efeito, podendo um tal observatório e registo figurar no Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, à semelhança do que ocorre com outras instituições do estilo, afetas a instituições da sociedade civil.

O Registo Nacional das Cláusulas Abusivas é absolutamente indispensável como instrumento aferidor de condutas em ordem à prevenção e repressão das cláusulas abusivas apostas nos documentos de base dos contratos-tipo e dos contratos de adesão. E, quiçá, como moldura de um quadro pedagógico que há que exhibir *urbi et orbi*.

E o atual modelo, é fato, não serve de todo, razão por que se entende deva ser provida a sua reestruturação para que alcance em absoluto os objetivos imbricados na sua constituição.

Já em escrito anterior⁸ nos manifestámos de modo crítico em relação a um registo que padecia de insuficiências de tomo, cuja denúncia ponto por ponto nos permitimos dar à estampa.

Eis um fragmento do artigo que a lume veio na RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*:

“O Registo Nacional das Cláusulas Abusivas⁹, adstrito ao GRIEC, apresenta-se, ao menos, no *sítio* a que se acede, como se assinalou, de forma algo simplista, como segue:

‘*Cláusulas abusivas* – *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-02-88, processo 75623.*

ou

Cláusulas abusivas *Acórdão do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa de 13/07/2001, processo 5189/97.*

Ministério Público contra AIG EUROPE, S.A..

Ação declarativa com processo sumário pedindo que a ré seja condenada a abster-se de utilizar nos contratos de seguro determinadas cláusulas’, o que nada permite saber da informação relevante que aos interessados importa colher para se poderem prevalecer das *declarações incidentais de nulidade* em vista da instauração das ações singulares que no caso couberem.

Ora, é a frustração total que se apossa do observador... porque nada se diz, absolutamente nada a quem pretenda aceder a uma base de dados que é, afinal, um puro *embuste*...

É de uma fraude atroz que se trata, expressão que compendia todo o desencanto e a mais veemente revolta... que o estudioso de direito pode naturalmente exprimir!

Parece, pois, insuficiente face ao que decorreria naturalmente do escopo que na LCGC se lobriga: ‘*criar condições que facilitem o conhecimento das cláusulas consideradas abusivas por decisão judicial...*’

Assunção Cristas, um ano depois das contundentes críticas desferidas ao GRIEC, suporte do pretenso Registo das Cláusulas Abusivas, em comunicação à Conferência Internacional das Condições Gerais dos Contratos, que por iniciativa nossa se levou a cabo na Universidade Portucalense, no Porto, em 19 de outubro de 2007¹⁰, numa apreciação ligeiramente crítica e sob a epígrafe ‘o funcionamento prático’ refere nomeadamente:

“1. Localização e acessibilidade

Parece adequada: se respeita a decisões judiciais deve estar junto dessas mesmas decisões. Contudo, não é evidente para quem procure esta base de dados de cláusulas abusivas que ela está dentro do título “Informação do GRIEC”. Talvez uma chamada logo para essa listagem inicial não fosse descabida de forma a permitir um acesso mais fácil à informação e de realçar a própria existência dessa informação.

2. Apresentação

Não me parece particularmente feliz: convinha fazer uma explicação do que se trata; referir o diploma das cláusulas contratuais gerais, informar como pode ser utilizada a base de dados. Ao invés, o utilizador depara-se apenas com uma janela em branco com indicação de uma lupa. Quem tenha o mínimo de experiência sabe que deve introduzir uma palavra e depois ‘clickar’ na lupa para dar início à pesquisa. Quem não tenha porventura ficará perdido.

Não será difícil introduzir um texto com o mínimo de enquadramento da informação e do modo de aceder a ela.

3. Motores de busca

A busca é feita através de linguagem natural. Ora, esta configuração tem uma vantagem e uma desvantagem evidente: a vantagem traduz-se numa maior liberdade na pesquisa e na possibilidade de encontrar todas as decisões em que seja referida a palavra ou o conjunto de palavras introduzidas pelo utilizador; a desvantagem está na impossibilidade de ter uma visão do conjunto dos problemas em relação aos quais os tribunais já tomaram posição, comprometendo, assim, a função pedagógica. Não há uma lista coerente e uniforme de descritores que permitam ao utilizador saber como a informação está ‘arrumada’.

4. Para funcionar bem: acessibilidade, divulgação

4.1 Registo público? Que princípios deve acolher?

Em primeiro lugar, importa referir que este registo público apenas no nome se aproxima dos registos públicos tradicionais: predial, comercial, civil...

Não serve para publicitar fatos jurídicos relevantes, dos quais resultam posições jurídicas ativas ou passivas para os seus intervenientes que através da publicidade adquirem uma eficácia *erga omnes*, mas sim de informar sobre certas decisões judiciais na esperança de que possam, voluntariamente, ampliar subjetivamente o seu efeito pedagógico. Por isso, por exemplo, princípios estruturantes funcionais do registo predial¹⁴, como a natureza de ónus, a instância, tipicidade, legalidade, trato sucessivo ou prioridade não têm, aqui, qualquer razão de ser.

Note-se que o artigo 32º da lei das cláusulas contratuais gerais prevê que o demandado, vencido na ação inibitória, seja condenado em sanção pecuniária compulsória no caso de infringir a decisão do tribunal, não se abstendo de utilizar ou de recomendar cláusulas objeto de proibição definitiva. Ora, este efeito não fica ampliado, por efeito do registo da decisão, a outras entidades nas mesmas circunstâncias...

Se o principal objetivo deste registo é, como vimos, publicitar para dissuadir, então há de organizar-se de forma a maximizar essa função pedagógica.

Deve, pois, na minha perspectiva, procurar respeitar algumas preocupações em torno de dois aspectos centrais – conteúdo da base de dados e acessibilidade e utilização da mesma –, de forma a respeitar princípios de simplicidade, clareza, orientação para o utilizador. Numa palavra, eficácia na divulgação das cláusulas consideradas abusivas pelos tribunais.

4.2 Pistas para um registo mais eficaz

Atrevo-me então a deixar algumas pistas que poderão ser úteis no melhoramento – tanto quanto sei esperado – deste registo.

No que respeita ao *conteúdo*:

– o objeto de registo deverá ser, em primeiro lugar, da cláusula considerada abusiva e não a decisão que assim o determinou;

– fará sentido construir, da forma mais simples e clara possível, uma lista descritiva de cláusulas consideradas abusivas, com a possibilidade de aceder, de imediato, às decisões judiciais que assim determinaram (o que implica algum trabalho cientificamente exigente não apenas de recepção, mas também de análise das decisões);

– a base de dados deverá ser construída com base num conjunto coerente e estável de descritores (o que, porventura, não teria sido possível – ou seria mais difícil – quando começou, mas agora, com o conhecimento de um conjunto muito alargado de decisões, será mais fácil de construir), o que não prejudica a consulta através de linguagem natural (ou também chamada consulta livre);

– faz sentido considerar também decisões de tribunais arbitrais e de julgados de paz (tanto quanto me pude aperceber, apesar de a lei não distinguir categorias de tribunais, só as decisões dos tribunais judiciais constam da base de dados).

No que toca à *utilização*:

– como referi, parece-me essencial a orientação para o utilizador, o que aconselha a introdução de explicações mais ou menos detalhadas, embora simples, sobre o modo como a base de dados está construída (ex. lista de descritores), o seu conteúdo, e as possibilidades de utilização;

- para além dessa informação, o utilizador deverá poder ter contato imediato com a lista de cláusulas abusivas, eventualmente organizadas por temas;
- seria interessante também a possibilidade de pesquisar de acordo com um critério cronológico, o que relevará sobretudo para os investigadores poderem traçar mais facilmente caminhos de evolução.

A respeito da *acessibilidade*, diria que:

- apesar de ser bastante positivo o acesso através de www.dgsi.pt, importa divulgar a existência da base de dados, nomeadamente através da introdução de um *link* nas versões digitais da lei das cláusulas contratuais gerais (por exemplo no site do Ministério da Justiça ou, idealmente, no Diário da República Electrónico).

Conclusão

Tal como existe atualmente, o registo nacional de cláusulas abusivas está ainda, diria eu, num momento de juventude. É um caso de lei de organização administrativa *in faciendo*...

O registo cumprirá, a meu ver, a sua função, se tiver um efeito dissuasor de más práticas e disseminador de boas práticas. Se a entidade condenada, por exemplo no âmbito de uma ação inibitória, a retirar certa cláusula de determinados contratos ou dos formulários preparados para esses contratos irá, em princípio, ajustar a sua conduta no futuro, o registo é interessante se ampliar esse efeito a outras entidades e outros contratos.

Note-se que, se há aspectos porventura circunscritos a determinados tipos contratuais; outros, pense-se, por exemplo, em questões relativas à cláusula penal, poderão ser ampliados a vários tipos.

Vale a pena avaliar e monitorizar a eficácia deste registo através de um estudo sociológico de levantamento de cláusulas proibidas e confronto com formulários de contratos no mercado.”

Há cerca de um ano (junho de 2013), a Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa do Ministério Público fez difundir a notícia de que criara uma base de dados de cláusulas abusivas, restrita aos litígios que patrocina, circunscrita, por conseguinte, ao Distrito Judicial de Lisboa¹⁵.

Trata-se, é bem de ver, de uma duplicação parcial, decerto necessária ante as dispersões registadas, mas curial seria que os entes públicos se concertassem de molde a oferecer um “produto” “eskorreito e são”, sem a hipoteca de recursos públicos, cada vez mais escassos, que se duplicam *in casu*.

Aliás, os portais dos serviços públicos que oferecem graciosamente o acesso à legislação pretensamente em vigor constituem, em regra, um autêntico quebra-cabeças pela não atualização dos dados e pelos desacertos

que provocam a um qualquer internauta menos advertido. Algo a que conviria se pusesse cobro, em homenagem à fidedignidade das bases de dados com a chancela do Estado, das regiões, dos municípios e das administrações públicas e aos interesses dos cidadãos em geral. Daí que importe deveras se reconstrua o *Registo Nacional das Cláusulas Abusivas*, como se preconiza, para que o escopo da lei se atinja em plenitude.

Mal se percebe a *miopia política* que protela *ad infinitum* uma situação de todo indesejável...

Notas

¹ In Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo n. 4, dezembro de 2011, p.113 e ss.

² Cfr. art. 20º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de julho, que prescreve especificamente: “*Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores.*”

³ De registar, para maior rigor, as modificações entretanto introduzidas: Retificação 16/96, de 13 de novembro, Lei 85/98, de 16 de dezembro, Decreto-lei 67/2003, de 8 de abril, Lei 10/2013, de 28 de janeiro, Lei 47/2014, de 28 de julho.

⁴ A eficácia do caso julgado deveria, pois, ser condicionada, produzindo-se secundum eventum litis...

⁵ In “Termo de ajustamento de conduta – TAC: aspectos gerais e polémicos”.

⁶ O *fluid recovery*, nos Estados Unidos da América, é um instituto, imbricado nas *class actions*, constituído pelos montantes emergentes das condenações em que incorrem os demandados perseguidos judicialmente.

Como alude Luiz Dellore, *ob. cit. na nota subsequente*, tal instituto reveste carácter eminentemente jurisdicional, já que o *quantum* revertido para aplicação em ações susceptíveis de tutelar interesses e direitos difusos ou coletivos emerge das demandas judiciais em que se requer a tutela de direitos metaindividuais.

Ocorre em hipóteses em que se comprove o dano e a figura do responsável, mas em que não é possível a correta identificação dos membros da classe ou grupo – quer por não haver sido possível notificá-los, quer por se tornar consideravelmente oneroso e pouco provável localizá-los ou por não ser possível às potenciais vítimas produzir provas acerca de seu interesse no direito controvertido.

Estas são, em breves linhas, as características do “*fundo*” norte-americano. Por sua vez, a destinação do *fluid recovery* não é previamente estipulada, podendo traduzir-se em uma redução em determinado serviço ou o seu emprego no financiamento de determinado projeto susceptível de beneficiar os membros do grupo visado. Além disso, se – após a utilização do montante para o fim a que se destinara – ainda existir excedente, fica a cargo do juiz decidir o destino dos valores (há decisões em que se cria um fundo, se repassa à União ou mesmo se devolve ao demandado). Como já se percebe, os valores que serão utilizadas no *fluid recovery* são suportados pelo demandado.

Ora, há uma diferença de grau, como se acentuou, não só porque para os Fundos estruturados noutras paragens concorrem, em regra, valores que exorbitam do *fluid recovery*, *v.g.*, os das multas ou outras sanções infligidas em resultado da ofensa de normas constantes do ordenamento jurídico do consumo, sendo que os fundos acodem a projetos de índole vária empreendidos por instituições de consumidores, mormente as que relevam da sociedade civil.

⁷ *In Fundo Federal de reparação de Direitos Difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos*” http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&cid_artigo=33

⁸ No que dissente da posição por nós assumida, a vários títulos e em sucessivos ensejos ao longo dos anos, desde a nossa docência no ensino superior, no Porto, nos anos 90 do século passado.

⁹ Em França, a “*Commission des Clauses Abusives*” foi instituída pelo Code de la Consommation, e as suas missões enunciam-se como segue:

“Descriptif des missions de la Commission des clauses abusives

Instituée par l'article L. 132-2 du code de la consommation, la Commission des clauses abusives est placée auprès du ministre chargé de la consommation.

Elle est composée de magistrats, de personnalités qualifiées en droit ou technique des contrats, de représentants des consommateurs, de représentants des professionnels.

La commission examine les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels et recommande la suppression ou la modification des clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

La commission peut être saisie par un juge à l'occasion d'une instance pour donner son avis sur le caractère abusif d'une clause contractuelle.

Chaque année la Commission établit un rapport d'activité.

¹⁰ A que se seguiu, como o não ignora, em geral, quem se mova em terrenos destes, uma portaria – a Portaria 1093/95, de 06 de setembro, que reza expressamente o seguinte:

“O Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, introduziu alterações ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Os artigos 34º e 35º deste diploma, na nova redação por aquela introduzida, preveem que os tribunais remetam para serviço público a designar cópias das decisões transitadas em julgado que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou declarem a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares.

Ao referido serviço compete organizar o registo das cláusulas contratuais abusivas, criar condições que facilitem o seu conhecimento e prestar os esclarecimentos que lhe forem solicitados.

Assim, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 35º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redação dada pelo artigo 2º do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto:

Manda o Governo, pelo Ministro da Justiça, que o Gabinete de Direito Europeu, criado no Ministério da Justiça pelo Decreto-Lei n.º 200-B/80, de 24 de Junho, e reestruturado pelo Decreto-lei n.º 201/87, de 11 de Maio, é o serviço incumbido de organizar e manter atualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas.”

Observação constante da base de Dados da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa do Ministério Público:

“O Gabinete de Direito Europeu (GDE) foi extinto nos termos do art.º 33 do Decreto-Lei n.º 146/2000, que aprovou a Orgânica do Ministério da Justiça. Sucedeu-lhe o Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação (GRIEC), cuja orgânica foi criada pelo Decreto-lei n.º 86/2001, diploma que revogou expressamente o Decreto-Lei n.º 201/87, de 11 de Maio, que reestruturara o GDE.

Na nova Orgânica do Ministério da Justiça, o Decreto-Lei n.º 206/2006, de 27 de Outubro, dispôs-se que ‘São extintos, sendo objeto de fusão, os seguintes serviços e organismos:

a) O Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação e o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, sendo as suas atribuições integradas na Direção-Geral da Política de Justiça.’

É mantido registo de cláusulas contratuais abusivas nas Bases do Ministério da Justiça.”

¹¹In RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, ano 12, n. 45, março de 2006, p. 13-37.

¹² O Registo das Cláusulas Abusivas que é susceptível de se detectar numa página disponível do Gabinete de Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação do Ministério da Justiça de Portugal, força é dizê-lo, não tem qualquer valimento, não apresenta qualquer préstimo, antes constitui uma autêntica decepção, sem critério, pejado de erros ortográficos, sem que da maior parte dos arestos haja sequer uma súmula, já que figura tão somente o órgão de judicatura, a data e o n. do processo.

Jamais nos havíamos apercebido do descaso – do desfastio com que formalmente se “cumpriria” (e cumprir é, neste passo, extraordinária força de expressão) o mandamento legal da constituição e funcionamento do Registo (Nacional) das Cláusulas Abusivas.

Os objetivos imbricados no Registo foram pura e simplesmente trucidados pelo mau serviço e pela insensibilidade do gabinete após a substituição do diretor que tanto se empenhara na concretização de um tal desideratum...

Seria preferível que não houvesse eventual Registo das Cláusulas Abusivas. Ou, por outra, confundir um Registo com o que se nos oferece é algo de uma miopia arrepiante. Um escândalo que merece ser denunciado urbi et orbi, tal a expressão que assume ou de que se reveste...

Ao que chegou a administração pública que os gravosos impostos dos contribuintes alimentam em manifesta desproporção às prestações dispensadas!!!

Ao que se chegou...

¹³ In RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, ano 14, n. 54, junho de 2008, p. 110-8.

¹⁵ Eis a notícia colhida do portal de um quotidiano – o “ECONÓMICO” –, editado em Lisboa, subscrita por Lúgia Simões, na altura em que se deu a saber da iniciativa ao grande público – 03 de junho de 2013:

Criada base de dados de empresas com cláusulas abusivas

Ginásios, bancos, seguradoras e agências de viagem são as principais visadas nesta lista que tem dezenas de empresas.

A Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (PGDL) publica na Internet, a partir desta segunda-feira, uma lista de casos já transitados em julgado, com a intenção de informar os consumidores sobre cláusulas abusivas em contratos. Com esta iniciativa, o Ministério Público pretende assim ajudar os cidadãos a escaparem aos efeitos nefastos das chamadas “letrinhas miúdas dos contratos” que, por vezes, escondem clausulados que agridem os direitos de quem os assina. Na maioria das dezenas de casos relatados encontram-se ginásios, bancos, seguradoras, operadores de telecomunicações e agências de viagens outras empresas fornecedoras de serviços, por incluírem cláusulas abusivas nos contratos aos quais o consumidor apenas se pode limitar a aderir.

Segundo a PGDL, são referidos apenas casos já transitados em julgado, trabalhados na Procuradoria Cível de Lisboa, e por isso apenas parte de um acervo muito mais longo de acções. Esta entidade dá conta no seu site que se conseguiu, “pelo provimento das acções com trânsito em julgado, a declaração de nulidade das cláusulas abusivas e por essa via, que aquelas entidades deixem de incluir essas cláusulas nos contratos que firmam com os respectivos utentes”.

É ainda sinalizado que essa declaração de nulidade “aproveita” a todos os consumidores que tiverem no seu contrato alguma das cláusulas que, nas acções propostas pelo Ministério Público, já tenha sido declarada nula. Isto porque, explica a PGDL, o interessado pode alegar em seu favor, num processo ou fora, que aquela concreta cláusula já foi declarada nula, e que essa declaração de nulidade vincula o tribunal e o autor do contrato. Ou seja: o consumidor já não tem que voltar a provar que a cláusula que consta no seu contrato não está conforme com a lei – tem apenas de demonstrar que aquela cláusula contratual já foi anteriormente declarada nula.

De acordo com a informação disponibilizada pela PGDL, a massificação da produção, da distribuição, da informação e do consumo, tem conduzido à existência de conflitos que envolvem muitas pessoas ligadas por um interesse comum. “Pode ser o caso de todos os cidadãos que aderiram a um mesmo contrato cujo clausulado está pré-definido em impresso, sem possibilidade de discussão ou alteração das cláusulas, que normalmente não são explicadas, estão redigidas em letra minúscula e são assim oferecidas à assinatura do consumidor”, explica.

Segundo a PGDL, algumas dessas cláusulas contratuais, que constam em contratos tipo ou de adesão, “podem ferir princípios ou normas jurídicas”, e assim devem ser “declaradas nulas em ações chamadas inibitórias”. O Ministério Público recorda que tem legitimidade para agir em defesa dos cidadãos, neste contexto, e é reconhecido como “o grande motor das ações já intentadas”.

Na lista eletrónica são referidos apenas casos já transitados em julgado, trabalhados na Procuradoria Cível de Lisboa, e por isso apenas parte de um acervo muito mais longo de ações.

A PGDL informa ainda que, na internet do Ministério Público – o SIMP –, no SIMP Temático Cível, a Procuradoria Cível de Lisboa tem disponibilizado as peças processuais (petição inicial, contestação, sentença em 1ª instância, recursos, etc.) relativas a ações inibitórias não apenas transitadas (procedentes ou improcedentes), como ainda pendentes, o que constitui um acervo de cerca de 100 casos, perfazendo mais de 300 peças processuais, estando já exibidos cerca de 70 casos. “Divulga-se assim internamente, a todo o Ministério Público, a experiência e conhecimento especializados adquiridos na Procuradoria Cível de Lisboa”, conclui.

Referências

RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, n. 76, dezembro de 2013 (republicação das atas do I Congresso Europeu das Condições Gerais dos Contratos, Coimbra, Portugal, maio de 1988).

Assunção Cristas, “Registo Nacional de Cláusulas Abusivas”, in RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, ano 14, n. 54, junho de 2008, p. 110-8.

Cassio Scarpinella Bueno, “As *class actions* norte-americanas e as ações colectivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”, *Revista de Processo*, v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92-151.

Gregório Assagra Almeida, “Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas”, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11951>> Acesso em: 10.nov. 2008.

Jorge Pegado Liz, *Ações colectivas no domínio do direito comunitário do consumo*.

Relator, Parecer de Iniciativa CESE, Bruxelas, 14 de fevereiro de 2008.

José Manuel Araújo de Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais*, anotado, Coimbra Editora, Coimbra, abril de 2010.

Luiz Guilherme Pennachi Delloro, *Fundo Federal de reparação de Direitos Difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos* http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=33

Marco Antônio Zanellato, “Termo de ajustamento de conduta – TAC: aspectos gerais e polémicos”, disponível na internet.

Mário Frota, “As Condições Gerais dos Contratos em Portugal”, *RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, n. 76, dezembro de 2013, p. 249-61.

Mário Frota, “Registo das Cláusulas Abusivas – o caso português”, in RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Centro de Publicações da apDC, Coimbra, ano 12, n. 45, março de 2006, p. 13-37.

“DAS CONDIÇÕES
GERAIS DOS
CONTRATOS E DAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS DE
CONSUMO NA ITÁLIA”*

LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ**
Professora Doutora de Direito Privado da Universidade de Nápoles

EXCERTOS

“O código de consumo procura reorganizar o tema de forma sistemática e coordenar as diferentes leis que têm intervindo na área da defesa dos consumidores, a fim de dar uma resposta ao deságio que o intérprete passava com presença de uma produção normativa que tinha sido desordenadamente formada”

“Deve-se precisar que o abuso do poder de barganha do operador profissional não deve ser entendido como a presciência intencional para a imposição de cláusulas contratuais desequilibradas do ponto de vista legislativo em detrimento do consumidor, mas como o uso objetivamente errado do seu maior poder de contrato (identificado, ou seja, à luz do resultado normativamente desequilibrado), tornado possível pela condição objetiva de fraqueza da outra parte”

“O Código do Consumidor, no art. 33, par. 2, na execução do anexo à diretiva 1993/13/CEE, contém uma lista das cláusulas que são consideradas vexatórias até que se prove o contrário”

“Como todos os direitos atribuídos ao consumidor pelo código de consumo (art. 143), também a tutela oferecida contra as cláusulas vexatórias é irrenunciável”

“O código de consumo prevê a possibilidade de executar uma ação coletiva (chamada ‘ação inibidora’) para obter que o juiz competente iniba o uso das condições que julgue ter caráter abusivo de acordo com o estabelecido nos arts. 32 e seguintes do Código”

*** Outra qualificação da autora**

Professora da Universidade Almeria – Espanha.

I contratti del consumatore come contratti asimmetrici e le clausole abusive

Nel sistema italiano, si può affermare che il legislatore ha affrontato i problemi sostanziali, con riferimento alla fisiologica debolezza del consumatore, solo a seguito della spinta del legislatore europeo.

Il diritto europeo dei consumatori ha subito una importante e significativa evoluzione normativa che ha segnato l'evoluzione anche del diritto italiano in questo settore. La direttiva 93/13/CEE, relativa alle clausole abusive nei contratti con i consumatore, rappresenta una pietra miliare nella storia del diritto del consumo. Segna un punto di svolta anche perché è la prima direttiva a carattere "orizzontale". Difatti, la nuova direttiva che gli Stati membri devono recepire e introdurre seguendo il criterio dell'armonizzazione minima (avendo, cioè, la possibilità di prevedere anche norme più severe nell'interesse del consumatore), non riguarda un particolare contratto o una particolare modalità di contrattazione, ma riguarda tutti i contratti. La disciplina impone un controllo sostanziale, la cui concretizzazione è affidata al giudice, su ogni contratto che intercorre fra un consumatore e un professionista, indipendentemente dal suo oggetto o dalle particolari modalità di vendita; il controllo è imperniato su una clausola generale di vessatorietà, incentrata su criteri elastici, alla quale fa seguito un elenco di presunte clausole vessatorie fino a prova contraria.

L'attuazione di questa direttiva è stato al centro di un intenso dibattito. Recepire direttive comunitarie nel diritto interno non è mai operazione semplice. Ma recepire questa direttiva nel sistema italiano ha rappresentato un'impresa particolarmente complessa. In primo luogo, numerose discussioni provocò la traduzione, in lingua italiana, della direttiva. Traduzione, che la dottrina ha qualificato come pessima e fonte di importanti confusioni. In secondo luogo, non si può sottacere che la normativa comunitaria si ispirava non al modello italiano, ma a modelli stranieri di difficile coordinamento con quello italiano¹.

Dinnanzi a una direttiva che, in quanto tale, vincolava per il risultato da raggiungere, ma lasciava salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi, si sollevò un'accesa discussione in dottrina circa l'opportunità di affidare la tutela del consumatore a un sistema giudiziale o a un sistema amministrativo. In sede di attuazione della direttiva, prevalse l'idea di prevedere una tutela di tipo giudiziale, sia per la tutela individuale che per quella collettiva. L'evoluzione posteriore ha dimostrato l'opportunità di affiancare a questo sistema, una tutela collettiva anche di tipo amministrativo, attraverso l'intervento dell'Autorità per la Concorrenza e il mercato, introdotta, per

quanto riguarda la valutazione delle clausole vessatorie con decreto legislativo di 24-1-2012, n. 1, art. 5.

Nonostante tanti punti discussi, il legislatore italiano scelse la strada apparentemente più facile, dando attuazione in modo pedissequo, adoperando una tecnica scadente e sciatta, senza sforzarsi di adattarne il significato sostanziale alle peculiarità del nostro diritto e di armonizzarlo con le altre parti del sistema vigente.

L'attuazione della direttiva 93/13/CEE e le clausole vessatorie

In un primo momento, il legislatore italiano diede attuazione alla direttiva con la legge di 6 febbraio 1996, n. 52, inserendo alcuni articoli nuovi nel Codice civile, alla fine della parte dedicata al contratto in generale (artt. 1469-*bis* al 1469-*sexies*). Questa scelta fu preceduta di un intenso dibattito in dottrina sulla collocazione più opportuna della nuova normativa per le implicazioni che tutto ciò poteva comportare nei rapporti tra disciplina generale del contratto e la nuova normativa e l'espansione dell'ambito di applicazione di quest'ultima ².

Successivamente, la legge n. 229/2003 concesse una delega al Governo ad adottare uno o decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori. Dopo un travagliato percorso è stato approvato il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, denominato "Codice del consumo".

Il Codice del consumo cerca di riorganizzare in maniera sistematica e di coordinare le varie leggi intervenute in tema di tutela dei consumatori, per dare una risposta al disagio che l'interprete provava in presenza di una produzione normativa che si era andata disordinatamente e disorganicamente formando.

Il Codice del consumo non crea nuove norme, ma mira a consolidare l'esistente, raggiungendo l'obiettivo di offrire un quadro più chiaro, favorendo la semplificazione interpretativa di un complesso quadro normativo, determinato dal moltiplicarsi di leggi. Infatti, è possibile osservare come il nuovo quadro normativo che risulta dal Codice del consumo, che contiene norme che già erano presenti nel sistema e che per lo più sono state riportate senza apportare modifiche alla formulazione che già avevano, comporta in ogni caso una importante novità: il codice del consumo, riaccorpando e ricomponendo regole sparse nel sistema, consente di vedere con chiarezza quanto già esisteva e permette, in tal modo, di rintracciare ed enucleare principi che non sempre l'operatore era in grado di far emergere in una disciplina disorganica e frammentata. Si tratta, inoltre di un codice "aperto" (art. 144 cod. cons.), che è suscettibile di continue integrazioni e modificazioni, come di fatto si sono susseguite ³.

In questo panorama, la normativa relativa alle clausole vessatorie, contenuta prima nel Codice civile, è stata inserita nel Codice del consumo con l'abrogazione della precedente. Tuttavia, il legame tra il sistema di regole dettata dal codice del consumo e quello generale dettato dal codice civile non è stato reciso, nemmeno formalmente, perché il testo attuale dell'art. 1469-bis, come modificato in occasione della trasposizione della disciplina negli artt. 33 ss. del cod. cons. chiarisce che la disciplina generale dei contratti si applica anche ai contratti del consumatore per tutto quanto non sia derogato dal codice del consumo o da altre disposizioni di legge ⁴.

L'ambito di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie ruota intorno alle figure soggettive di consumatore e professionista.

La definizione di consumatore è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons. La norma adotta la più ricorrente delle definizioni utilizzate dalle varie direttive europee e, in particolare, riproduce la definizione contenuta nella direttiva 93/13/CEE. La novità rispetto alla matrice di origine comunitaria è che alla figura del "consumatore" viene espressamente affiancata quella dell'"utente", il che manifesta anche con il linguaggio normativo una progressiva attenzione ai servizi ⁵.

Consumatore o utente è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Nella fase immediatamente successiva al recepimento della direttiva 93/13/CEE la dottrina ha molto discusso sulla esclusione dalla categoria dei consumatori degli enti non profit, con o senza personalità giuridica. Ma il dettato normativo è sembrato rigido e puntuale nella esclusione di questo tipo di soggetto (⁶).

L'interpretazione della nozione di professionista ("persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario" art. 3, comma 1, lett. c) si è risentita di una serie di dubbi diffusi in tutta l'UE. Si può affermare che oggi prevale l'interpretazione che intende la nozione di "scopo" in senso oggettivo, cioè in ragione del contenuto, dell'oggetto, delle circostanze nelle quali il contratto si è concluso (⁷) e quella che risolve i dubbi sull'eventuale "uso promiscuo" in base al criterio della prevalenza ⁸.

In questa linea si inserisce la tutela del consumatore nei rapporti tra questi e i professionisti, attraverso la nullità delle clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (artt. 33-38 codice del consumo, specialmente artt. 33, 36, 37 e 37-bis).

Nei contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista il pericolo dell'asimmetria deriva, da una parte, dalla migliore organizzazione e dalle

maggiori conoscenze che contraddistinguono l'operatore professionale rispetto al consumatore, non solo con riguardo alle caratteristiche del bene o del servizio fornito, ma anche con riguardo alle tecniche di marketing e in particolare alle tecniche commerciali che possono aumentare la propensione all'acquisto da parte della potenziale clientela. Da un'altra parte, deriva anche nei casi dei contratti di massa, regolati da apposite condizioni generali di contratto, dal carattere seriale della domanda, che sopravanza l'offerta, cioè l'entità delle alternative che possono essere effettivamente prese in considerazione da parte di un acquirente meramente occasionale, qual è appunto il consumatore⁹.

Tali circostanze mettono il professionista in condizione di poter determinare uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, senza che il consumatore possa concretamente evitarlo. Per questo il legislatore comunitario ha introdotto la direttiva 93/123/CE per la disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, stabilendo che una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 3, comma 1, direttiva 93/13 CEE).

Infatti, l'introduzione di una clausola che produce tale risultato a danno del consumatore si presume l'esito dell'abuso del maggiore potere di scelta e del connesso potere di condizionamento che l'operatore professionale vanta nei confronti del consumatore, a meno che la clausola non riproduca norme imperative o principi di convenzioni internazionali. La presunzione può essere superata allorché l'operatore professionale dimostri che il consumatore abbia potuto influire sul contenuto del contratto attraverso lo svolgimento di un apposito negoziato individuale¹⁰.

A tale proposito va precisato che l'abuso di potere contrattuale dell'operatore professionale non va inteso come la dolosa preordinazione di quest'ultimo all'imposizione di clausole contrattuali squilibrate dal punto di vista normativo ai danni del consumatore, bensì come l'uso obiettivamente scorretto del suo maggiore potere contrattuale (individuato, cioè, alla luce dell'obiettivo risultato normativamente squilibrato), reso possibile dalla obiettiva condizione di debolezza della controparte contrattuale.

Tale conclusione costituisce l'esito di un dibattito sul significato dell'espressione secondo la quale le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto¹¹ si considerano vessatorie «malgrado il requisito della buona fede» (art. 33), comma 1, cod. cons. A tale riguardo si è escluso che il riferimento

debba intendersi come rivolto alla consapevolezza di ledere un altrui diritto (buona fede in senso soggettivo). È invece opinione ampiamente condivisa che la disposizione si riferisca alla buona fede in senso oggettivo, cioè al dovere generale di salvaguardia dell'interesse altrui, nei limiti di un apprezzabile sacrificio degli interessi propri. In questo senso è anche opinione prevalente che la traduzione “malgrado il requisito della buona fede” sia incorretta e debba leggersi, non come “nonostante il requisito della buona fede” come suggerirebbe una lettura letterale, bensì come se dicesse “in contrasto con il principio della buona fede”¹².

Disciplina sulle condizioni generali del contratto e sulle clausole vessatorie

La terminologia adottata dall'ordinamento interno nella disciplina di attuazione non coincide del tutto con quella a suo tempo adottata dal legislatore comunitario. Infatti, l'art. 33 cod. cons. dispone che le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti da contratto sono considerate non abusive, bensì vessatorie.

La ragione di tale differenza si può trovare nella circostanza che una certa protezione del contraete debole dagli squilibri normativi perpetrati dalla controparte contrattuale più forte era già offerta nel nostro ordinamento nazionale dagli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, del codice civile del 1942. Infatti in base a tali disposizioni sono inefficaci, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni contrattuali che stabiliscono in favore di colui che le ha predisposte taluni specifici e tassativi vantaggi normativi o sanciscono alcuni specifici e tassativi svantaggi normativi a carico dell'aderente.

A tali condizioni, il diritto nazionale conosceva già talune ipotesi specifiche di squilibrio normativo e gli interpreti definivano tali clausole come clausole vessatorie. Per questo, nel dare attuazione in Italia alla disciplina comunitaria delle clausole abusive si è deciso di utilizzare la formula già nota nell'ordinamento interno.

Il codice del consumo, all'art. 33, comma 2, in attuazione del Allegato alla direttiva 1993/13/CEE, contiene un elenco di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria.

Va precisato che la disciplina generale dei contratti sulle clausole vessatorie e quella contenuta nel codice del consumo non sono né coincidenti, né alternative tra loro, ma sono diverse e complementari. Ne consegue che, ove ve ne siano i presupposti, si applicano entrambe.

In primo luogo, la disciplina degli artt. 1341, comma 1 e 1342, comma 2, cod. civ. si applica indipendentemente dalla natura dell'attività nell'ambito della quale agiscono i contraenti, mentre gli artt. 33 ss. cod. cons. si applicano solo nei rapporti tra consumatori e professionisti, cioè solo se il predisponente è un professionista e l'aderente è un consumatore¹³.

In secondo luogo, la lista delle clausole vessatorie contemplata dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ., è più ridotta e ed ritenuta una lista chiusa, in considerazione del carattere eccezionale della relativa disciplina⁽¹⁴⁾. Invece, la lista delle clausole vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, cod. cons. non ha carattere tassativo. Contiene un elenco di venti clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria e che sostanzialmente riproduce, con talune modifiche ed aggiunte, le clausole elencate nell'allegato alla direttiva n. 93/13/CEE. Si intende, dunque, che la tutela offerta dagli artt. 33 ss. cod. cons. riguarda tutte le clausole che producono un significativo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e quindi anche quello non contemplate dall'art. 33, comma 2, cod. cons. La lista ha carattere tassativo solo ai fini della presunzione di vessatorietà, nel senso che solo le clausole contenute nella stessa si presumono vessatorie, mentre per le altre clausole il carattere vessatorio deve essere provato. Le clausole contenute in questo elenco dell'art. 33, comma 2, cod. cons. si presumono vessatorie sino a prova contraria, che incombe sul professionista (questa lista perciò è chiamata "lista grigia"): occorre cioè dimostrare che la clausola, tenuto conto della natura del bene oggetto del contratto, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e delle altre clausole del contratto stesso, non comporta un significativo squilibrio contrario alla buona fede oggettiva, ovvero che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale¹⁵.

È prevista poi una norma del tutto ignota al legislatore comunitario, l'art. 36, comma 2, cod. cons. la quale stabilisce che determinate clausole espressamente elencate¹⁶ si presumono vessatorie, e quindi nulle, anche se oggetto di trattativa¹⁷.

A tali condizioni, mentre nella prospettiva propria della disciplina generale il giudizio di vessatorietà si limita alla verifica formale della riconducibilità della clausola alla lista dettata dall'art. 1341 cod. civ., ed al riscontro della mancata approvazione per iscritto, nei contratti del consumatore si pone l'esigenza di definire i confini del giudizio di vessatorietà ed il giudizio deve quindi essere sostanziale.

Per quanto riguarda tale esigenza, il codice del consumo chiarisce che la valutazione del carattere vessatorio della clausola deve tener conto dei seguenti elementi (art. 34, comma 1, cod. cons.):

– La natura del bene o del servizio oggetto del contratto: a tal fine si deve valutare se ed in quale modo la natura della prestazione a carico dell'operatore professionale abbia concretamente inciso (ovvero possa incidere, nella diversa prospettiva della tutela collettiva contemplata dagli artt. 37 e 37-bis cod. cons.) sul libero esercizio dell'autonomia negoziale del consumatore.

– Le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto: a tal fine si deve tener conto se ed in quale modo altri fatti che si verificano in concomitanza del contratto abbiano concretamente inciso o possano incidere sul concreto poter di autodeterminazione del consumatore;

– Le clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato dal quale dipende: a tal fine il giudizio non può essere limitato alla considerazione del singolo diritto che nella predisposizione del contenuto contrattuale l'operatore professionale ha riservato a sé stesso, ovvero del singolo obbligo che ha posto a carico del consumatore, ma si deve tener conto dell'assetto complessivo degli interessi nel contesto dell'intera operazione economica.

Tali elementi di valutazione non solo sono complementari tra loro, ma sono altresì connessi in maniera così stretta che in certi casi finiscono per sovrapporsi.

La disciplina del codice del consumo chiarisce anche che il giudizio di vessatorietà non attiene:

- né alla determinazione dell'oggetto del contratto;
- né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi;

Infatti, il legislatore non intende sostituirsi ai privati nelle scelte relative a quali beni o servizi acquistare, quali cedere, a quali condizioni economiche, bensì intende assicurare che tali scelte diano luogo a contratti normativamente funzionali al conseguimento degli obiettivi economici perseguiti.

Tali considerazioni spiegano la ragione per la quale eccezionalmente anche le clausole contrattuali relative all'oggetto del contratto ovvero alla determinazione del corrispettivo dei beni o dei servizi forniti possano essere prese in considerazione ai fini del giudizio di vessatorietà. Ciò accade allorché siano formulate in modo oscuro ed incomprensibile (art. 34, comma 2, cod. cons.,) perché ciò si traduce in un'obiettiva difficoltà di comprendere la portata degli impegni assunti dal consumatore.

Tale principio è ripetuto con riguardo al caso nel quale tutte le clausole, anche solo talune, siano proposte al consumatore per iscritto. A tale riguardo, infatti, il codice del consumo stabilisce che:

O âmbito de aplicação das regras em matéria de cláusulas vexatórias gira em torno das figuras subjetivas de consumidor e profissional

a) da una parte, le clausole devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile;

b) dall'altra, in caso di dubbio sul senso della clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore (art. 35 cod. cons.).

La disposizione richiama due principi che si ritengono valevoli anche nell'ambito della disciplina generale delle condizioni generali dei contratti.

Infine una differenza fondamentale tra la tutela formale fornita dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ. al contraente aderente di fronte alle condizioni generali del contratto predisposte dall'altro contraente e la tutela sostanziale offerta dal Codice del consumo, si osserva nel fatto che la prima comporta l'esigenza per la loro validità della sottoscrizione da parte dell'aderente. Si cerca così di richiamare la sua attenzione sull'importanza della scelta ai fini dell'equilibrio contrattuale. Tuttavia, anche stessa approvazione delle clausole vessatorie può costituir l'effetto del potere contrattuale squilibrato.

Per questa ragione, il codice del consumo, ai fini dell'esclusione del carattere vessatorio della clausola non è sufficiente il riscontro meramente formale della sottoscrizione da parte del consumatore della clausola che produce uno squilibrio normativo a suo danno, ma è necessaria anche la verifica sostanziale che:

a) il consumatore ha potuto concretamente scegliere tra aderire o meno alla clausola senza esporsi alla ritorsione della mancata stipulazione: tale potere si manifesta mediante lo svolgimento di un'apposita trattativa con l'operatore professionale: per questo è stabilito che non sono vessatorie le clausole che siano stati oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.).

b) ovvero la clausola realizza un corretto temperamento tra gli interessi in conflitto, perché è coerente con la qualificazione di meritevolezza fatta dal legislatore nazionale o europeo: per questo non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'UE ovvero la stessa UE (art. 34, comma 3, cod. cons.).

La nullità di protezione

In base alla direttiva 93/13/CEE gli Stati membri sono tenuti a disporre che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un operatore professionale non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante tra le medesime parti secondo i termini pattuiti, sempre che lo stesso possa sussistere senza le clausole abusive (art. 6).

Nella prima versione della disciplina di attuazione, l'art. 1469-quinquies cod. civ., definiva il rimedio offerto contro le clausole vessatorie come "inefficacia" e stabiliva che le clausole vessatorie ai sensi degli artt. 1469-bis e 1469-ter erano inefficaci mentre il contratto rimaneva efficace per il resto. Questa espressione usata dal legislatore interno diede luogo ad un'ampia discussione, in quanto la nozione di inefficacia si limita a descrivere un fenomeno, ma non ne chiarisce la natura e, quindi, non aiuta ad individuare la disciplina alla quale si può fare riferimento per quanto non espressamente chiarito dalle disposizioni di settore.

In seguito, il dibattito suscitato dall'introduzione di questa disposizione ha chiarito che in questo caso l'inefficacia costituisce l'effetto di una figura particolare di nullità, detta nullità di protezione¹⁸. Per questo l'art. 36 cod. cons. in cui si raccoglie la normativa contenuta nell'art. 1469-quinquies del cod. civ., oggi abrogato, non si intitola più "inefficacia", bensì appunto "nullità di protezione".

Le molteplici peculiarità della disciplina riguardante questo rimedio non escludono che esso sia comunque una figura particolare di nullità: con ciò s'intende che, per la parte non derogata dalla disciplina di settore, restano applicabili le altre disposizioni dettate in materia di nullità dalla disciplina generale dei contratti.

Di tale considerazione si ricava, per esempio, che l'azione per far dichiarare la nullità conseguente al carattere abusivo della clausola non è soggetta al prescrizione (art. 1442 cod. civ.). Anche in questo caso si riconoscono gli effetti all'usucapione conseguente al possesso prolungato del bene oggetto del contratto che sia stato eventualmente consegnato all'acquirente e anche alla prescrizione delle azioni di ripetizione relative alle obbligazioni eventualmente adempiute nonostante la nullità della clausola (art. 1442 cod. civ.).

La figura peculiare di nullità di protezione che ci occupa, invece, si distingue dalla nullità disciplinata dagli artt. 1418 ss. cod. civ. per le seguenti caratteristiche:

Diversamente a quanto stabilito dall'art. 1421 cod. civ., la nullità di protezione non può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma opera soltanto a vantaggio del consumatore. Tuttavia, come nel caso della nullità *ex* art. 1421 cod. civ. essa può essere rilevata d'ufficio dal giudice. La combinazione, però, di queste due regole finisce per condizionare in maniera significativa l'esercizio del potere di rilevazione d'ufficio, poiché il giudice dovrà prima di attuare dovrà valutare in particolare gli interessi del consumatore che è parte del contratto, nonché i contratti a quello collegati e da esso dipendenti (art. 34, comma 1, cod. cons.).

Diversamente a quanto stabilito dall'art. 1419, comma 1, cod. civ., la nullità di singole clausole dei contratti dei consumatori non travolge l'intero contratto, nemmeno qualora risulti che l'operatore professionale non lo avrebbe concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, a meno

che la clausola vessatoria riguardi uno degli elementi essenziali del contratto o risulti che il consumatore non lo avrebbe stipulato senza quella parte colpita da nullità.

Infatti da un'interpretazione sistematica e teleologica delle norme del Codice del consumo, la dottrina italiana ricava il principio che il carattere necessariamente parziale della nullità di protezione posto dall'art. 36, comma 1, cod. cons., opera in conformità a quanto stabilito dall'art. 36, comma 3, cod. cons., e cioè solo a vantaggio del consumatore.

Come tutti i diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo (art. 143 cod. cons.), anche la tutela offerta contro le clausole vessatorie è irrinunciabile. Inoltre, è nulla qualsiasi clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia effetto di privare il consumatore di tale tutela (art. 36, comma 5, cod. cons.).

In considerazione di ciò, da una parte, e del principio secondo il quale la nullità di protezione opera solo a vantaggio del consumatore (art. 36, comma 3, cod. cons.), dall'altra, è controverso se la nullità di protezione sia o meno soggetta a convalida (art. 1423 cod. civ.).

Per fondare una risposta negativa, si sottolinea come non sia possibile concedere un potere di convalida alla parte che ha subito la clausola vessatoria, almeno fintantoché permangano le condizioni che hanno dato luogo all'abuso del potere contrattuale del professionista.

Tuttavia, una risposta positiva è stata sostenuta nel fatto che non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausole che siano stati resi oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.). In base a questo, si è sostenuto che un effetto analogo alla convalida si potrebbe ottenere dopo aver svolto una trattativa individuale che dia al consumatore la possibilità di ottenere la modificazione della clausola vessatoria: la sostanziale convalida si avrebbe allorché il consumatore scelga liberamente di mantenere la clausola altrimenti vessatoria (ad esempio, perché abbia negoziato la conservazione di quella clausola a cambio delle modifiche di un'altra parte del contratto, o a cambio della creazione di un diverso rapporto contrattuale collegato a quello).

La tutela collettiva

Oltre alla tutela individuale volta ad ottenere la dichiaratoria della nullità di protezione, contro l'utilizzo delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sono previste anche due forme di tutela collettiva, una in via giurisdizionale, l'altra in via amministrativa.

Le due tutele hanno natura intrinsecamente collettiva: infatti, non servono a demolire il contenuto di uno o più contratti considerati nella loro concreta individualità, bensì servono ad impedire o a contrastare l'uso delle condizioni generali di contratto da parte del professionista nei confronti della clientela in generale.

La tutela collettiva giurisdizionale

Il codice di consumo prevede la possibilità di esercitare un'azione collettiva (chiamata "azione inibitoria") volta a ottenere che il giudice competente inibisca l'uso delle condizioni delle quali accerti il carattere abusivo d'accordo con quanto stabilito negli artt. 32 ss. cod. cons. Tale azione potrà essere esercitata dalle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico (art. 137 cod. cons.); dalle associazioni rappresentative dei professionisti e dalle Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura.

A sua volta si tratta di una azione che potrà essere esercitata contro gli operatori professionali e le associazioni di operatori professionali, quando utilizzino o raccomandino l'utilizzo di condizioni generali idonee a produrre, se inserite in un contratto, uno squilibrio normativo a danno dell'eventuale consumatore.

L'art. 140, comma 9, cod. cons., prevede che le misure di tutela collettiva "non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni". L'interpretazione di questa norma è stato oggetto di accese discussioni. La dottrina sembra preferire l'interpretazione che sostiene l'applicabilità dei rimedi individuali garantita in ogni caso al consumatore, il quale potrà esercitarli sia che l'esito del giudizio collettivo risulti negativo, sia che questo risulti positivo, qualora l'imprenditore condannato non ottemperi al comando giudiziale continuando nell'inserimento di clausole dichiarate vessatorie¹⁹.

La dottrina ha sollevato altri dubbi sulle "misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate" (art. 140, comma 1, lett. b cod. cons.) che il giudice può imporre al professionista in caso di ritenere fondata l'azione inibitoria esercitata. Si tratta di misure, atipiche e innominate, dal contenuto più vario, rimesso alla discrezionalità del giudice, che può disporre obblighi di fare o di non fare strumentali alla pronuncia inibitoria.

Il problema interpretativo che si pone è la compatibilità di queste misure, volte ad eliminare "gli effetti dannosi", con l'azione inibitoria, che ha carattere preventivo-collettivo, inquadrato in una prospettiva di tutela volta al futuro, non al passato, in grado di realizzare interessi collettivi e non diritti individuali.

Nelle pronunce giurisprudenziali si è assistito, invece, ad un progressivo utilizzo di tali misure a fini restitutori. La giurisprudenza “ha forzato” al massimo l’interpretazione della disposizione normativa, giungendo ad imporre all’imprenditore obblighi di restituzione.

La tutela collettiva amministrativa

Anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può dichiarare la vessatori età delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari (art. 37-bis, aggiunto dall’art. 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1).

Tale dichiarazione, tuttavia, di per sé produce conseguenze più limitate rispetto a quella eventualmente pronunciata in sede giurisdizionale, ovvero:

a) La diffusione del provvedimento mediante pubblicazione (art. 37 bis, comma 2, cod. cons.) su apposita sezione del sito internet istituzionale dell’Autorità, sul sito dell’operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria, o mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all’esigenza di informare compiutamente i consumatori.

b) L’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di ammontare compreso tra 5.000,00 euro e 50.000 euro.

La giurisdizione contro gli atti di tutela amministrativa collettiva dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato è rimessa alla competenza del giudice amministrativo.

Indipendentemente dall’esito positivo o negativo del giudizio di vessatori età operato dall’AGCOM, resta in ogni caso aperta la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. Infatti, il giudice del giudizio sulla nullità di protezione può valutare autonomamente il carattere vessatorio della clausola²⁰.

Il diritto di regresso del fornitore

Una peculiarità dell’ordinamento italiano rispetto alla direttiva 93/13/CEE si trova nell’art. 36, comma 4, cod. cons. che stabilisce che il distributore finale che stipula un contratto con un consumatore ha diritto di regresso nei confronti del suo fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole considerate abusive.

Questa norma e, in particolare, la terminologia usata dal legislatore, è stata oggetto di critiche da parte della dottrina. Sembra contraddittorio parlare di diritto di regresso, che consisterebbe nel potere giuridico di richiederne la restituzione di quanto pagato a un terzo al posto di un altro debitore, con il pagamento dei danni subiti derivati dalla declaratoria di nullità, che implicherebbe la compensazione di tutte le perdite subite e dei mancanti guadagni non ottenuti dal distributore.

La dottrina maggioritaria considera che l'interpretazione corretta riconosca in capo al distributore un vero e proprio diritto al risarcimento del danno.

Inoltre, è opinione prevalente in dottrina che l'art. 36, comma 4, cod. cons., vada inteso nel senso che il diritto di regresso sussiste solo se l'inserimento della clausola dichiarata nulla per il suo carattere vessatorio sia da imputare a colui che fornisce il bene o il servizio al venditore finale, ovvero direttamente al consumatore, nel caso che quest'ultimo abbia svolto una mera attività di intermediazione e non di vera e propria rivendita o cessione ²¹.

Notas

* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

¹ V. ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, em *Contratti*, 1994, pp. 113 ss.; ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, em *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, pp. 46 ss.; BUSNELLI MORELLO, *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, em *Rivista Notariato*, 1995, I, pp. 369 ss.; CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13 Cee*, in *Corriere giuridico*, 1996, pp. 250 ss.; CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle «clausole abusive»*, em *Rassegna giuridica Energia elett.*, 1995, pp. 569 ss.; CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, em *Studium iuris*, 1996, pp. 491 ss.; COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, em *Giustizia civile*, 1994, II, pp. 543 ss.; PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, em *Foro italiano*, 1994, V, cc. 137 ss.; PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, em *Rivista critica di diritto privato*, 1995, pp. 523 ss.; PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, em *Contratto e impresa*, 1993, pp. 71 ss.; PATTI, *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, em *Scritti in onore di R. Sacco*, vol. II, Milano, 1994, pp. 833 ss.; RIZZO, *Le «clausole abusive» e la proposta di attuazione della direttiva comunitaria: alcune considerazioni*, em *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, dirigo por BIANCA e ALPA, Padova, 1996, pp. 543 ss.; RIZZO, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigo por CESARO, vol. I, 3ª ed., Padova, 2001, pp. 19 ss.; ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, em *Clausole abusive e direttiva comunitaria. Atti del Convegno di Napoli del 28 maggio 1993*, dirigo por CESARO, Padova, 1994, pp. 85 ss.; ROPPO e NAPOLETANO, *Clausole abusive*, em *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, Roma, 1994, pp. 1 ss.; SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, em *Responsabilità civ. prev.*, 1993, pp. 435 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il modo di formazione della*

legislazione europea di diritto privato: un laboratorio comparatistico, em *Analisi di leggi-campione. Problemi di tecnica legislativa*, dirigo por VISINTINI, Padova, 1995, pp. 659 ss.

² BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigo por CUFFARO, 3° ed., Milano, 2012, pp. 269 ss.; BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, em *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, cit., pp. 320 ss.; DE CRISTOFARO, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al capo quattordicesimo bis del titolo secondo del libro quarto del codice civile: ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13, Cee?*, em *Studium iuris*, 2000, pp. 393 ss.; MAZZU', *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, em *Riv. Notariato*, 2009, pp. 1135 ss.; PATTI, *Introduzione*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, *Commentario agli articoli 1469-bis -1469-sexies del Codice civile*, dirigo por ALPA e PATTI, I, Milano, pp. pp. XLV ss.; ROPPO e NAPOLETANO, *Le clausole abusive*, cit., pp. 3 ss.; RIZZO, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigo por CESARO, vol. I, 3ª ed., Padova, 2001, pp. 28 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigo por ALPA, Milano, 2014, pp. 614 ss.; ZACCARIA, em *Commentario breve al diritto dei consumatori*, dirigo por DE CRISTOFARO e ZACCARIA, 2ª ed., Padova, 2013, pp. 3724 ss.

³ ALPA, *Art. 1, Finalità ed oggetto*, em *Codice del Consumo. Commentario*, dirigo por ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 17 ss.; BIANCA, *Art. 1*, em *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, dirigo por CATRICALA' e TROIANO, Torino, 2010, pp. 3 ss.; CHINE', *Disposizioni Generali*, em *Codice del consumo*, dirigo por CUFFARO, cit., pp. 3 ss.; DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, em *Nuove leggi civili commentate*, 2006, pp. 747 ss.; GENTILE, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, em *Contratti*, 2006, pp. 159 ss.; ROSSI CARLEO, *Introduzione*, em *Codice del Consumo. Commentario*, dirigo por ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 13 s.; ROSSI CARLEO, *Art. 1, Finalità ed oggetto*, em *Le modifiche al Codice del consumo*, dirigo por MINERVINI e ROSSI CARLEO, Torino, 2009, pp. 3 ss.; SCIANCALEPORE, *Art. 1-4*, em *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, dirigo por STANZIONE e SCIANCALEPORE, Milano, 2006, pp. 5 ss.; VETTORI, *Art. 1, Finalità ed oggetto. 1. L'iter di approvazione e le scelte compiute*, em *Codice del Consumo. Commentario*, dirigo por VETTORI, Padova, 2007, pp. 3 ss.

⁴ BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'applicazione sistematica della disciplina delle clausole abusive*, em *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, em *Nuove Leggi civili commentate*, 1997, pp. 757 ss.; PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, em *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, II, pp. 282 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, em *Riv. Diritto commerciale*, 1997, pp. 947 ss.; SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, em *Rivista di Diritto civile*, 2004, pp. 787 ss.

⁵ ASTONE, *Art. 1469-bis, comma 2*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigo por ALPA e PATTI, I, cit. pp. 93 ss.; CARINGELLA, *La nozione di consumatore*, em *I contratti dei consumatori*, dirigo por CARINGELLA e DE MARZO, Torino, 2007, pp. 53 ss.; CHINE', *Disposizioni Generali, art. 3*, em *Codice del consumo*, dirigo por CUFFARO, cit., pp. 17 ss.; LUCCHESI, *Art. 3*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigo por VETTORI, cit., pp. 44 ss.; GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, em *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. III, Milano, 2006, pp. 227 ss.; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, em *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, em *Nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 825 ss.; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pp. 104 ss.; KIRSCHEN, *Art. 3, comma 1, lett. A) consumatore o utente*, em *Codice del consumo*.

Commentario, dirigo por ALPA e ROSSI CARLEO, cit., pp. 46 ss.; SANNIA, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigo por CESARO, cit., pp. 76 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigo por ALPA, Milano, 2014, pp. 622 ss.; STANZIONE e MUSIO, *Introduzione*, em *La tutela del consumatore*, dirigo por STANZIONE e MUSIO, em *Trattato di diritto privato*, dirigo por BESSONE, Torino, 2009, pp. 15 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del), I*, *Diritto civile*, em *Enciclopedia giuridica*, aggiornamento, I, Roma, 2000, pp. 1 ss.

⁶ L'unica apertura alla non fisicità della persona consumatore si è avuta nei riguardi del condominio. La Corte di Cassazione, civ., 24 luglio 20012, n. 10886, ha infatti ritenuto che il condominio in quanto tale non ha una soggettività distinta rispetto a quella dei suoi partecipanti, e quindi non può considerarsi parte del rapporto contrattuale, mentre deve considerarsi parte l'amministratore che opera come mandatario dei singoli condomini.

⁷ V. Cass. Civ., 23-2-2007. n. 4208, em *Foro italiano*, 2007, I, cc. 2439 ss.; Cass. Civ., 5-6-2007, n. 13083, em *Responsabilità e risarcimento*, 2007, fasc. 8, p. 15.

⁸ ASTONE, *Art. 1469-bis, comma 2*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigo por ALPA e PATTI, I, cit. pp. 93 ss.; CHINE', *Disposizioni Generali, art. 3*, em *Codice del consumo*, dirigo por CUFFARO, cit., pp. 25 ss.; LUCCHESI, *Art. 3*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigo por VETTORI, cit., pp. 44 ss.; GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, em *I contratti dei consumatori*, dirigo por GABRIELLI e MINERVINI, cit., pp. 53 ss.; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, em *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, em *Nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 825 ss.; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pp. 104 ss.; KIRSCHEN, *Art. 3, comma 1, lett. c) consumatore o utente*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigo por ALPA e ROSSI CARLEO, cit., pp. 66 ss.; SANNIA, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigo por CESARO, cit., pp. 107 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigo por ALPA, Milano, 2014, pp. 622 ss.; STANZIONE e MUSIO, *Introduzione*, em *La tutela del consumatore*, dirigo por STANZIONE e MUSIO, em *Trattato di diritto privato*, dirigo por BESSONE, Torino, 2009, pp. 24 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del), I*, *Diritto civile*, em *Enciclopedia giuridica*, aggiornamento, I, Roma, 2000, pp. 1 ss.

⁹ DI NELLA, *Mecato e autonomia contrattuale dell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, pp. 380 ss.; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, em *Diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, pp. 41 ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, pp. 40 ss.; ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, em ALPA, *I diritti dei consumatori*, I, *Tratt. Dir. Europeo*, III, a cura di AJANI e BENACCHIO, Torino, 2009, pp. 55 ss.

¹⁰ BARENGHI, *Artt. 33- 39*, em *Codice del consumo*, dirigo por CUFFARO, cit., pp. 275 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 44 ss.; MONTICELLI, *Art. 1469-ter, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigo por CESARO, cit., pp. 532 ss.; ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, em *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 282 ss.; TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola «non oggetto di negoziato individuale»*, em *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, dirigo por BIANCA e ALPA, Padova, 1996, pp. 589 ss.

¹¹ AZZARO e SIRENA, *Il giudizio di vessatori età delle clausole*, em *I contratti dei consumatori*, I, dirigo por GABRIELLI e MINERVINI, em *Trattato dei contratti*, dirigo por RESCIGNO e GABRIELLI, cit., pp.

43 ss.; BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, cit., pp. 268 ss.; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., pp. 160 ss.; TROIANO, *Art. 1469-bis, 1° co., c.c., "Significativo equilibrio"*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, en *Codice civile. Commentario*, dirigido por ALPA e PATTI, cit., pp. 27 ss.; RIZZO, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigido por CESARO, cit., pp. 29 ss.

¹² BARENGHI, *Artt. 33-39*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, Milano, 2012, pp. 268 ss.; BIANCA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, dirigido por BIANCA e ALPA, Padova, 1996, pp. 357 ss.; DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 5, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, cit., pp. 356; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 59 ss.; RIZZO, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, dirigido por CESARO, Padova, 2001; 28 ss.; RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis ss. c.c.e i contratti col consumatore*, dirigido por RUFFOLO, em *Responsabilità Comunicazione Imprese. Collana* dirigida por RUFFOLO, 1, Milano, 1997, pp. 35 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigido por ALPA, Milano, 2014, pp. 618 ss.; TROIANO, *Art. 1469-bis, 1° co., c.c.*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigido por ALPA e PATTI, em *Codice civile. Commentario*, fundado por SCHELESINGER e dirigido por BUSNELLI, Milano, 2003, pp. 27 ss.; UDA, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigido por ALPA e PATTI, I, cit., pp. 102 ss.

¹³ ALPA, *Introduzione*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli articoli 1469-bis -1469-sexies del Codice civile*, dirigido por ALPA e PATTI, I, cit., pp. 97 ss.; BARENGHI, *Artt. 33-39*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, cit., pp. 260 ss.; CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore quale contraente per definizione debole*, em *I contratti dei consumatori*, dirigido por CARINGELLA e DE MARZO, Torino, 2007, pp. 6 ss.; LUCCHESI, *Art. 33, comma 1*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigido por VETTORI, cit., pp. 226 ss.; MINERVINI, *Dei Contratti del consumatore in generale*, cit., 59 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigido por ALPA, Milano, 2014, pp. 603 ss.; SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, em *La tutela del consumatore*, dirigido STANZIONE e MUSIO, cit., pp. 509 ss.

¹⁴ In base al comma 2, dell'art. 1341 del cod. civ. non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

¹⁵ ALPA, PATTI, CARICATO, SCARPELLO, *Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2004; AZZARO e SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà della clausole*, em *I contratti dei consumatori*, I, dirigido por GABRIELLI e MINERVINI, em *Trattato dei contratti*, dirigido por RESCIGNO e GABRIELLI, pp. 43 ss.; BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, 3° ed., Milano, 2012, pp. 260 ss.; BELLELLI, *Art. 1469-quinquies*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigido por ALPA e PATTI, I, Milano, 1997, pp. 683 ss.; CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, em *Corriere giuridico*, 1996, pp. 248 ss.; CARINGELLA, *Sindacato sull'abusività della clausola*, em *I contratti dei consumatori*, dirigido por CARINGELLA e DE MARZO, Torino, 2007, pp. 83 ss.; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*.

Art. 5, legge 6 febbraio 1996, n. 52, Milano, 1996, pp. 3 ss.; DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, em *Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 691 ss.; LENER e BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigitto por GABRIELLI e MINERVINI, cit., pp. 192 ss.; LUCCHESI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigitto por VETTORI, cit., pp. 235 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 59 ss.; NUZZO, *Artt. 33-38*, em ALPA e ROSSI CARLEO, *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, pp. 249 ss.; ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, em *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 277 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigitto por ALPA, Milano, 2014, pp. 613 ss.; SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, em *La tutela del consumatore*, dirigitto por STANZIONE y MUSIO, cit., pp. 493 ss.; TROIANO, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigitto por ALPA y PATTI, I, cit., pp. 3 ss.; UDA, *Art. 1469-bis, comma 1*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigitto por ALPA e PATTI, I, cit., pp. 65 ss.

¹⁶ Si tratta delle clausole che abbiano per oggetto o per effetto quello di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; quello di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; o quello di prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. Questo elenco è conosciuto come "lista nera".

¹⁷ BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigitto por CUFFARO, cit., pp. 270 ss.; FACCIOLO, *Art. 32, comma 2, II*, em *Commentario breve al diritto dei consumatori*, dirigitto por DE CRISTOFARO e ZACCARIA, 2^a ed., Padova, 2013, pp. 402 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 84 ss.; ROPPO e NAPOLETANO, *Clausole abusive*, cit., pp. 5 ss.; SCIANCALEPORE, *Le clausole abusive*, em *La tutela del consumatore*, dirigitto STANZIONE e MUSIO, cit., pp. 506 ss.

¹⁸ BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigitto por CUFFARO, cit., pp. 279 ss.; GABRIELLI e ORESTANO, *Contratti del consumatore*, em *Digesto disc. Priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2000, pp. 260 ss.; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, em *Contratto e impresa*, 2000, pp. 926 ss.; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, em *Rivista di diritto civile*, II, pp. 429 ss.; MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, em *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 43 ss.; MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, em *Contratto e impresa*, 1994, pp. 1097 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 77 ss.; MUSIO, *Sulla natura della sanzione delle clausole vessatorie. Esperienze europee a confronto*, Salerno, 2001, pp. 26 ss.; NUZZO, *Artt. 33-38*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigitto por ALPA e ROSSI CARLEO, cit., pp. 255 ss.; ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie «contratti del consumatore» e condizioni generali*, em *Rivista critica di diritto privato*, 1996, pp. 501 ss.; ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, em *I contratti dei consumatori*, dirigitto por GABRIELLI e MINERVINI, cit. t. I, pp. 381 ss.; PASSAGNOLI, *Art. 36, Nullità di protezione*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigitto por VETTORI, cit., pp. 371 ss.; QUADRI, *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, em *Diritto e giur.*, 1999, pp. 45 ss.; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, em *Contratto e impresa*,

2005, pp. 149 ss.; VALLE, art. 36. *La nullità delle clausole vessatorie*, em *Commentario breve al diritto dei consumatori*, dirigido por DE CRISTOFARO e ZACCARIA, cit., pp. 410 ss.

¹⁹ CARINGELLA, *La tutela collettiva*, em *I contratti dei consumatori*, dirigido por CARINGELLA e DE MARZO, cit., pp. 123 ss.; CONTI, *La tutela inibitoria*, em *I contratti dei consumatori*, dirigido por CARINGELLA e DE MARZO, cit., pp. 675 ss.; DANOVÌ, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, em *Riv. Dir. Proc.*, 1996, II, pp. 137 ss.; FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies*, em *Riv. Dir. Proc.*, 1996, pp. 936 ss.; FRIGNANI, *Azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni «fuori dal coro» di un civilista)*, em *Riv. Dir. Proc.*, 1997, pp. 999 ss.; LUCCHESI, *Azione inibitoria*, em *Codice del consumo. Commentario*, dirigido por VETTORI, cit., pp. 396 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pp. 95 ss.

²⁰ BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, cit., pp. 287 ss.; BATELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, em *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 1093 ss.; MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (art. 37 bis d. leg. 6 settembre 2005 n. 206, inserito dall'art. 5 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, conv. Con modif., in l. 24 marzo 2012 n. 27)*, em *Nuove leggi civili commentate*, 2012, pp. 563 ss.; PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, em *Corriere giuridico*, 2012, pp. 47 ss.; POSMON, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo*, em *Nuove leggi civili commentate*, 2013, pp. 823 ss.; RIUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, em *Contratti*, 2012, pp. 638 ss.; ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, em *Obbligazioni e contratti*, 2012, pp. 492 ss.; SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, em *I contratti del consumatore*, dirigido por ALPA, cit., pp. 638 ss.

²¹ BARENGHI, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em *Codice del consumo*, dirigido por CUFFARO, cit., pp. 281 ss.; BELLELI, *Art. 1469-quinquies*, em *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, dirigido por ALPA e PATTI, cit., pp. 683 ss.; CASSANO, *Professionista debole e clausole vessatorie (a proposito dell'azione di regresso di cui all'art. 1469 quinquies, comma 4, c.c.)*, em *Danno e responsabilità*, 2000, pp. 587 ss.; CHIRICO, *Art. 1469 quinquies*, em *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469 bis e ss.)*, dirigido por CESARO, pp. 686 ss.; VALLE, *Art. 36, comma 4, Il diritto di regresso del professionista*, em *Commentario breve al diritto dei consumatori*, dirigido por DE CRISTOFARO e ZACCARIA, cit., pp. 414 ss.

O MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE CONSUMO

JOÃO ALVES
Procurador da República e mestre em Direito

EXCERTOS

“A ação inibitória destina-se a «prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente (...) se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas»”

“No caso dos fatos apurados integrarem cláusulas contratuais abusivas em conjugação com práticas lesivas dos direitos do consumidor, nomeadamente que atentem contra a sua saúde e segurança física ou consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei, é instaurada a ação inibitória prevista no art. 10º, n. 1, da Lei 24/96 de 31 de julho”

“A introdução do mecanismo de inversão do contencioso permite ao juiz da providência cautelar a possibilidade de, a pedido do requerente, efetuado até ao encerramento da audiência final, decidir, a ‘título definitivo’, sobre a existência do direito acautelado, ficando o requerente dispensado da instauração da correspondente ação principal”

“No caso de ação inibitória, bastará a mera probabilidade de que venha a ocorrer um ato ilícito; tal resultará da disponibilidade atual do contrato no comércio jurídico: se um contrato contendo cláusulas abusivas é disponibilizado pela ré, é uma ilação legitimamente extraída, por ser uma decorrência do seu uso, o receio de inclusão em contratos singulares”

I. Introdução

As cláusulas contratuais gerais (CCG) são «*proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adoptou*»^{1,2}.

O regime jurídico das CCG encontra-se regulado no DL 446/85, de 25 de outubro, alterado pelo DL 220/95, de 31 de agosto (por força da Diretiva 93/13, de 5 de abril), objeto da Declaração de Retificação n. 114-B/95, de 31 de agosto, e novamente alterado pelo DL 249/99, de 7 de julho. A estas alterações acrescem as operadas pelo art. 24º do DL 323/01, de 17 de dezembro, respeitante à conversão de escudos para euros (art. 29º, n. 2, e 33º, n. 1, do DL 446/85) e o Regulamento Custas Processuais (art. 25º, n. 1, do DL 34/2008, de 26 de fevereiro), que revogou a isenção de custas constante da parte final do art. 29º, n. 1, do DL 446/85.

A intervenção do Ministério Público (MP) neste contencioso ocorre maioritariamente nos tribunais cíveis^{3,4,5} e pode assumir várias formas:

Em primeiro lugar, através da instauração de ação inibitória destinada «*a obter a condenação a abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais*» (art. 26º, n. 1, do DL 446/85).

Neste caso, o controlo das cláusulas, abstrato (ou preventivo), é levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares, em que se pretende que os utilizadores de CCG sejam condenados a abster-se do seu uso. Este controlo efetua-se abstratamente e não em concreto, tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo, e não isoladamente ou em função do caso concreto^{6,7,8}.

Em segundo, através da instauração da ação inibitória prevista no art. 10º, n. 1, al. b), da Lei 24/96, de 31 de julho. Esta ação inibitória destina-se a «*prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente (...) se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas*».

Entre esta ação e a ação inibitória atrás mencionada, prevista no art. 26º, n. 1, do DL 446/85, existe uma relação de especialidade⁹. Quando a questão é exclusivamente respeitante a cláusulas contratuais abusivas, o MP intenta a ação prevista no art. 26º, n. 1, do DL 446/85. Porém, no caso dos fatos apurados integrarem cláusulas contratuais abusivas em conjugação com práticas lesivas dos direitos do consumidor, nomeadamente que atentem contra a sua saúde e segurança física ou consistam em práticas comerciais¹⁰

expressamente proibidas por lei, é instaurada a ação inibitória prevista no art. 10º, n. 1, da Lei 24/96 de 31 de julho.

Em terceiro, o MP intervém em ações, contestações ou embargos em representação de ausentes, incertos ou incapazes (arts. 21º, 22º e 23º do Código de Processo Civil¹¹ – CPC). Neste caso, ao contrário do que acontece nas ações inibitórias, que são ações coletivas, estamos perante a defesa de interesses individuais/concretos, constituindo também uma fonte de obtenção de informação para instaurar eventuais ações inibitórias¹².

Em quarto lugar, existe no MP um atendimento ao público em todas as jurisdições. Esta função não consta expressamente das competências do MP, mas é enquadrada enquanto manifestação do direito de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça e de articulação entre os meios formais e informais de resolução de conflitos¹³.

É uma função que exige preparação e formação, bem como sensibilidade para a defesa dos consumidores. Admito que nesta matéria a formação da maioria dos magistrados do MP é genérica e não [consegue] responder às questões complexas e diversificadas colocadas pelos consumidores, pelo que deve ser equacionado o encaminhamento para outras entidades que também têm atendimento aos cidadãos (associações de consumidores, entidades reguladoras, centros de informação autárquica ao consumidor).

Por último, o MP tem legitimidade para intentar ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores a nível comunitário (art. 5º, n. 5, da Lei 25/2004)¹⁴. Não tenho conhecimento de que o MP português tenha utilizado esta competência e, mesmo no resto da União Europeia, são raras as ações intentadas.

Desde a década de 1990 tem sido regular a instauração de ações inibitórias (quase exclusivamente de cláusulas contratuais gerais), na sua quase totalidade pelo núcleo de propositura de ações da Procuradoria do Palácio da Justiça de Lisboa¹⁵, com especial ênfase a partir de 2008, e obtendo uma elevada taxa de procedência dos pedidos. Apesar da nova reorganização judiciária¹⁶, este núcleo continua em funções, na agora designada Comarca de Lisboa – cível.

II. O presente

No mencionado artigo que publiquei nesta Revista em 2011, apontei uma série de problemas que afetavam a eficácia da intervenção do MP neste contencioso das cláusulas contratuais abusivas. Ora, existem melhorias nalguns dos problemas detectados, por exemplo:

a) O registo das cláusulas contratuais gerais declaradas nulas pelos tribunais.

Este registo, embora mencionado no preâmbulo do DL 446/85, com o objetivo de «assegurar a publicidade das que forem elaboradas, alteradas ou proibidas por decisão transitada em julgado», apenas surgiu com o DL 220/95, de 31 de agosto, impondo o art. 35º, n. 1, a criação do serviço que «fica incumbido de organizar e manter atualizado o registo de cláusulas contratuais gerais abusivas que lhe sejam comunicadas».

O registo constava de uma base de dados arcaica e deficiente, pois, entre outros problemas, não continha a sentença completa.

Esta situação alterou-se completamente e o registo pode agora ser consultado no site <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>. No final de setembro de 2014 tem um total de 247 documentos.

Um outro registo elaborado pelo MP, mas limitado à área territorial da Procuradoria Distrital de Lisboa, pode ser consultado em:

http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_busca.php?buscajur=&nid_especie=3&nid_subespecie=21&pagina=1&ficha=1.

b) Há uma redução da morosidade na fase de recurso¹⁷ das ações inibitórias.

Esta redução encontra o seu fundamento numa alteração legislativa ao regime dos recursos no anterior CPC (art. 721º, n. 3) e que, no fundo, obstava ao recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. É a aplicação da “dupla conforme”, ou seja, a restrição de interposição de recurso de revista quando o Tribunal da Relação confirme, sem voto de vencido e sem fundamentação essencialmente diferente, a decisão do tribunal da 1ª instância.

Na atual redação do art. 671º, n. 3, do CPC a restrição decorrente da “dupla conforme” não funciona quando o Tribunal da Relação empregue para a confirmação da decisão de 1ª instância fundamentação diferente da utilizada nesta última, a qual pode passar mesmo pela modificação da matéria de fato (na medida em que os fatos provados integram os fundamentos da decisão).

c) Na carreira do MP, o acesso às jurisdições especializadas (caso da área cível) no recente movimento de magistrados resultante da nova reorganização judiciária foi alterado. «Considerando que o incremento da especialização, que constitui um dos pilares da reforma da organização judiciária, deverá passar a ser a um dos objetivos a alcançar no âmbito dos movimentos dos magistrados do Ministério Público, passando a formação especializada, para tal efeito, com exceção das instâncias locais que integram seções de competência genérica, a ser ponderada com primazia relativamente aos demais critérios, tal como permite o artigo 136º do Estatuto do Ministério Público.»¹⁸

Todavia, não é previsível que a especialização resultante da nova reorganização judiciária tenha impacto significativo neste contencioso pois os dois principais tribunais (Lisboa e Porto) que tramitavam estas ações já estavam especializados (juízos e varas cíveis).

d) A nível organizativo do MP, a Ordem de Serviço da PGR n. 2/2014, de 20 de janeiro, criou o Gabinete de Interesses Difusos e Coletivos¹⁹. No entanto, ainda não são conhecidos resultados públicos do trabalho deste gabinete.

e) Foi objeto de regulamentação, através do Despacho 1994/2012 dos Gabinetes dos Ministros de Estado e das Finanças e da Economia e do Emprego²⁰, o Fundo para a Promoção dos Direitos dos Consumidores.

De acordo com o art. 2º, este fundo tem como eixos de atuação:

– apoio aos mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça pelos consumidores;

– apoio a projetos de âmbito local de promoção dos direitos dos consumidores;

– informação, educação e apoio dos consumidores;

– estudos, pareceres e análises técnico-científicas em matéria de segurança geral dos serviços e bens de consumo, no domínio da publicidade e de outros temas relevantes do direito e da economia do consumo.

É de mencionar que a distribuição de verbas pelo fundo é objeto de alguma polémica²¹.

f) O novo CPC alterou o regime jurídico dos procedimentos cautelares (art. 369º), prevendo a inversão do contencioso. A introdução do mecanismo de inversão do contencioso permite ao juiz da providência cautelar a possibilidade de, a pedido do requerente, efetuado até ao encerramento da audiência final, decidir, a “título definitivo”, sobre a existência do direito acautelado, ficando o requerente dispensado da instauração da correspondente ação principal.

A inversão do contencioso deverá ser ordenada se a matéria adquirida no procedimento permitir ao juiz formar convicção segura sobre a existência do direito acautelado e a natureza da providência for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Da análise do art. 369º do CPC verifica-se que, para que o requerente seja dispensado do ónus de propor a ação principal, têm de se verificar dois pressupostos cumulativos:

1º – que a matéria adquirida no procedimento permita ao juiz formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado, e

2º – que a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Trata-se de uma decisão vinculada do tribunal, e não de uma decisão tomada no uso de um poder discricionário.

Para criar a convicção segura acerca da existência do direito não basta a prova sumária do direito acautelado. Como refere Miguel Teixeira de Sousa²², «o que conta é que o juiz forme a convicção segura do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência decretada».

Segundo Lopes do Rego²³, «o juiz só decretará a inversão do contencioso quando o grau de convicção que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus bonus juris*, face nomeadamente à amplitude e consistência da prova produzida e à evidência do direito invocado pelo requerente (...) e entender ponderadas as razões invocadas pelas partes – que a composição de interesses alcançada a nível cautelar pode servir perfeitamente como solução definitiva para o litígio».

Quanto ao segundo pressuposto, a adequação da natureza da providência decretada a realizar a composição definitiva do litígio, a lei exige que a providência decretada se possa substituir à tutela definitiva que o requerente da providência poderia solicitar na ação principal se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso. Este pressuposto justifica-se, pois, tendo sido decretada a inversão e não tendo o requerido proposto a ação principal, a tutela cautelar tornar-se-á definitiva.

É a lei que determina quais as providências em que pode ser requerida a inversão, dispondo o art. 376º, n. 4, do CPC que «o regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em legislação avulsa cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio» (sublinhado nosso).

Ora, parece-me que estes pressupostos se verificam no caso de ser instaurada uma proibição provisória²⁴ de cláusulas contratuais abusivas, providência cautelar prevista no art. 31º do DL 446/85. Em virtude da natureza das ações inibitórias a tutela cautelar é imprescindível para conferir efetividade aos direitos dos consumidores, «o tempo que sempre envolve uma demanda judicial pode pôr em causa a proteção efetiva dos aderentes a cláusulas contratuais gerais. Justifica-se, portanto, o meio de tutela provisória cuja disciplina é fixada por remissão para as disposições das providências cautelares não especificadas»²⁵.

A formação da maioria dos magistrados do MP é genérica e não [consegue] responder às questões complexas e diversificadas colocadas pelos consumidores

A tutela cautelar está prevista no art. 31º do DL 446/85. No entanto, a jurisprudência portuguesa tem tomado duas posições²⁶: exigindo a verificação dos mesmos requisitos que os procedimentos cautelares comuns (arts. 381º a 392º do anterior CPC, atuais arts. 362º a 376º do CPC) ou entendendo que a exigência dos requisitos dos procedimentos cautelares previstos no CPC tem que ser efetuada com as devidas adaptações (adaptações essas que o art. 31º, n. 2, do DL 446/85 exige), centrando-se a questão no requisito do prejuízo irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

As “devidas adaptações” remetem-nos para a questão do prejuízo, que não é pressuposto da ação inibitória. No caso de ação inibitória, bastará a mera probabilidade de que venha a ocorrer um ato ilícito; tal resultará da disponibilidade atual do contrato no comércio jurídico: se um contrato contendo cláusulas abusivas é disponibilizado pela ré, é uma ilação legitimamente extraída, por ser uma decorrência do seu uso, o receio de inclusão em contratos singulares. Assim, ao MP bastará juntar como prova documental o contrato²⁷ onde constem as cláusulas abusivas.

Atento o tempo já decorrido, julgo ser tempo do MP insistir nesta via cautelar, aproveitando este novo mecanismo legal da inversão do contencioso.

Notas

¹ Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, Coimbra, 2000, p. 118.

² Embora se trate muitas vezes de designar de forma diferente o mesmo processo, a «*fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais*» – Monteiro, António Pinto, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, Estudos de Direito do Consumidor*, n. 3, Coimbra, 2001, p. 136.

«*Falamos de contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais porque entendemos, para este efeito, que o regime será o mesmo ... o regime instituído, em Portugal, pelo Decreto-Lei n. 446/85, sobre cláusulas contratuais gerais ... aplica-se, neste caso, a todos os contratos de adesão, isto é, mesmo àqueles que não sejam formados através de cláusulas contratuais gerais*», Monteiro, António Pinto, *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual, Estudos dedicados ao professor doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, Universidade Católica*, 2002, p. 293.

³ E em menor número nos tribunais administrativos, por exemplo, os contratos de concessão de serviços de interesse geral subsumem-se em toda a sua disciplina e para todos os efeitos ao direito do consumo (Ac. do STA de 26/9/2006, proc. 014/06, www.dgsi.pt).

⁴ Sobre a nova organização judiciária em Portugal, vide a lei da organização do sistema judiciário (Lei 62/2013, de 26 de agosto) e o regime de organização e funcionamento dos tribunais judiciais (DL 49/2014, de 27 de março).

⁵ O último relatório-síntese publicado da atividade nacional do MP respeita ao ano de 2012 e mostra a movimentação, na área cível, de 323 ações relativas a interesses difusos (148 findas e 175 pendentes), *cf.*, http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2012/RELATORIO_SINTESE_MP_2012.pdf

⁶ Vários exemplos de decisões judiciais podem ser consultados no registo das cláusulas contratuais abusivas julgadas pelos tribunais, no site <http://www.dgsi.pt/>

⁷ Um exemplo de petição inicial proposta pelo MP pode ser consultado em «Defesa dos consumidores (Ação inibitória). Crédito à habitação – Nulidade da cláusula que estabelece o arredondamento em alta da taxa de juro», *Revista do Ministério Público*, julho-setembro de 2010, n. 123, p. 281-91.

⁸ Para um maior desenvolvimento pode ser consultado o artigo publicado nesta revista, «A intervenção do Ministério Público português no controlo das cláusulas contratuais abusivas», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, 4º, dezembro de 2011, p. 113-36.

⁹ «*Há relação de especialidade no caso de interconexão dos elementos constitutivos das normas, análoga à que ocorre entre o conceito geral e o conceito especial, ou seja, quando a previsão de uma norma jurídica abranja os elementos de outra e algum elemento especializador*», Parecer da PGR de 29/5/1991, DR, II Série, n. 239, de 17 de outubro de 1991, p. 10.370.

A Lei 24/96 (Lei geral posterior) não revogou a Lei especial (DL 446/85) pois «*a lei geral não revoga a lei especial, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador*» (art. 7º, n. 3, do Código Civil).

¹⁰ O regime jurídico das práticas comerciais desleais encontra-se previsto no DL 57/2008, de 26 de março.

¹¹ Na redação do CPC resultante da Lei 41/2013, de 20 de junho.

¹² Um exemplo deste tipo de intervenção processual pode ser encontrado no Ac. da Relação de Lisboa de 24/4/2012, proc. 1584/05.2YXLSB.L1-7, acedido em www.dgsi.pt, em que o MP, em representação de ausente, deduziu a exceção de prescrição da dívida de prestação de serviços de telecomunicações.

¹³ «*O atendimento ao público realizado nos tribunais permite um funcionamento como ponto de “charneira” entre uma fase não processual, em que o Ministério Público é um dos protagonistas, e a eventual fase de atuação formal do sistema de justiça.*

Nesse momento de informação, encaminhamento e de informalidade e busca de consenso entre um cidadão e um outro cidadão ou instituição, assenta uma possibilidade de justiça mais simples, rápida e eficaz que o Ministério Público e a sociedade não podem desperdiçar: a informação a prestar ao cidadão que procura a justiça, a sua rápida orientação, a capacidade de intercessão e de conciliação não podem ser considerados parentes pobres da Justiça», síntese conclusiva n. 41 e 42 do VIII Congresso do Ministério Público, acedido em: http://www.smp.pt/wp-content/sintese_conclusiva_viiiicongresso.pdf

¹⁴ Trata-se do diploma que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.

¹⁵ Por força do art. 28º do DL 446/1985, de 25 de outubro, importa para determinar o tribunal competente saber o que se entende por «centro de atividade principal». Assim, entende-se como tal o lugar onde se situa a administração, dado aí serem tomadas as decisões de toda a atividade mercantil, é aí que são dirigidos os negócios e a atividade coordenadora sem a qual a empresa não funcionaria; por outras palavras, é a sede da empresa. Como a grande maioria das empresas que utilizam contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais tem sede em Lisboa, naturalmente esta Procuradoria tornou-se líder neste contencioso.

¹⁶ A reorganização do sistema judiciário assenta em três pilares fundamentais: o alargamento da base territorial das circunscrições judiciais, que passam a coincidir, em regra, com as centralidades sociais correspondentes aos distritos administrativos, a instalação de jurisdições especializadas a nível nacional e a implementação de um novo modelo de gestão das comarcas.

Para maior desenvolvimento, cfr. <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-temas/reforma-judiciaria/novo-mapa-judiciario.aspx>

¹⁷ O recurso das decisões condenatórias é habitual neste tipo de ações. A explicação reside no poder económico das entidades que utilizam cláusulas contratuais gerais e também no fato de disporem de departamentos de contencioso.

¹⁸ Regulamento de Movimentos de Magistrados do Ministério Público, aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público em 6 de maio de 2014.

¹⁹ O Gabinete tem como principais funções:

a) Estudar, identificar e promover boas práticas que incentivem e promovam a ação do Ministério Público no âmbito da tutela dos aludidos valores e bens constitucionalmente protegidos, que constitui área fundamental das atribuições constitucionais do Ministério Público, a exigir uma especial atenção.

b) Estudar, identificar e promover boas práticas de articulação entre jurisdições distintas, quando conexas com as matérias em causa.

c) Estudar e propor modelos organizacionais e metodologias de intervenção e de recolha estatística que permitam melhorar uma intervenção articulada do Ministério Público, uniformizando procedimentos de atuação e de coordenação nacional e local, relativamente às matérias suprarreferidas.

d) Sinalizar e identificar instituições (departamentos governamentais, regionais e municipais, universidades, ordens profissionais, associações e outras entidades) com possibilidades de proporcionar apoio técnico, científico, especializado e multidisciplinar por forma a sustentar a ação do Ministério Público.

e) Promover e preparar a realização de protocolos e demais meios de colaboração com tais instituições.

f) Promover e organizar a articulação e contato com entidades da Administração Pública (como Inspeções Gerais) e da comunidade, que tenham como interesse e objeto de intervenção a defesa as mesmas matérias.

g) Promover e dinamizar estudos relativos a eventuais alterações legislativas.

h) Promover e dinamizar plataformas e canais de comunicação e debate entre os Magistrados do Ministério Público sobre as matérias em causa, nomeadamente através de um SIMP temático.

i) Promover e preparar ações de formação relativas às áreas em questão.

j) Apoiar os magistrados, nomeadamente com elementos e dados existentes e relativos a situações similares, disponibilizando toda a informação e documentação existente, inclusive, jurisprudencial e doutrinal».

²⁰ Publicado no DR 2ª Série, n. 31, de 13/2/2012.

²¹ Vide <http://www.apdconsumo.pt/financiamento.html>

²² As providências cautelares e a inversão do contencioso, <https://sites.google.com>.

²³ Os princípios orientadores da Reforma do Processo Civil, *Julgar*, n. 16, p. 109.

²⁴ «1 – Quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no presente diploma, podem as entidades referidas no artigo 26º requerer provisoriamente a sua proibição.

2 – A proibição provisória segue, com as devidas adaptações, os termos fixados na lei processual para os procedimentos cautelares não especificados.»

²⁵ Costa, Mário Júlio de Almeida e Cordeiro, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Anotação ao DL 446785 de 25 de outubro, Almedina, 1993, p. 62.

²⁶ Vide Direitos do Consumidor, *DECO*, 2003, p. 37.

²⁷ Ou de outro suporte onde constem as cláusulas. Por exemplo, imagine-se uma loja de venda de telemóveis novos onde conste um cartaz com os dizeres «Não há garantia». A prova a apresentar pode consistir numa fotografia do cartaz.

DAS CONDIÇÕES
GERAIS DOS
CONTRATOS/CLÁUSULAS
ABUSIVAS: E O ENFOQUE
ACERCA DO ESTADO DA QUESTÃO
NA ALEMANHA*

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

EXCERTOS

“Antes de que se aprobara la Directiva 93/13/CEE, de 13 de abril, el legislador alemán tuvo claro que había que proteger con mayor intensidad al contratante débil que no fuese comerciante (Kaufmann)”

“Una de las singularidades de la Directiva sobre las cláusulas abusivas es que la protección del consumidor en la contratación adhesiva se extiende también a los contratos individuales no negociados”

“La cláusula general de buena fe coincide en lo sustancial con el artículo 3.1 de la Directiva, si bien se debe tener claro que el actual § 307.1 y 2 ha de ser interpretado conforme al Derecho comunitario (se debe tener en cuenta sobre todo la jurisprudencia del TJUE)”

“El ejercicio de una acción individual pidiendo la nulidad de una cláusula no negociada individualmente (sea o no una cgc) por infringir los §§ 307 a 309 BGB tiene como efecto, en caso de ser estimada, la nulidad parcial del contrato, prevista expresamente en el § 139 BGB”

“Con la Reforma del HGB por la Ley de 22 de junio de 1998, el § 24 (ahora el § 310.1 BGB) tiene por destinatarios a los empresarios y los profesionales, aunque no se refiere a éstos expresamente”

“Uno de los aspectos más importantes en la evolución del Derecho de condiciones generales de la contratación en Alemania fue la pronta aplicación de la lista de las cláusulas prohibidas al tráfico comercial por parte de los tribunales aun cuando el actual § 310-1 BGB establece que no son de aplicación las predisposiciones de los §§ 308 y 309 BGB”

1. El modelo codificador alemán: de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación a su integración en el BGB

El modelo codificador por excelencia de las condiciones generales de la contratación (en adelante cgc) es la Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* –AGB-G–), que entró en vigor el 1 de abril de 1977¹. El objetivo principal de la AGBG fue establecer reglas legales para mejorar el control de contenido de las cgc, que, desde finales del siglo XIX, ya ejercía el *Reichsgericht* (RG) y, después, el *Bundesgerichtshof* (BGH). De alguna manera, la AGB-G presenta la codificación de las decisiones judiciales de los tribunales, elevando a rango legal las soluciones que hasta la década de los setenta del siglo pasado habían dado los tribunales, en particular a las cgc que eran contrarias a la buena fe. El acervo jurisprudencial que se había elaborado a lo largo de más de cien años, principalmente al amparo del § 242 BGB, sirvió de base para regular un verdadero texto legal de cgc. Algunos autores han afirmado que después del BGB, la AGB-G es la aportación más importancia a la Ciencia del Derecho privado alemán. En lugar de regular aspectos concretos en relación con las cgc, el legislador alemán se atrevió a elaborar un verdadero texto legal que abarca los principales temas de las cgc. Uno de los aspectos más relevantes, y al mismo tiempo más sorprendentes, es que se trata de una Ley que en el ámbito subjetivo protege no sólo a los consumidores sino también a los empresarios. El ámbito subjetivo tan amplio ha dado una enorme fuerza a la AGB-G ya que afecta a la mayor parte del mercado –operaciones entre empresarios y operaciones con consumidores-. La AGB-G se ha convertido, desde entonces, en una de las leyes más importantes para la contratación. Ningún gran despacho de abogados que trabaja en y con el mercado alemán puede prescindir de esta normativa y de su desarrollo práctico y judicial. En la doctrina alemana es una referencia –directa e indirecta– constante, como también en la doctrina extranjera². La AGB-G ha influido notablemente en varios textos extranjeros y en la misma Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, particularmente, en la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]³, así como en los Principios *Acquis* y el DCFR. Y seguramente ha sido tenido en consideración en la redacción de la Propuesta del Reglamento relativo a una normativa

de compraventa europea [COM (2011) 635 final] que tiene un capítulo importante dedicado a las cláusulas abusivas. Sin lugar a dudas, la AGB-G era un espejo en el que había que mirarse, y lo sigue siendo en la actualidad.

La AGB-G sufrió, como todas leyes de los Estados miembros de la UE que tenían una regulación en materia de cgc, una reforma por la necesaria transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴. Aunque a nivel doctrinal surgió un debate sobre la conveniencia de aprobar una ley específica para los contratos no negociados de consumo, al final, seguramente con buen criterio, se optó por una Reforma parcial de la AGB-G en virtud de la Ley de 25 de julio de 1997. La transposición obligó a la inserción del § 24 a), el cual se refiere específicamente a los contratos de consumo, en particular a las cláusulas no negociadas individualmente, en cumplimiento del artículo 3 de la Directiva, y a los criterios circunstanciales que se deben tener en cuenta para determinar el carácter abusivo de las cláusulas, en cumplimiento del artículo 4.1 de la Directiva. Lógicamente, la AGB-G no contemplaba las cláusulas no negociadas en contratos individuales. Y aunque los tribunales alemanes tenían en cuenta las circunstancias de cada caso a la hora de apreciar el carácter abusivo de las cgc⁵, no existía un mandato legal como el formulado en el artículo 4.1 de la Directiva. Mediante una sola norma, el legislador alemán supo adaptar su Derecho a la Directiva, sin temer un posible incumplimiento de la misma⁶. Aun así cabe preguntarse si la AGB-G cumplía el mandato de transparencia de las cláusulas, que estaba formulado no tan claramente en los §§ 2, 3 y 5, de acuerdo con los artículos 4.2 y 5 de la Directiva. Con la Reforma, se acentúa la protección de los consumidores que no pueden influir en el contenido de las cláusulas. Un efecto importante de la Reforma de la ABGG es que toda la Ley debe ser interpretada conforme a la Directiva y la jurisprudencia del TJUE⁷.

En virtud de una importante reforma del BGB, mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor el 1 de enero de 2002⁸, además de algunas modificaciones, se integra el contenido material de la AGB-G en el BGB. Forma parte del Libro Segundo que tiene por materia el Derecho de las relaciones obligatorias. La Sección Primera regula el contenido de las relaciones obligatorias (§§ 241-304) y la Sección Segunda se ocupa de la configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación (§§ 305-310⁹). Se puede cuestionar, desde luego, el acierto de la inserción en el BGB de la regulación material de las cgc y de las cláusulas no negociadas en un contrato individual. Es evidente que con la Reforma han entrado el consumidor y los contratantes adherentes en el BGB por mandato expreso del legislador¹⁰. En realidad, ya

habían entrado antes de la Reforma del 2002 (en virtud de la Ley del contrato de viajes, de 4 de mayo de 1979, se regula en los §§ 651 a-651 k, el contrato de viaje; en el § 13 se define el consumidor¹¹ y en el § 14 el empresario, con motivo de la transposición de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, por medio de la Ley de contratos a distancia, de 27 de junio de 2000). Poco a poco, el Derecho de consumo está entrando en el BGB. Por eso, no es de extrañar que el contenido material de la AGB-G fuera acogido, sin grandes problemas, en el BGB¹².

2. La protección de los consumidores ante cláusulas abusivas

Antes de que se aprobara la Directiva 93/13/CEE, de 13 de abril, el legislador alemán tuvo claro que había que proteger con mayor intensidad al contratante débil que no fuese comerciante (Kaufmann)¹³, pero es partir de la Directiva cuando de forma clara el contratante débil que no es empresario se identifica con el consumidor. Es entonces cuando se introduce en la AGB-G el término consumidor (en particular, en el § 24 a; en la actualidad § 310.3 BGB). El consumidor se identifica con la persona física conforme a la Directiva (con carácter general, el BGB da una definición del consumidor (§ 13¹⁴) y del empresario (§ 14¹⁵)¹⁶. Conforme a la Directiva 93/11/CEE, se debe partir de un concepto relativo de consumidor. En realidad, el Derecho europeo siempre ha partido de un concepto relativo de consumidor en las relaciones contractuales, siendo igualmente el criterio de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre¹⁷.

2.1. El control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente

Una de las singularidades de la Directiva sobre las cláusulas abusivas es que la protección del consumidor en la contratación adhesiva se extiende también a los contratos individuales no negociados. Dispone el artículo 3.1 que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Aunque la mayoría de los contratos de adhesión tienen por destinatario a dos o más personas—

contratos estandarizados-, existen los contratos de adhesión particular. Como en cualquier contrato de adhesión, también en éstos el consumidor no tiene un poder de negociación, no puede incidir en la configuración del contenido contractual, es decir en las cláusulas. El legislador comunitario consideró necesario proteger también al consumidor en estos contratos, como se desprende claramente del artículo 3.1 de la Directiva. La AGB-G, como indica su propio título, se ocupa sólo de los contratos de adhesión con cgc, lo que obligó al legislador a la transposición de la Directiva al menos en este particular. Se introdujo un precepto nuevo, el § 24 a (actual § 310.2.2 BGB), dejando intacta la estructura de la Ley (con la incorporación de la AGB-G en el BGB se producen algunas modificaciones)¹⁸.

2.2. La cláusula general de buena fe

Una norma central de la derogada AGB-G era el § 9.1, que contiene una verdadera cláusula general, es decir, una verdadera norma, dirigida a los Tribunales de justicia para que valoren, conforme a la buena fe, las cgc que sean contrarias a ella. Esta norma expresa el acervo jurisprudencial de décadas elaborado por los Tribunales alemanes al amparo del § 242 BGB^{19 20 21}. No hubo necesidad ninguna de transponer el artículo 3.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas. Dispone el actual § 307.1 BGB que “las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si perjudican de modo razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente”.

Con la Reforma 2002 del BGB, se introduce en el apartado primero del § 307.1 BGB una nueva norma: “Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible”. Con esta norma se codifica una jurisprudencia según la cual la falta de transparencia en las cláusulas puede ser también abusiva. Es la llamada «abusividad formal» cuya declaración por un tribunal determina la nulidad de la cláusula. A veces, la falta de transparencia de una cláusula puede ser contraria a la buena fe, debiendo ser declarada entonces nula. La falta de transparencia material de una cláusula no se debe confundir con las cláusulas que son sorpresivas o ambiguas, a las que se refiere específicamente el actual § 305 c BGB.

El § 307.2 ofrece dos reglas a los tribunales para determinar que una cláusula es contraria a la buena fe: “En la duda, debe deducirse un perjuicio no razonable si una cláusula 1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de que diverge, o 2. restringe derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato”.

La cláusula general de buena fe coincide en lo sustancial con el artículo 3.1 de la Directiva, si bien se debe tener claro que el actual § 307.1 y 2 ha de ser interpretado conforme al Derecho comunitario (se debe tener en cuenta sobre todo la jurisprudencia del TJUE).

El término de «clausulas abusivas» no aparece en el texto normativo (ni en la AGB-G ni en el BGB), a diferencia de la Directiva que se refiere expresamente a las cláusulas abusivas, pero no por ello la normativa alemana incumple la normativa comunitaria. Las clausulas no negociadas individualmente con un consumidor contrarias a la buena fe son abusivas.

La buena fe es un concepto indeterminado pero que se concreta en el § 307.2 BGB mediante criterios legales específicos y que se complementa con la doctrina jurisprudencial. El derecho dispositivo contractual constituye uno de los criterios fundamentales para determinar cuándo una cláusula no negociada individualmente es contraria a la buena fe.

Con la Directiva 93/13/CEE se ha abierto un debate sobre la extensión de la cláusula general de buena fe al objeto y al precio del contrato de adhesión. Dispone el artículo 4.2 de la Directiva que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Esta norma no fue incorporada cuando se transpuso la Directiva al Derecho alemán (como en otros países europeos, cual es el caso de España). Esta omisión no supone ningún incumplimiento de la Directiva, incluso se considera que ni quiera era necesaria su transposición, pero suscita la inevitable cuestión de si los tribunales alemanes pueden no obstante controlar el objeto y el precio de un contrato de adhesión con un consumidor conforme al § 307 BGB. Nunca se ha descartado que las cláusulas que se refieren al objeto y al precio no estén sujetas a los requisitos de incorporación y de transparencia formal como también a las reglas de interpretación. Pero es más cuestionable que esas cláusulas puedan ser controladas materialmente. El control judicial sobre el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores podría suponer una injerencia excesiva en el mercado por parte de los tribunales. Pero los tribunales pueden verse tentados no obstante a controlar el objeto y el precio para reforzar aún más la protección del consumidor. Ha de saberse

Es partir de la Directiva cuando de forma clara el contratante débil que no es empresario se identifica con el consumidor

que antes de la Reforma 2002 del BGB, el § 8 AGB-G establecía que se someten al control de contenido las cgc que se desvíen de las normas legales aplicables o que las complementen. Era un precepto un tanto oscuro que no desaparece del todo con la Reforma 2002 del BGB si nos atenemos a lo que dispone el § 307.3: “Los apartados 1 y 2, así como los §§ 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en las condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias”. La duda que puedan tener los tribunales en cuanto a si pueden controlar el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores, podría resolverse planteando la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE²².²³ Hasta ahora los tribunales alemanes descartan que puedan ser objeto de control material las cláusulas de contenido económico pero sí admite el control material de las de contenido jurídico.

2.3. Las listas de cláusulas abusivas

Una de las aportaciones más interesantes de la AGB-G, además de la elaboración de una cláusula general, es la redacción de dos listas de las condiciones generales contrarias a la buena fe (§§ 10 y 11; actualmente §§ 308 y 309 BGB). Con estas listas se intensifica el control de contenido o material de las cláusulas no negociadas individualmente. Esta técnica de control ha sido muy beneficiosa para fijar las cláusulas contractuales que no perjudiquen al consumidor ya que los empresarios han de tener en cuenta a priori estas listas so pena de verse demandados por contener sus contratos de adhesión cláusulas contrarias a los §§ 308 y 309 BGB. La elaboración de las dos listas supone, desde este punto de vista, un control preventivo. Si la cláusula no negociada forma parte de la lista negra, la cláusula es per se contraria a la buena fe, y, por tanto, ineficaz. Si la cláusula no negociada forma parte de la lista gris, la cláusula aun siendo en principio contraria a la buena fe puede ser, no obstante, objeto de valoración por el Juez. Ambas listas constituyen una advertencia a los empresarios para que no redacten cláusulas que podrían ser de una u otra lista. Por otra parte, con estas listas el control judicial es mucho más eficaz no ya sólo porque permite la aplicación directa del listado sino también porque ayuda a interpretar la cláusula general de buena fe ex § 307 BGB. Aunque la Directiva 93/13/CEE recoge en el Anexo una serie de cláusulas abusivas, sin precisar si son absoluta o relativamente abusivas, no es propiamente una lista, dejando en manos de los Estados miembros de la UE la elaboración de sus propias listas de cláusulas abusivas. Sin lugar a dudas, el Derecho alemán va más lejos en esta materia que el Derecho comunitario, adelantándose, además, en quince años.

A lo largo de la vigencia de la AGB-G, las listas han sufrido muchas pequeñas modificaciones (la última tuvo lugar por la Ley de 27 de septiembre de 2013 que retoca el § 308.1 BGB).

Una lista comprende las cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración (actual § 308 BGB). Son cláusulas relativamente abusivas. La lista contiene una serie de cláusulas que pueden ser contrarias a la buena fe, pero serán los tribunales los que determinarán en última instancia si la cláusula en cuestión infringe el § 308 BGB.

La otra lista recoge cláusulas que no admiten ninguna valoración (actual § 309 BGB). Son cláusulas absolutamente abusivas por lo que no pueden ser valoradas por los tribunales y, por tanto, son ineficaces *per se*.

2.4. El control judicial colectivo e individual de las cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas de contratos de adhesión con consumidores pueden ser combatidas mediante acciones colectivas e individuales. En la AGB-G se regulaba un procedimiento específico de acciones colectivas – acción de cesación y acción de retractación (§§ 13 y ss.)–. Con la reforma 2002 del BGB, las normas procesales pasan a integrar una Ley especial para la defensa de los consumidores, Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG), de 26 de noviembre de 2001, cuyo § 1, referido a las acciones colectivas que se dirigen contra cgc que sean contrarias a los §§307 a 309 BGB, tiene un desarrollo específico en los §§ 8 a 11. Con posterioridad, se aprobó la Directiva 2009/22/UE, de 24 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. La ley procesal alemana no sólo es conforme con la Directiva, sino que, en muchos aspectos, va más lejos que la Directiva²⁴.

El consumidor puede ejercitar la acción individual de nulidad de la cláusula que infrinja los §§ 307 a 309 BGB.

2.5. Las consecuencias de la declaración de «abusividad» de una cláusula no negociada individualmente

Hemos de tener en cuenta que el control de las cgc es eminentemente judicial por lo que es necesaria una sentencia que declare el cese o la no utilización de la cgc que sea contraria a los §§ 307 a 309 BGB cuando se haya ejercitado una acción colectiva. En tal caso se considera que las cgc son ineficaces. La sentencia ha de recoger el contenido literal de la cgc, la

denominación de los negocios jurídicos cuyas cgc han de cesar o no han ser recomendadas en el futuro, el mandato de no usar o recomendar cgc de contenido idéntico y, finalmente, en el caso de que sea revocado el mandato, se debe publicar la resolución judicial en la misma forma de como se dio a conocer la recomendación (§ 9 UKlaG).

El ejercicio de una acción individual pidiendo la nulidad de una cláusula no negociada individualmente (sea o no una cgc) por infringir los §§ 307 a 309 BGB tiene como efecto, en caso de ser estimada, la nulidad parcial del contrato, prevista expresamente en el § 139 BGB. Es en el juicio individual donde se pueden tener en cuenta las circunstancias que concurren en la celebración del contrato de adhesión (*cf.* art. 4.1 Directiva 93/13/CEE y § 310.3.3 BGB). En el juicio colectivo, por el contrario, se hace abstracción de las circunstancias que tuvieron lugar cuando se redactó el contrato.

3. La extensión del control de las condiciones generales entre empresarios por mandato legal

3.1. La cláusula general de buena fe en los contratos con condiciones generales entre empresarios

La protección que se dispensa al empresario en la contratación con condiciones generales en Alemania es casi única entre los países del área comunitaria^{25 26}. El actual § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) extiende la protección a los empresarios. Aunque en un primer momento la AGB-G iba a ser una ley de consumidores, lo que era compartido por el grupo de trabajo constituido en 1972 a instancia del Ministerio de Justicia de la RFA, se produjo un cambio importante cuando se presentó el segundo anteproyecto, el cual extiende el ámbito de aplicación a todo el tráfico comercial. Una de las razones que explican este cambio cualitativo es que el texto legal, en particular el control de contenido, era, en realidad, una codificación de la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones generales que se utilizaban en la contratación comercial y que habían sido objeto de decisiones judiciales importantes. También tuvo una influencia importante en el giro de esta política legislativa el Congreso de Juristas, celebrado en el año 1950, en el que se discutió ampliamente sobre las ventajas y desventajas de extender la AGB-G a los comerciantes (*Kaufmänner*). Una mayoría exigua de los congresistas votó a favor de extender el control de contenido a las condiciones generales de la contratación comercial²⁷.

El § 24 sufrió a lo largo de su vigencia varias alteraciones. Una de alcance material con la sustitución de la figura del comerciante (*Kaufmann*) por la del empresario (*Unternehmer*) – con motivo de la Reforma de la Ley del Código mercantil (HGB), de 22 de junio de 1998-²⁸. Otra, de alcance más formal, se produce con la integración de parte de la AGB-G en el BGB – debida a la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 1 enero de 2002-²⁹. En virtud de esta Reforma, el antiguo § 12 AGB-G (norma de Derecho internacional privado) pasa a engrosar la Ley de Introducción al BGB (EGBGB) con una nueva redacción sobre los contratos de consumo (§§ 29 y 29 a). Y otra novedad introducida por la Reforma es que para los contratos mercantiles rige también, en virtud del § 307.1-1 BGB, el principio de transparencia material como otro criterio de control de contenido de las condiciones generales.

El actual § 310.1 BGB está redactado en los siguientes términos:

“El § 305, apartados 2 y 3, y los §§ 308 y 309 no son de aplicación a las condiciones generales de la contratación que se apliquen frente a un empresario, una persona jurídica de derecho público o un patrimonio separado de derecho público. Asimismo, el § 307, apartados 1 y 2, será de aplicación en los casos del inciso primero aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309: se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial”.

3.2. El alcance del § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) para el tráfico empresarial

La redacción del § 310.1 BGB obliga a una delimitación por cuanto permite el control de contenido sólo mediante la cláusula general de buena fe. El § 310.1 excluye la aplicación de la lista de las cláusulas grises (§ 308) y de las cláusulas negras (§ 309 BGB). Del § 310.1 BGB parece desprenderse también la necesidad de tener que diferenciar entre la protección de los comerciantes adherentes y de los consumidores.

La necesaria delimitación tiene el peligro, según algún sector de la doctrina alemana, de que se crea, por obra de la jurisprudencia, un derecho especial para comerciantes –un derecho estatutario– que se diferencie del Derecho de los consumidores –quizá justificado para algunos-. Este peligro es real sobre todo a partir de ahora, con la adaptación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas al ordenamiento alemán. Hasta entonces parecía predominar la idea de que no era conveniente crear un abismo entre el control de las condiciones generales entre comerciantes y el control de los contratos no negociados con

consumidores. No se niega que existen diferencias entre ambos controles, pero se rechaza generalmente que el control vaya «por carriles diferentes»³⁰.

El § 310.1 BGB cumple aparentemente un papel central al determinar claramente las disposiciones que son de aplicación al tráfico comercial. Además de excluir los §§ 308 y 309 BGB (cláusulas prohibidas), determina que no es de aplicación el § 305, apartados 2 y 3 BGB (requisitos de incorporación). Todas las demás disposiciones rigen también para el tráfico comercial. Sin embargo, para un sector de la doctrina alemana el papel del § 310.1 BGB es más bien relativo. Lo verdaderamente importante es que la ABG-G ha permitido desde su entrada en vigor un constante control de contenido de las cgc entre empresarios conforme a la cláusula general de buena fe. Y es a partir de la cláusula general de buena fe (actual § 307 BGB) cuando hay que precisar su alcance en el tráfico comercial. Voces muy autorizadas se preguntan si esta protección especial no es perjudicial en un mercado que requiere una mayor flexibilidad en la contratación, incluso puede llevar a las empresas alemanas a buscar ordenamientos jurídicos más permisivos en las operaciones transfronterizas³¹.

Resulta imposible exponer cada una de las muchísimas resoluciones que se han dictado al amparo de la cláusula general de buena fe *ex* § 307.1 BGB para proteger al empresario perjudicado por una cláusula abusiva. Al menos como botón de muestra, cito dos sentencias que tuve ocasión de examinar con motivo de un trabajo sobre las garantías a primer requerimiento, y que ponen de manifiesto las dificultades técnicas que tiene un tribunal para juzgar la validez de una cláusula en el seno de las relaciones entre empresarios³². En las Ss. 18 abril 2002 (ZIP, 2002, p. 1198) y 4 julio 2002 (BGHZ 151, 229 ss.) el BGH considera que la cláusula a primer requerimiento, insertada en un contrato de obra, perjudica de forma indebida al garante, y dado que es una condición general, es contraria a la buena fe *ex* § 9.1 AGB-G (entonces vigente). El *Berufungsgericht* (Tribunal de Revisión), entiende que «existe un perjuicio desproporcionado para el adjudicatario en la posibilidad contemplada por los demandados, de conseguir inmediatamente activos disponibles desde el momento en que se da el supuesto de garantía, sin necesidad de demostración o verificación, afirmando simplemente que tienen derecho a la pretensión asegurada por la función de la fianza. Con ello, se eximen, por una parte, del riesgo que, de acuerdo con las normas legales vigentes, les pudiera afectar como consecuencia de la insolvencia del adjudicatario en la fase del cumplimiento del contrato, y, por otra, hacen que el adjudicatario tenga que cargar con los costes de la demanda y con el riesgo de insolvencia para un proceso de reclamación y de restitución. Además, hay que tener en cuenta el peligro de abuso que se deriva inmediatamente de una fianza pagadera a primer requerimiento». El BGH, por su parte, afirma que «la

fianza a primer requerimiento» no tiene sólo una función de garantía, sino que otorga al acreedor, en una medida muy amplia, la posibilidad de hacerse con medios de liquidez, siendo incluso posible aun cuando no haya tenido lugar el supuesto que es objeto de garantía. Con ello, el adjudicatario está expuesto al riesgo de verse requerido por el fiador, lo que supone para él una carga, sin que exista la pretensión del acreedor. Resulta indiferente, a estos efectos, que el requerimiento indebido de la fianza traiga causa de un ejercicio abusivo o de un error de cálculo del adjudicante. Atendiendo al contrato principal que dio lugar a esta garantía –un contrato de obra, cuya regulación prevé ciertas garantías-, el BGH entiende que «de este modo, los derechos de garantías del adjudicatario se extienden *unangemessen*, más allá del interés que le merece ser reconocido». Se puede discrepar de estas dos sentencias, que ya constituyen jurisprudencia en Alemania, si bien pueden ser interpretadas atendiendo al ámbito de contratación en que se emplearon las garantías a primer requerimiento, concretamente en la construcción. En otros ámbitos, las garantías a primer requerimiento formuladas bajo cgc no deberían ser consideradas, en principio, contrarias a la buena fe, atendiendo, sobre todo, a las funciones de garantía que cumplen en el tráfico jurídico. Precisamente es en Alemania donde este tipo de cláusulas adquirieron pronto carta de naturaleza, asumiendo funciones de garantía, en especial en el tráfico bancario.

A veces, la falta de transparencia de una cláusula puede ser contraria a la buena fe, debiendo ser declarada entonces nula

Con la Reforma del HGB por la Ley de 22 de junio de 1998, el § 24 (ahora el § 310.1 BGB) tiene por destinatarios a los empresarios y los profesionales, aunque no se refiere a éstos expresamente. Para algunos autores se suscita la duda de si el pequeño comerciante (*Kleingewerbetreibende*) queda excluido –se debe tener en cuenta que con la Reforma desaparece la antigua redacción del § 4 HGB-, al menos mientras no se inscriba en el Registro mercantil. Este planteamiento supondría que el pequeño empresario no sería identificado como empresario pero tampoco como consumidor. Por la misma razón deberían quedar excluidos los profesionales cuya empresa sea de pequeñas dimensiones. Serían, en palabras de TREBER, “ciudadanos normales del BGB”³³. Es una consecuencia, según este autor, de un Derecho mercantil que evoluciona hacia un Derecho de empresas³⁴. Aunque ello sea, en parte cierto, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, las empresas de pequeñas dimensiones no pueden quedar en peor situación que los empresarios grandes y los consumidores.

3.3. La intensificación del control de contenido mediante el recurso a la lista de las cláusulas prohibidas. La “Indiztheorie”.

Uno de los aspectos más importantes en la evolución del Derecho de condiciones generales de la contratación en Alemania fue la pronta aplicación de la lista de las cláusulas prohibidas al tráfico comercial por parte de los tribunales aun cuando el actual § 310-1 BGB establece que no son de aplicación las predisposiciones de los §§ 308 y 309 BGB.

Es lógico pensar que cláusulas que están prohibidas absoluta o relativamente en el tráfico con consumidores lo pueden estar también en el tráfico comercial³⁵ ³⁶. Sin embargo, el § 310.1 BGB no permite, en principio, acudir a la lista de las cláusulas prohibidas. Resulta difícil cerrar los ojos a esta lista y operar exclusivamente sobre la base de la cláusula general de buena fe § 307.1 BGB. Si se tiene en consideración que muchas de las cláusulas prohibidas, que fueron sancionadas por los tribunales antes de la entrada en vigor de la AGB-G, eran cláusulas entre empresarios, la tentación de recurrir a los listados es grande. Los listados facilitan además una mejor interpretación y aplicación de la cláusula general de buena fe.

Fue el Senado VII del BGH el que elaboró la *Indiztheorie* (teoría de los indicios). Según esta teoría, las prohibiciones de los §§ 10 (actual § 308 BGB) y 11 (actual § 309 BGB) AGB-G contienen indicios de ineficacia en el control de las condiciones generales entre empresarios³⁷ ³⁸. La traslación de los §§ 10 y 11 al tráfico empresarial facilita el control de las cgc entre empresarios, lo simplifica, puesto que las cláusulas que están prohibidas sirven para interpretar la cláusula general de buena fe. Y también eleva la seguridad jurídica. La necesaria concreción de la cláusula general de buena fe en el tráfico jurídico comercial se garantiza más eficazmente si se tiene en cuenta las listas de las cláusulas prohibidas. Además, con ello, se evita un derecho de control especial para los comerciantes³⁹.

Señalemos, entre las muchas resoluciones que existen⁴⁰, algunas sentencias dictadas por el BGH en las que la valoración de la cláusula general de buena fe se hace teniendo en cuenta los listados de las cláusulas prohibidas⁴¹.

En la Sentencia 19 enero 1984 (BGHZ 89, 363 ss., en particular, 366-367), el BGH considera una cláusula contraria a la buena fe del § 9 que fijó una cantidad indemnizatoria máxima en caso de comportamiento gravoso por los empleados de la empresa titular de cámaras frigoríficas. Una empresa carnicera perdió la mercancía almacenada –carne de cerdo– a causa de una falta grave en el cuidado de las cámaras cuyos interiores no llegaron a la temperatura

necesaria para mantener la carne en buenas condiciones. Si bien no es de aplicación el § 11.7 ABG-G (prohibición absoluta de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad gravosa de los ejecutores auxiliares –empleados–), en virtud del § 24.1 AGB-G, ello no impide hacer una valoración paralela, con la precisión de que en el ámbito de las relaciones entre empresarios las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad no tienen por qué ser siempre eficaces, debiendo ser juzgadas sobre la base de la cláusula general de buena fe.

En la Sentencia 8 marzo 1984 (BGHZ 90, 273 ss., en particular, 278; NJW, 1984, pp. 1750 ss.) es objeto de examen la validez de una cláusula por la cual se establece que las prestaciones de garantía prescriben a los dos años. Se trataba de una condición general insertada en un contrato de obra. El antiguo § 11.10 f) AGB-G prohíbe las cláusulas, sin posibilidad de ser valorada por el tribunal, que reduzcan los plazos legales de saneamiento. Esta prohibición rige sólo para los contratos con consumidores, por lo que la valoración de la cláusula debería hacerse conforme a los criterios del antiguo § 9.1 AGB-G. No obstante, el Alto Tribunal vio en el § 11.10 f) un indicio suficiente para negar la validez de esta cláusula en el tráfico empresarial, teniendo en cuenta que, según el § 638.1 BGB (versión antigua), el plazo es de cinco años. Esta resolución judicial no sólo llama la atención por utilizar una norma pensada exclusivamente para la protección de los consumidores, sino porque silencia totalmente la normativa específica para el ámbito de la construcción, cual es la VOB/B que establece como plazo de prescripción para las garantías dos años⁴².

En la sentencia 26 noviembre 1984 (BGHZ 93, 29 ss.) se examinan varias cláusulas insertadas en un contrato de concesión de venta de vehículos cuyo contenido fue impuesto por la empresa fabricante al concesionario. Para su valoración se tiene en consideración algunas de las cláusulas prohibidas en los §§ 10 y 11 AGB-G⁴³.

En la Sentencia 27 febrero 1985 (NJW 1985, pp. 2693 ss.) se considera válida la cláusula de duración de un contrato de suministro de cerveza, fijada para un período de 20 años. Además, se dispuso que el suministro tenía carácter exclusivo. El Tribunal deja abierta la aplicación del § 11.12 AGB-G que en la letra a) prohíbe totalmente en las relaciones obligatorias duraderas un plazo de vinculación de la otra parte al contrato superior a dos años. El Tribunal tuvo en consideración los usos comerciales del mercado de la cerveza para considerar válida la cláusula. En el caso concreto, una norma como el § 11.12 a) sería totalmente antieconómica para el mercado de la cerveza, por lo que sólo se podría acudir al § 9 para proteger a las empresas compradoras de cerveza. El Tribunal tuvo en cuenta especialmente los usos comerciales en un país donde la cerveza es patrimonio nacional.

En la Sentencia 3 marzo 1988 (BGHZ 103, 316 ss.) una cláusula de exclusión de responsabilidad por culpa grave de un simple auxiliar resiste, según el BGH, el control de contenido del § 9 AGB-G, incluso valorando está cláusula conforme al principio de buena fe en relación con el § 11. 7 AGB-G (prohibición absoluta de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa grave, y, entre ellas, la exclusión de responsabilidad por culpa grave del ejecutor auxiliar), teniendo en cuenta las particularidades del sector empresarial. Se trataba de un contrato con condiciones generales para la reparación de un barco en un astillero (*Condiktions for Docking and Reapirs*). El tribunal de instancia y el tribunal de revisión consideraron ineficaz la cláusula en cuestión. El BGH entiende, sin embargo, válida la cláusula dado que se debe estar a las costumbres y los usos vigentes del tráfico comercial, como precisa el § 24.2 AGB-G. Aparte de cuestiones interpretativas de la cláusula (transcrita en la sentencia), como no se puede equiparar la expresión clausular «*executive managers*» con la expresión legal «*Erfüllungshilfer*» (que en el caso concreto sería el trabajador u operario del astillero), se trata de una cláusula muy usual en este ámbito (reparación de barcos en astilleros), donde los riesgos derivados de trabajos con el fuego (pe., soldaduras) son altamente peligrosos, y siempre están garantizados por entidades aseguradoras.

Se debe precisar, no obstante, que para que una cláusula no sea contraria a la buena fe es necesario, de acuerdo con el antiguo § 9 AGB-G, que la cláusula perjudique de forma indebida a la contraparte del predisponente. El juez debe comprobar en qué medida la cláusula perjudica indebidamente al empresario adherente. Sólo entonces es contraria a la buena fe y, por tanto, ineficaz. El juez puede acudir a las presunciones de perjuicio indebido, a las que se refiere el apartado dos del § 9 AGB-G. Y, conforme a la teoría de los indicios, puede tener en consideración, para la valoración abusiva o no de una cláusula en el tráfico comercial, las listas de las cláusulas prohibidas. El modo de proceder del juez es, visto así, parecido al control de las condiciones generales de contratos con consumidores. A la hora de contrastar la eficacia de una condición general en un contrato mercantil, la examina en atención a las listas de las cláusulas prohibidas. El juez debe cuidar en no caer en una aplicación analógica y menos aún en una aplicación directa de la lista. Tal proceder puede considerarse, para algunos, *contra legem*. El tribunal sólo puede tener en consideración las listas para ver si existe algún indicio de que la condición general objeto de examen es, efectivamente, contraria a la buena fe.

El peligro de esta técnica judicial es que se generalice, pudiendo ser contraria al espíritu y a la letra de la normativa de las condiciones generales, incluso puede entrar en colisión con la Ley Fundamental de Bonn, en particular con el

artículo 2, apartado uno, que prohíbe la protección en exceso (*Übermassverbot*) de los contratantes⁴⁴. Algunos autores proponen una mayor concreción a la hora de valorar las listas de las cláusulas prohibidas en el tráfico comercial, debiéndose examinar cada cláusula prohibida conforme a unos criterios. LUTZ, en su estudio sobre el control de las condiciones generales entre empresarios, considera que se debe tener en cuenta en la traslación de una cláusula prohibida al tráfico mercantil el nivel de justicia a que responde la prohibición, la necesidad de la protección del comerciante y las particularidades del tráfico comercial. Si una norma responde a un elevado nivel de justicia que se pretende asegurar mediante la prohibición, una condición general en el tráfico comercial contraria a ella debe ser considerada ineficaz. No hace falta preguntarse por la necesidad de la protección del comerciante. Cuando, por el contrario, no es necesario proteger al comerciante, no tiene sentido que se recurra a las listas de las cláusulas prohibidas. Las particularidades del tráfico comercial pueden ser tenidas en cuenta tanto a favor como en contra de la validez de una condición general. Cuando las necesidades del tráfico comercial chocan con las listas de cláusulas prohibidas puede ser aconsejable que la valoración de una cláusula se haga exclusivamente sobre la base de la cláusula general de buena fe. Son consideraciones que el juez deberá tener en cuenta cuando controla las cláusulas entre empresarios si recurre, al mismo tiempo, a las listas de las cláusulas prohibidas⁴⁵. Una parte de la doctrina pide que se vuelva al punto de partida, esto es, a la cláusula general de buena fe para cuya aplicación judicial a las relaciones entre empresarios deben ser tenidas en cuenta las particularidades del tráfico empresarial⁴⁶ (sobre el particular expondré brevemente las críticas y propuestas más recientes).

Con la Reforma 2002 del BGB, algunas de las cláusulas prohibidas han sido modificadas, en particular las relacionadas con la venta y suministro de productos de nueva fabricación y de obra, diseñadas conforme a la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. En el Derecho alemán se da la particularidad de que esta Directiva ha impregnado toda la compraventa –civil, mercantil, de consumo-⁴⁷, de modo que, pe., el actual § 309.8 d. ff) (antiguo § 11.10 f)) puede ser extrapolado, no obstante, en caso de que se recurra a la teoría de los indicios, a las condiciones generales entre empresarios⁴⁸. Sin embargo, los tribunales alemanes estarán obligados a precisar de nuevo el alcance del § 309. 8 d. ff) en el tráfico mercantil.

Las cláusulas abusivas de contratos de adhesión con consumidores pueden ser combatidas mediante acciones colectivas e individuales

3.4. Un nuevo criterio de comprobación de eficacia de las condiciones generales entre empresarios: la transparencia material

Con la integración de la parte material de la AGB-G en el BGB se añade un nuevo criterio de comprobación para la eficacia de las cgc. A partir de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, 1 de enero de 2002, según el § 307.1, frase última, “puede existir un perjuicio indebido por el hecho de que una disposición no sea clara ni comprensible”. La remisión del § 310.1 al § 307.1 significa que la falta de transparencia en los contratos con condiciones generales entre empresarios puede ser contraria a la buena fe y, por consiguiente, las cláusulas que no sean claras ni comprensibles entre empresarios pueden ser ineficaces. El § 307.1 debe ser completado con el apartado tercero del mismo precepto frase *in fine*: “Otras cláusulas pueden ser ineficaces por aplicación del apartado 1, inciso 2, en relación con el apartado 1, inciso 1”. El precepto se refiere a las cláusulas a través de las cuales se acuerdan regulaciones que difieran de las disposiciones legales o de esta regulación complementaria.

La inserción de la frase según la cual «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible», llama poderosamente la atención al menos por tres razones. En primer lugar, porque el legislador ha codificado la doctrina jurisprudencial sobre el deber o mandato de transparencia material (*Transparenzgebot*) que empezó a formularse en los años ochenta del siglo XX. Con ello, se han resuelto, en principio, los problemas que suscitaba el deber de transparencia en el sistema de la AGB-G⁴⁹. Para la jurisprudencia esta estaba claro que la transparencia de las cgc no podía quedarse en el plano meramente formal. En segundo lugar, la nueva redacción está en la línea de la Directiva sobre las cláusulas abusivas⁵⁰. Y, en tercer lugar, el deber de transparencia rige para todos los contratos con condiciones generales y para los contratos individuales no negociados con consumidores.

La formulación dada por el legislador alemán no parece que haya resuelto el debate doctrinal sobre el verdadero alcance del deber o mandato de transparencia. La transparencia ¿es un criterio autónomo en la valoración de una cláusula como abusiva? o ¿es un elemento más del juicio de validez que en cualquier caso no puede prescindir de un desequilibrio material? Tal como está redactada la frase *in fine*, parece ser que la ausencia de transparencia por falta de claridad e incomprensión puede constituir un perjuicio para el contratante adherente y, por tanto, ser abusiva la cláusula. Pero existe el peligro de que los tribunales se conformen con la falta de transparencia para declarar abusiva la cláusula por no ser clara ni comprensible. La falta de transparencia

como criterio autónomo encierra otro peligro: los tribunales pueden abusar de este criterio para negar la eficacia de las cláusulas por el hecho de que las cláusulas no sean claras e incomprensibles. Por eso, puede ser aconsejable que no se prescinda del desequilibrio material para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

¿Qué supone el deber de transparencia para las cgc entre empresarios?

En principio, está claro que el deber de transparencia que tiene un empresario frente a otro le obliga a formular las cláusulas de manera que sean claras y comprensibles. De lo contrario, puede encontrarse con la impugnación de una cláusula por incumplimiento del deber de transparencia. Resulta significativo que para los contratos con condiciones generales entre empresarios no rigen los requisitos de incorporación del § 305 BGB. Esta exclusión en el Derecho alemán no impide, sin embargo, que la transparencia sea tenida en cuenta también para el control de contenido de las condiciones generales entre empresarios. En realidad, aunque no es algo nuevo, no deja de ser una paradoja, pero quizá no tenga una especial consecuencia en el tráfico empresarial.

Destaquemos algunas resoluciones anteriores a la Reforma 2002 del BGB que invocan el deber de transparencia material en las condiciones generales entre empresarios.

En la Sentencia del BGH 6 octubre 1982 (NJW 1983, p. 159) se examina la validez de varias condiciones generales de un contrato de instalación de máquinas celebrado el 9 de marzo de 1977 (por tanto, anterior a la entrada en vigor de la AGB-G, que tuvo lugar el 30 de abril de 1977). Se pide la nulidad total del contrato al amparo de los §§ 138 y 242 BGB. Algunas de las condiciones generales se consideraban por el Tribunal de Revisión ineficaces porque no estaban claras y eran de difícil comprensión y ocupaban en el contrato un lugar sorprendente. Sin embargo, el BGH difiere de esta valoración en cuanto a las cláusulas que se consideraban no claras e incomprensibles. A su juicio, se debe tener en cuenta la capacidad de comprensión del dueño del bar, debiéndose presumir que estaba familiarizado con este tipo de contratos. Se debe presumir que el empresario tenía un nivel de formación para comprender las cláusulas en el ámbito que actúa.

En la Sentencia del BGH 29 febrero 1984 (NJW 1985, p. 53) se declara ineficaz una condición general insertada en un contrato de instalación de máquinas de juego (por tanto entre empresarios) por la imprecisión de la misma. Por la empresa de las máquinas se dispuso que ella podría cambiar o retirar una o varias máquinas en el plazo de una semana si la máquina o las máquinas no obtienen ingresos suficientes (*ausreichende Einnahmen*). La expresión «ingresos suficientes» no es clara ni permite al dueño del bar saber

qué se entiende por «ingresos suficientes», que queda a la arbitrariedad de la empresa de máquinas y, al mismo tiempo, tampoco puede saber si se van a cambiar o retirar las máquinas, lo que puede suponer un perjuicio para él. Para declarar la ineficacia de esta condición general el Alto Tribunal se apoyó en el § 9.1 AGB-G.

En la Sentencia del BGH 26 noviembre 1984 (BGHZ 93, p 29; comentada por BUNTE en NJW, 1985, pp. 600 ss.) se examina una cláusula predispuesta por Opel en los contratos con los concesionarios de vehículos de esta marca, en virtud de la cual se reserva Opel el derecho de modificar en cualquier momento la prestación de garantía asumida por ella si así lo considera conveniente por razones de competencia o económicas. El BGH no niega que Opel pueda establecer tal reserva, pero debe precisar con mayor exactitud los presupuestos para que pueda modificar, en su caso, la prestación de garantía, por lo que el Alto Tribunal declara ineficaz esta condición general por falta de transparencia al amparo del § 9.1 AGB-G.

En la Sentencia del BGH 12 octubre 1995 (DB 1996, pp. 878 ss.) es objeto de análisis una cláusula de exclusión de responsabilidad que utiliza el Grupo Federal de Empresas de Transportes Pesados y de Trabajos de Grúas. Según la condición general, quedan excluidos los daños en cuanto estén asegurados por una entidad aseguradora en los supuestos previstos y en la cuantía fijada. El BGH entiende que esta cláusula no está regulada con la debida claridad. La cláusula no aclara suficientemente si la empresa contratante es restituida en los daños por el transportista o, en todo caso, sin más consideraciones, por la entidad aseguradora. No está claro que el daño debe ser restituido realmente y si debe ser restituido por la cantidad total prevista por la entidad aseguradora. Conforme a la literalidad de la cláusula, cabe también la interpretación según la cual la exclusión de la responsabilidad se produce por el mero hecho de que exista una entidad aseguradora que cubra suficientemente la cuantía fijada. En definitiva, sobre la base legal del § 9.1 ABG-G, para el Alto Tribunal no está claro si con la cláusula la empresa contratante puede reclamar sin más la restitución del daño a la entidad aseguradora. Las inseguridades jurídicas que provoca la cláusula suponen una carga desproporcionada para la empresa contratante, debiendo, por consiguiente, ser declarada ineficaz la mencionada cláusula.

Aquellos autores que consideran que el antiguo § 9.1 AGB-G no puede ofrecer una base legal suficiente para el deber de transparencia, y, por tanto, queda descartado el control de contenido en caso de intransparencia, una vez que se haya comprobado que no se resuelve con las reglas de la interpretación *ex § 5* (ahora § 305 c 2 BGB). Las respuestas se deben buscar entonces por falta

de transparencia de la condición general en los §§ 2 (ahora § 305 BGB) y 3 ABG-G (ahora § 305 c 1). El primero de los preceptos no es de aplicación a las condiciones generales entre empresarios. Quedaba, pues, para esta posición doctrinal, el otro precepto, que no considera incluidas en los contratos las condiciones generales sorprendentes. Pero las cláusulas sorprendentes parten de otros presupuestos en los que se valora, en particular, lo insólito que son las cláusulas, por lo que los supuestos son muy específicos, y no es frecuente encontrar cláusulas insólitas en las relaciones entre empresarios.

La doctrina aceptó mayoritariamente el deber de transparencia como otro criterio para el control de contenido en sede del § 9.1 AGB-G. Esto significa que era de aplicación a las condiciones generales entre empresarios, teniendo en cuenta la remisión del § 24 al § 9. Ello obligaba a los tribunales a tener en cuenta, en caso de falta de transparencia, los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial (como también ahora en virtud del § 310.1 BGB).

Al amparo del actual § 307.1 BGB, frase segunda, el BGH, en Sentencia 27 julio 2005 (NZA 2006, p. 40), ha tachado de abusiva una cláusula en un contrato de adhesión entre empresarios por falta de transparencia material. La cláusula de exclusión o de restricción de responsabilidad por culpa en casos de lesión de los deberes cardinales (*Kardinalpflichten*) se considera, por falta de transparencia, contraria al § 307.1, frase segunda, BGB, y, por tanto, abusiva. No se puede exigir, según esta resolución judicial, a un empresario no experto en Derecho que conozca el significado de la expresión «deberes cardinales» –figura creada por la jurisprudencia alemana–. Para los círculos jurídicos alemanes esta sentencia ha constituido una verdadera sorpresa, dado que la alusión a los deberes cardinales está muy extendida en la praxis contractual empresarial. Hasta ese momento no hubo ningún pronunciamiento judicial contrario a la utilización de esta figura jurídica jurisprudencial en los contratos de adhesión por falta de transparencia material.

La transparencia de las cláusulas está ligada a la capacidad de comprensión del adherente de su contenido. La incorporación de las cláusulas está, por el contrario, vinculada más bien a la cognoscibilidad de las mismas. La capacidad de comprensión se valora especialmente en el consumidor. En las relaciones entre empresarios se parte de la premisa de que los empresarios tienen una mayor formación e información, que pueden asesorarse previamente por letrados y otros técnicos. La capacidad de comprensión del empresario se presupone para saber que una cláusula forma parte del contrato celebrado. En la interpretación de una condición general por falta de claridad y de comprensión, el tribunal debe ser más exigente cuando el adherente sea un empresario. El empresario

no puede ser tratado como si fuese un sujeto intelectualmente incapaz para comprender el alcance de las cláusulas que firma. Este criterio debe ser tenido en cuenta también para valorar correctamente el deber de transparencia en el clausulado entre empresarios.

3.5. Propuestas de reformas *lege ferenda*

Desde hace algunos años se observa en Alemania movimientos propiciados por grandes despachos de abogados y algunos sectores económicos a favor de una mayor flexibilización del control material de las cgc entre empresarios^{51 52 53}. También hay voces recientes entre doctrina alemana que están a favor de una reforma legal⁵⁴. Entre las diversas razones que aducen la más importante quizá sea la pérdida de competitividad en el mercado internacional de las empresas alemanas que opten por el modelo nacional. Un control material intenso de las cgc como el que propone la actual regulación legal resulta negativo para el comercio transfronterizo, viéndose muchas veces las empresas alemanas obligadas a refugiarse en ordenamientos más flexibles o más permisivos. Las propuestas que se han lanzado no niegan de la necesidad del control material de las cgc al amparo de la buena fe. Incluso admiten que se sometan al control de la transparencia (cláusulas de sorpresa y la necesidad de una transparencia material). Pero consideran desacertada la teoría de los indicielaborada por la jurisprudencia. Niegan, en definitiva, que rija el mismo standard de protección para los consumidores que para los empresarios adherentes. Habrá que diferenciar, además, cuando se trata empresarios pequeños y medios y aquellos que están en una relación de dependencia económica.

Se propone la reforma del § 305 BGB que, en la frase primera del apartado primero, dispone que hay cgc entre las partes contratantes cuando no han sido negociados individualmente. La jurisprudencia alemán ha interpretado muy restrictivamente, sin distinguir entre contratos de consumo y contratos comerciales. Aunque en los contratos comerciales una de las partes finalmente predispone e impone las cláusulas puede haber previamente una negociación, que puede ser más o menos largo, incluso compleja. En las relaciones entre empresarios se propone que para diferenciar las cgc de las cláusulas negociadas individualmente se debe estar la decisión adoptada por uno de los empresarios (*selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung*). Cuando no hay apenas espacio para decisiones que pueda adoptar uno de los empresarios en la relación contractual, entonces el contrato resultante será de adhesión. Por el contrario, si hay espacio para tomar decisiones propias hasta la redacción definitiva del contrato, en tal caso el contrato habrá sido negociado por las partes⁵⁵.

También se propone la reforma del § 307 BGB en un solo aspecto. Aunque las cgc entre empresarios están sujetas igualmente a la cláusula general de buena fe, su valoración no debe circunscribirse a los usos comerciales (*Gewohnheiten und Gebräuche*), que, obviamente, se pueden tener en cuenta, sino también a la praxis empresarial. Apenas hay ya usos comerciales, por lo que el § 307.1. frase segunda, BGB apenas es tenido en cuenta por los tribunales⁵⁶. Cuando las cgc se apartan gravemente de la praxis empresarios, pueden ser contratarías a la buena fe. El texto transcrito en la nota a pie de página coincide sustancialmente con el artículo II – 9:406 *Draft Common Frame of Reference*, según el cual las cgc entre empresarios son ineficaces cuando ellas «grossly deviates from good commercial practice, contrary to goodfaith and fair dealing».

De momento es difícil que se adopte una reforma de las cgc entre empresarios porque el modelo existente está muy consolidado en todos los sectores económicos y jurídicos alemanes. Si al final tiene lugar alguna reforma será más por la influencia de textos comunitarios y del derecho foráneo (directivas, reglamentos *soft law*, leyes de otros países) que por los lobbys de las asociaciones empresariales y de algunos grandes despachos de abogados alemanes.

Notas

* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

¹ Sobre el modelo alemán, vid. Albiez Dohrmann, K.J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sánchez Lorenzo, S., 2ª ed., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 399 ss.

² En las revistas jurídicas se publican anualmente el estado sobre las cgc.; así, p.e., “Das Recht der AGB im Jahr 2012”, NJ 2013, pp. 89 y ss. Y “Das Recht der AGB im Jahr 2013”, NJ 2014, pp. 89 ss. (el autor es Niebling, J).

³ Esta Propuesta se ha visto muy reducida en su alcance con la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

⁴ Para conocer los problemas específicos de la transposición de la Directiva al Derecho alemán, por todos, vid. Nasall, W., “Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB)”, en *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, Ed. Boorberg, Düsseldorf, 2005, pp. 141 ss. (en la 2ª ed., 2010, pp. 173 ss.).

⁵ Horn, N. en *AGB-Gesetz Kommentar*, ed. 4ª totalmente revisada, Ed. Beck, Múnich, 1999, p. 1943.

⁶ Horn, op. cit., p. 1929.

⁷ Horn, op. cit., p. 1930; Basedow, J., en *Münchener Kommentar, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, ed. 4ª, Ed. Beck, Múnich, pp. 1071-1075.

⁸ Como principal referencia, y más reciente, para conocer la Reforma podemos citar la obra de Zimmermann, R., *The New German Law Obligations-Historical and Comparative Perspectives*, ed. Oxford University Press, Oxford,

2005. Existe una traducción española, *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E., Ed. Bosch, Barcelona, 2008. Muy crítico, con tono casi burlesco, es Adomeit, K., *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch. Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2005. Pueden consultar un trabajo mío, “Un nuevo Derecho de Obligaciones. La Reforma 2002 del BGB, ADC, nº 3, 2002, pp. 1131 ss.

⁹ Manejamos la traducción al español de Vives Montero, M^a L., “Traducción de la Reforma del BGB”, ADC, 2002, pp. 1229 ss. Existe una traducción del BGB, publicada el año 2008 por la Ed. Marcial Pons, *Código civil alemán*, dir. A. Lamarca Marqués. Hay una traducción de la ABG-G por K.J. Albiez Dohrmann/A. Collado Aís, en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 1, 1983, pp. 123 ss.

¹⁰ Sobre la decisión, vid. por todos, R. Zimmermann, op. cit., traducción española, pp. 183 ss.; su opinión personal sobre la incorporación del Derecho de consumo contractual en el BGB, pp. 239 ss.

¹¹ Sobre los problemas que plantea el § 13 BGB, vid. Zimmermann, op. cit., trad. española, pp. 214, 235-236, 259 ss.

¹² Uno de los principales detractores de la incorporación fue P. Ulmer, “Das AGB-Gesetz: Ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ, 2001, pp. 491 ss.

¹³ Según el § 24 AGB-G, en su redacción originaria, determina que las listas de cláusulas abusivas no se aplican a las cgc entre empresarios. En ningún momento se menciona expresamente al consumidor como destinatario de la protección de estas listas.

¹⁴ Con la transposición de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, en virtud de la Ley de 27 de septiembre de 2013, se reforma el § 13 BGB en los términos siguientes: “Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschliesst die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können”. El concepto coincide prácticamente con la definición que la Directiva en el artículo 2-1: «consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

¹⁵ Este precepto no ha sido retocado por la Ley de 27 de septiembre de 2013.

¹⁶ Pueden consultar mi trabajo “Direito do Consumo e Códigos Civis: O “modelo” Alemã, en esta Revista, vol. III, N.11, setembro, 2013, pp. 193 ss.

¹⁷ Por todos, Nassal, op.cit., pp. 206-207 (ed. 2^a).

¹⁸ Sobre el tema, pueden consultar Albiez Dohrmann, K.J., “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por González Porras, Fernando P. Méndez González, Vol. 1, 2004, pp. 75 ss. (en el trabajo se recoge una extensa bibliografía alemana relacionada con el § 24 a AGB-G).

¹⁹ Dispone el parágrafo que “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. Sobre la doctrina y la jurisprudencia anterior a la AGB-G, vid. Neumayer, op. cit., pp. 77 ss.

²⁰ Inicialmente, los tribunales se apoyaban también en el § 138 BGB que declara nulo el negocio jurídico contra las buenas costumbres. Además. el § 139 BGB admite expresamente la nulidad parcial del negocio jurídico.

²¹ También se ha tenido en consideración para combatir las cgc lesivas el § 315 BGB que establece ciertas reglas cuando una de las partes determina el contenido de la prestación.

²² Nassal, op. cit. (2^o ed.), p. 204.

²³ Aunque no se refiere al Derecho alemán, puede ser de interés, para conocer la problemática, el estudio de comentario a la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y KáslernéRábai), de Pazos Castro, R., “El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas. La transparencia de sus cláusulas y la integración contractual”, <http://revistas.usc.es/boletincede> Sección Comentarios Xurisprudencia. En relación con el Derecho español, puede citarse la STJUE 484/08, 3 de junio de 2010, según la cual la normativa española no impide el control sobre el objeto y el precio, siendo conforme al Derecho comunitario dado que no incorporó en su momento el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

²⁴ Para una primera aproximación a la Ley alemana, vid. Nasall, W. “Das Unterlassungsklagengesetz”, en *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, ed. 2ª Ed., Boorberg, Düsseldorf, 2010, pp. 1349 ss.).

²⁵ Sobre el tema, en general, pueden consultar mi monografía *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson-Civitas, Cizuar Menor (Navarra), 2009.

²⁶ Entre los países que protegen también a los empresarios frente a cgc abusivas, cabe destacar a Portugal y Holanda. En Portugal, la *Ley Cláusulas Contratuais Gerais*, de 31 de agosto de 1995 (la primera es de 25 de octubre, es aún más intensa que la normativa alemana en la protección de los empresarios adherentes. El Nuevo Código civil holandés (NBW), de 1 de enero de 1992, regula las cgc en los artículos 231 a 247. *Cfr.* Albiez Dohrmann, K.J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura...”, op. cit., pp. 402-405 y 405-406; también Neumayer, op. cit., pp. 485-485 y 344 ss. respectivamente.

²⁷ Sobre los pormenores del entonces § 24 AGB-G, por todos, Ohlendorf-von Hertel, B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäss § 24 ABG-Gesetz*, Heidelberg, 1988, pp. 66-77.

²⁸ En particular, vid., Pfeiffer T., “Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr”, NJW, 1999, pp. 169 ss.

²⁹ Sobre los argumentos a favor y en contra de la integración de la AGB-G en el BGB, vid., en particular, Ulmer, P., “Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeines Zivilrecht”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, eds. EspiauEspiau, S. y Vaquer Aloy, A., Valencia, 2003, pp. 119 ss. Muy crítico es Zimmermann, R., “Schuldrechtsmodernisierung?”, JZ, 2001, pp. 171 ss. Una lectura interesante, desde el punto de vista italiano, nos la ofrece De Cristofaro, G., “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, Riv. Dir. Civ., 2004, Parte Primera, pp. 667 ss. La verdad es que se trata de un tema apasionante desde un punto de vista de política legislativa cuando se quiere retocar, modernizar o codificar la Parte General del Derecho de los contratos.

³⁰ *Cfr.*, por todos, Lutz, R., *AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, Múnich, 1991, pp. 25-27.

³¹ Sobre el particular, Leuschner, L., “Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle. Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. ABG unterliegen”, AcP (207), 2007, p. 492. Más recientemente Berger, K.P., “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr”, NJW, 2010, pp. 465 ss.; y nuevamente Leuscher, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr”, JZ, 2010, pp. 875 ss.

³² “Las garantías a primer requerimiento formuladas bajo condiciones generales de la contratación”, en *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, dirs. De Angulo Rodríguez, L., Camacho de los Ríos, J., y Hoyos Elizalde, C., Barcelona, 2005, pp. 285 ss., en particular, pp. 293 ss.

³³ Treber, J., “Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht”, AcP, 199 (1999), p. 584.

³⁴ Idem, p. 584.

³⁵ No pone especiales reparos Brandner, H.E., en *AGB-Gesetz*, ed. 8ª revisada y ampliada, Colonia, 1997, pp. 553-554. Sobre todo está justificada la aplicación del § 10 (actual § 309 BGB), dado que admite a tener en cuenta las circunstancias del caso, como, pe., los usos y las costumbres comerciales. La aplicación del § 11 (actual § 310 BGB) plantea, por el contrario, el problema de que no admite valoración alguna, lo cual puede constituir en las relaciones comerciales un obstáculo. El mismo autor comenta en esta obra colectiva el § 24 (actual § 310.1 BGB), e insiste en que el antiguo § 10 permite una valoración que lo hace también idóneo para las relaciones entre empresarios. Señala que aquellas normas parten de principios del Derecho dispositivo, cuya finalidad es la protección de una de las partes del contrato, prevalecen también en el tráfico comercial (p. 1651). Las desviaciones del Derecho dispositivo sólo resisten el contenido del control cuando se tiene en consideración las necesidades del tráfico comercial (p. 1652). Brandner no critica la «función de indicio» de la lista negra de las cláusulas abusivas para el tráfico empresarial (pp. 1654-1656). Otro comentarista, de la misma obra, Horn, N., afirma que en tanto que los §§ 10 y 11 son la acuñación de la cláusula general de buena fe *ex* § 9 (actual § 307 BGB) pueden deducirse consecuencias jurídicas que permite declarar la ineficacia de una cláusula, en particular, en el marco de la valoración de la cláusula general de buena fe, *AGB-Gesetz*, ed. 4ª, totalmente revisada, Múnich, 1999, p. 1901. No obstante, precisa que no puede hablarse de una aplicación analógica de estos preceptos. Sólo constituyen un indicio para una valoración de la cláusula general de buena fe (p. 1902). Subraya la importancia que tienen las particularidades del tráfico comercial en la valoración de las cláusulas que son objeto de examen para su validez (p. 1904). Hefermehl, H. y Werner, O. advierten que ninguna conclusión *a priori* puede obtenerse del hecho de que las listas de cláusulas abusivas sólo rigen para las relaciones con consumidores. No significa que las cláusulas que están prohibidas en los contratos de consumo son válidas para los contratos entre empresarios. Pero tampoco se puede sacar una conclusión contraria. Sólo representan una concreción del principal criterio de valoración que es la buena fe, en *Erman BGB*, ed. por Westermann, H.P., ed. 10ª, totalmente revisada, Colonia, 2000, pp. 4823-4824. Por otra parte, hay que tener en cuenta las particularidades del tráfico empresarial, tanto subjetivas como objetivas en la valoración de las cláusulas cuando se recurre a las listas (p. 4824). Otro comentarista de la Ley, Basedow, J., aclara que la «valoración paralela», con apoyo en las listas de las cláusulas prohibidas, depende de las particularidades de las partes, del contrato y de las condiciones generales. Cuanto mayor sea la dependencia económica del empresario adherente con el predisponente más argumentos hay para una valoración paralela. Hay otras situaciones en las que es dable una valoración paralela (situaciones de competencia, situaciones de compromiso de grupo) para determinar, en su caso, un perjuicio considerable *unangemessene Benachteiligung*), para el empresario adherente, en *Münchener Kommentar Allgemeiner Teil*, ed. 4ª Múnich, 2003, pp. 1442-1443. A favor, con carácter general, de las listas de cláusulas prohibidas a las relaciones comerciales se pronuncia Heinrichs, H., en el *Palandt*, 2007 ed. 66ª totalmente revisada, Múnich, p. 424. En la misma obra, pero en contra, Grüneberg, C., p. 457. Está más justificado el recurso a las listas cuando se trata de un empresario individual que cuando es un empresario que puede repercutir en otros los costas de una cláusula que sea abusiva (p. 2399). La diferenciación a que nos obliga la AGB-G no quiere decir que el control sea más severo en las relaciones con consumidores y más flexible en las relaciones entre empresarios. También nos encontramos con cláusulas que no son de recibo en el tráfico empresarial. Por eso, Locher, H. no es contrario a la eficacia indiciaria de las listas en relación con la cláusula general de buena fe, en *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ed. 3ª, 1997, Múnich, pp. 148-150.

Recientemente, a propósito de algunas críticas y propuestas de reforma a instancia de la doctrina y de ciertos sectores de la abogacía y de determinados sectores económicos sobre la necesidad de flexibilizar el control de las cgc entre empresarios, F. Graf von Westphalen insiste nuevamente en que la doctrina jurisprudencial de la teoría de los indicios es perfectamente acorde con el modelo legal, “AGB-Kontrolle. Auch im unternehmerischen Verkehr gerecht”, *Legal Tribune online*, 20 de septiembre de 2012.

³⁶ Una lectura favorable hace Baudenbacher, C., “Zur Bedeutung der Klauselkataloge des ABG-Gesetzes für den kaufmännischen Verkehr”, JA, 1987, pp. 217 ss.

³⁷ Un examen crítico de la primera jurisprudencia después de la entrada en vigor de la AGB-G procede de la pluma de Schlosser, P., “Entwicklungstendenzen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, ZIP, 1985, 449 ss., en particular, pp. 458 ss. Este autor advierte que con la tendencia jurisprudencial de hacer uso de las listas de cláusulas abusivas en las relaciones entre empresarios se reducen las diferencias con el control que se ejerce en los contratos con no comerciantes (p. 459). Si se examinan los apartados de los §§ 10 y 11 y las concreciones formuladas por la jurisprudencia en sede de la cláusula general de buena fe, queda muy poco de las libertades especiales que tienen los comerciantes (p. 459). Hay una tendencia a la equiparación (*Paralesierung*), según él, entre comerciantes y demás sujetos privados (pp. 460-461). Los privilegios de los comerciantes se están convirtiendo en algo excepcional (p. 461).

³⁸ Un estudio doctrinal detallado de cada uno de los preceptos de las listas de las cláusulas prohibidas que pueden apoyar la teoría de los indicios se encuentra en la parte segunda de la obra de Lutz, op. cit., pp. 43 ss.

³⁹ Sobre la legitimidad de este proceder por parte del BGH, en particular, Lutz, op. cit, pp. 23 ss.

⁴⁰ Una relación de sentencias hasta 1984 en las que las partes litigantes son empresarios, puede encontrarse en la obra de Ohlendorf-von Hertel, op. cit., pp. 24 y ss.

⁴¹ Frente a la crítica un tanto formal de los empresarios contra el a veces excesivo celo de los tribunales de hacer uso de los listados, Ulmer señala que en ocasiones podemos encontrar resoluciones desacertadas como la de 8 marzo 1984, pero se trata, en todo caso, de algo excepcional (afirmación recogida en “Zehn Jahre ABG-Gesetz – Bericht über die Diskussionen”, elaborado por Schmidt, H., en *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 1987, p. 206). En esta obra se recogen algunas de las intervenciones de los participantes del foro. Así, Junge fue crítico con la teoría de los indicios, subrayando que los tribunales no tienen en cuenta las singularidades del sector de la exportación, y que deberían fijarse más en el Convenio de Viena y en las Reglas UNCITRAL (p. 215). Más crítico aún fue Stumpf, quien considera que es una carga para los empresarios tener que seguir la jurisprudencia, lo cual provoca, además, una inseguridad jurídica (p. 216). Este jurista aclara que él no es contrario a un control material de las condiciones generales entre empresarios, pero considera que el nivel de control debe reducirse. Con la AGB-G se entierra las buenas costumbres comerciales (*die guten kaufmännischen Sitten*) (p. 216). Fueron críticos en este foro también Heinrichs y Kleinert. Sobre todo Kleinert, quien afirmó que los tribunales de instancia están más cerca de la praxis mientras que el BGH está más cerca de la ideología (p. 216). Una jurisprudencia como la del BGH puede inmovilizar la economía alemana (p. 216). Pero no todos fueron críticos. Pick y Bultmann defendieron en este foro, como propuesta de *lege ferenda*, un tratamiento igual entre empresarios y consumidores, puesto que son muchas las pequeñas empresas que tienen que soportar cláusulas impuestas por las grandes empresas (pp. 217-218).

⁴² Por la variedad de cláusulas que se enjuician es preferible la consulta directa de la citada resolución judicial.

⁴³ Sobre la crítica de este proceder judicial, vid. Lutz, op. cit., pp. 34-35.

⁴⁴ Es el hilo conductor principal de la obra de Lutz, op. cit. (*cf.*, en particular, p. 199, donde expone resumidamente sus principales reflexiones)

⁴⁵ Así claramente, Rabe D., “Die Auswirkung des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, NJW, 1987, pp. 1978 ss., en particular, pp. 1980-1982 y pp. 1982 ss.

⁴⁶ Sobre el particular, específicamente en el ámbito de compraventas con condiciones generales entre empresarios, es de interés el trabajo de Von Sachsen Gessaphe K.A. “Neues Kaufrecht und Lieferbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr”, en *Festschrift für Sonneberger*, 2004, Múnich, 2004, pp. 99 ss.

⁴⁷ Vid., Artz, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 –Integration der Nebengesetze in das BGB”, JuS, 2002, pp. 530 ss.

⁴⁸ Cfr., en particular, Köndgen, J., “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht”, NJW, 1989, pp. 943 ss.; Westermann, H.P., “Das Transparenzgebot –Ein neuer Oberbegriff der AGB–Inhaltskontrolle”, en *Festschrift für Steindorf*, Berlín, 1990, pp. 817 ss.

⁴⁹ En la doctrina alemana, en particular, vid. Heinrichs, H., “Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en *Festschrift für Trinker*, Heidelberg, 1996, pp. 157.

⁵⁰ Un buen banco de prueba son los contratos de venta de empresas. Cfr. Wittuhn/Quecke: “Unternehmenskaufverträge und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, NZG, 2014, pp. 131 ss. Vid. También Hoenig/Sprado: “Best Efforts” – Klauseln in Unternehmenskaufverträgen unter deutschem Vertragsstatut”, NZG, 2014, pp. 688 ss.

⁵¹ Escribiendo este artículo, he tenido conocimiento de que el 21 de noviembre de 2014 hay un foro, organizado por la Universidad de Osnabrück, con el sugerente título *AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr –Brauchen wir eine Reform?*

⁵² *Cfr.* la nota 30.

⁵³ Se propone añadir una frase (la cuarta) al apartado 1 del § 305 BGB: “Werden Vertragsbedingungen gegen über einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht”.

⁵⁴ Se propone la siguiente redacción: “§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von gängiger unternehmerischer Praxis grob abweichen”.

LES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT FRANÇAIS POSITIF*

(APRÈS LA RÉFORME DU 17 MARS 2014)

HENRI TEMPLE

Cofondateur, puis directeur du Centre du droit de la consommation
(université de Montpellier), avocat, expert international ¹

EXCERDOS

“Le droit de la consommation (et les questions d’environnement) occupe le cœur des appels à l’aide intellectuelle que les économistes lancent aux juristes”

“Outre les questions de sécurité des produits, de sincérité de la publicité, le problème des causes abusives est un des plus importants: il pèse fortement sur l’économie du contrat, peut pénaliser financièrement le consommateur, et fausse la concurrence”

“Le nouvel article préliminaire du Code de la consommation s’y prêterait: ainsi un avocat qui se déplace en train pour aller plaider effectuerait un acte de consommation par nature, bénéficiant de la même la protection que son voisin de banquette, avocat qui part en congés”

“Les clauses abusives noires, les plus graves, sont listées par la loi et présumées abusives de manière irréfragable (pas de preuve contraire admise)”

“C’est, bien sûr, dans ce cas que le droit de la consommation est le plus utile. Il s’agit de faire disparaître les clauses (noires ou grises) de la totalité des formulaires contractuels pré rédigés proposés aux consommateurs”

“Enfin, l’administration dispose de nouveaux pouvoirs qui lui permettent, à côté de ceux du juge, et malgré son manque de moyens humains, de faire disparaître les clauses abusives”

1 Parmi les grands jalons du droit de la consommation, maîtresse branche du droit économique, on rappellera les positions des grands économistes fondateurs: l'Écossais Adam Smith et le Français Jean-Baptiste Say. Pour eux le but et la fonction essentielle de toute économie est le consommateur et la consommation. En réalité toute l'économie n'a qu'un seul but: le consommateur (et aussi, suivant Keynes: l'emploi). Adam Smith est sans doute le premier à l'avoir dit nettement, reconnaissant ainsi que la place du consommateur dans l'économie est sa finalité ultime: «La consommation...est l'unique but de toute production...»²

Quant à Jean-Baptiste Say, pourfendeur de Ricardo (ce dernier ne s'intéressant guère au consommateur), il voit, dans le consommateur, un agent essentiel de l'économie (et pas seulement son but ultime), une fonction d'épargne et de demande: «... si toutes les denrées renchérisent le [consommateur] est plus pauvre... et comme la classe des consommateurs embrasse la nation toute entière...la Nation entière est plus pauvre...»³

Car l'économie ne connaît que deux fonctions: **l'offre** (elle-même alimentée par la production et le commerce), et **la demande**. Or la consommation, selon les pays et les cycles, représente de 2/3 à 3/4 de la demande totale: c'est dire son immense importance dans le mécanisme du marché et les politiques de relance.

C'est ainsi que s'est progressivement construite, dans la science économique moderne, une Théorie économique de la consommation, et qu'ont été posés les problèmes soulevés, dans un système de marché, par l'asymétrie de l'information⁴. Il est clair, en effet, que le marché ne peut fonctionner qu'autant qu'existe, et est maintenu, dans les rapports de négociation, un équilibre entre l'offre et la consommation. Tout le droit de la consommation a pour objet le réglage fin, constamment surveillé, de ce délicat équilibre, par les droits reconnus aux consommateurs (et effectivement sanctionnés), ou à leurs associations.

Le droit a été récemment appelé à la rescousse par de grands économistes (à la suite de la crise mondiale provoquée par les banques américaines) pour repenser, puis recomposer, l'espace socio-politique et les fondements des politiques économiques pour le monde de demain.⁵ C'est bien justement la fonction fondamentale du droit économique (D.E) que de contenir les pulsions de l'économie spontanée, et de les faire revenir à l'équilibre rompu: le droit de la consommation en est le coeur, même si un effet grossissant et d'optique attire l'attention sur son *alter ego*, l'autre pilier du D.E, le droit de la concurrence.

En ce siècle commençant et assiégé par les craintes ou les doutes de 7 milliards d'humains, le droit de la consommation (et les questions d'environnement) occupe le cœur des appels à l'aide intellectuelle que les économistes lancent aux juristes. Encore faudrait-il que ces derniers ne se bornent pas à donner leurs réponses techniques et mécaniques, apprises à la Faculté, mais sondent enfin, à nouveau, comme aux origines, les fondements primaux les plus forts du *Jus*⁶. Les séquelles «révoltogènes» de l'affaire dite, euphémiquement, des *sub primes* ne sont pas apaisées dans les consciences citoyennes. Cette crise est le résultat d'un relâchement des règles légales et prudentielles (c'est à dire les ratios bancaires) en Amérique⁷. Le droit de la consommation, *lato sensu*, est capable d'apporter un renouvellement de l'éthique collective. Le «modèle concurrentiel de base» qui admet par hypothèse, et sans état d'âme, que toute le système repose sur le postulat de consommateurs rationnels et d'entreprises maximisant leur profit tient toute intervention de l'Etat comme indésirable. C'est une vue de l'esprit, démentie par l'observation.⁸

2. Le droit de la consommation, entendu non plus comme une série de textes de circonstance et à effet ciblé, mais comme une somme de règles cohérentes entre elles, rassemblées en un Code ou une loi fondamentale, et organisées en une nouvelle branche autonome du droit, est, lui, apparu en France, à l'Université de Montpellier, sous l'impulsion de mon maître, le Professeur Jean Calais-Auloy. Et le Brésil a été le premier pays précurseur à suivre ce mouvement intellectuel.

Outre les questions de sécurité des produits, de sincérité de la publicité, le **problème des causes abusives** est un des plus importants: il pèse fortement sur l'économie du contrat, peut pénaliser financièrement le consommateur, et fausse la concurrence.

Toutefois il faut restituer aux USA leur antériorité en la matière. Certes les droits européens ont tous connu le concept (un peu oublié aujourd'hui) de pactes et de clauses *léonines*, mais c'est le Uniform Commercial Code de 1962 qui viendra, à l'époque moderne, permettre au juge d'annuler des clauses déloyales et déséquilibrantes.

La Suède (1971), l'Allemagne (1976), le Royaume Uni (1977), et la France (1978) suivirent l'exemple. Enfin, l'Union européenne accueillait une synthèse, fortement inspirée du droit français, dans une première Directive du 5 avril 1993, modifiée en 2011.

Le droit français positif repose sur deux mécanismes simples:

– dans une relation bilatérale le juge pourra ou devra constater la nullité ou l'inopposabilité de la clause contestée à un consommateur victime,

– dans le cadre multilatéral du marché, le juge pourra ordonner au professionnel, sur demande judiciaire d'associations, de cesser d'utiliser ces clauses dans ses formulaires contractuels pré rédigés (en très grand nombre)

Le domaine d'application du droit des clauses abusives méritera d'être précisé, puis la notion de clauses abusives, et enfin les sanctions et leur application.

I. Le domaine d'application des règles sur les clauses abusives

La protection de la loi est réservée aux «contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs ...» (art.L.132-1 code conso). Cette expression a soulevé une masse importante de questions et la jurisprudence, abondante, n'est pas toujours harmonisée.

1 Par **professionnel** on entend la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle de production, de distribution, ou de prestation de services. Cela inclut des secteurs qui habituellement ne relèvent pas du droit de la consommation *stricto sensu* et sont organisés par d'autres législations ou codes: ainsi des activités immobilières, le tourisme. Toutefois les opérations sur valeurs boursières sont exclues (art. R.132-2-1 code conso). Mais, au-delà, à la lumière de la Directive européenne de 1993, sont aussi incluses les activités industrielles et commerciales du secteur public, dès lors que la relation est contractuelle (transports, énergie, eau⁹).

2 La notion de **non professionnel ou consommateur**, est plus difficile encore à cerner. Toutefois la loi du 17 mars 2014 vient d'apporter quelque précision car, désormais, le Code de la Consommation définit, en son article préliminaire, le consommateur comme: «toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.»

On observera que le texte ne mentionne pas l'activité agricole: oubli ou choix?

Et, en revanche, qu'il écarte délibérément les associations en tant que personnes morales.

Toutefois, l'article L.132-1 du code de la consommation détermine le domaine d'application des règles sur les clauses abusives à l'ensemble «non professionnels **ou** consommateurs». S'agit il d'une inutile répétition, ou de deux sens différents?

La jurisprudence a été surabondante, et la doctrine s'est exprimée sur ce point¹⁰.

J'irai plus loin toutefois que l'opinion doctrinale récurrente. Je pense, en effet, que le droit de la consommation pourrait emprunter à des distinctions que l'on pratique en droit commercial entre les actes de commerce par nature et les actes de commerce par accessoire. Le nouvel article préliminaire du Code de la consommation s'y prêterait: ainsi un avocat qui se déplace en train pour aller plaider effectuerait un acte de consommation par nature, bénéficiant de la même la protection que son voisin de banquette, avocat qui part en congés. Car il y a des actes de consommation banalisés du fait qu'ils sont innombrables et que le client est dans le même cas que le consommateur. On interpréterait ainsi l'expression «**entrer dans le cadre de son activité**» de façon causaliste (*causa proxima* et non pas *causa remota*). Au plan causal, comme au plan de la théorie économique de l'acte de consommation, la solution est meilleure à tous points de vue. D'ailleurs une jurisprudence antérieure accorde la protection au professionnel qui effectue un acte *n'ayant pas un rapport direct avec la profession*¹¹. Nous pensons qu'il n'y a pas de différence d'esprit entre: «rapport direct» et «entrer dans le cadre» de la profession.

II. La notion de clause abusive

Tous les types de contrats sont concernés, sous quelque forme ou support qu'ils soient présentés: document papier, catalogue, facture, affiche dans les lieux de vente, internet. Mais comment y déceler les clauses abusives litigieuses? ... «Sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, ... un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties...». Cette expression, issue de la Directive de 1993, va embarrasser le juge qui préférera bien souvent, si la Commission des clauses abusives ne s'est pas encore prononcée sur ce cas, surseoir à statuer et saisir la Commission pour avis.

Toutefois, depuis la réforme de 2008, le rôle du juge est plus important et plus direct car, désormais, conformément au droit européen, la loi distingue les «clauses noires» et «clauses grises».

1. Les **clauses abusives noires**, les plus graves, sont listées par la loi et présumées abusives de manière irréfragable (pas de preuve contraire admise).

Ainsi l'article R.132-1 du code de la consommation, en énumère douze, parmi lesquelles:

- l'adhésion à des clauses non écrites,
- les modifications unilatérales du prix, des caractéristiques du bien ou de la prestation,
- suppression du droit à réparation du préjudice causé par l'objet du contrat,
- Interdiction de la résiliation en cas de non exécution du contrat,
- rétention, en dépit d'une inexécution, des sommes versées,
- fixation de délais de résiliation très longs
- imposition au consommateur de la charge de la preuve...

La clause est nulle, pas le contrat. L'appréciation du caractère abusif se fait *in concreto*

2. Les **clauses abusives grises** (R.132-2), moins graves, sont simplement présumées abusives:

- la condition potestative laissée à l'appréciation du professionnel,
- l'existence de clauses pénales et/ou de dédit au profit du seul professionnel, et pas du consommateur,
- la faculté de résiliation unilatérale sans délais suffisants,
- la modification unilatérale des clauses du contrat,
- l'obligation de recourir à l'arbitrage ou à la médiation en cas de litige.

3. La **Commission des clauses abusives**

La Commission (composée de professionnels, de consommateurs, de magistrats et d'universitaires) peut être saisie pour donner son avis sur des clauses courantes.

Elle peut être saisie par le Ministre, les associations de consommateurs ou de professionnels, ou se saisir d'office.

Elle rend des avis généraux, qui recommandent la cessation ou l'interdiction de clauses qu'elle estime abusives. En 35 ans la Commission a rendu près de 80 recommandations qui peuvent être consultées sur son site Internet par les consommateurs, les professionnels et les juristes.

Mais elle peut même être saie par un juge, appelé à statuer sur une demande de cessation de clause, à l'occasion d'un contentieux visant les pratique contractuelles d'une entreprise bien déterminée.

III. Les sanctions des clauses abusives

Plusieurs situations peuvent être distinguées.

1. Dans les contrats déjà conclus

Le juge, saisi par le consommateur, éventuellement aidé par une association de consommateurs, va qualifier la clause, déclarer la clause abusive et « non écrite »: inapplicable au consommateur, tandis que le contrat restera applicable et appliqué, même si la considération de la clause abusive pouvait être considérée comme une des causes importantes du consentement du professionnel. La clause est nulle, pas le contrat. L'appréciation du caractère abusif se fait *in concreto*.

Mais il faut bien reconnaître que le recours au juge est embarrassant pour la plupart des consommateurs.

2. Dans la totalité des formulaires contractuels types proposés aux consommateurs

C'est, bien sûr, dans ce cas que le droit de la consommation est le plus utile. Il s'agit de faire disparaître les clauses (noires ou grises) de la totalité des formulaires contractuels pré rédigés proposés aux consommateurs. Une recommandation de la Commission des clauses abusives peut inciter le professionnel à se mettre en règle. Mais le plus souvent c'est à l'occasion d'un cas particulier, que les associations vont tenter, en justice, de faire disparaître les clauses litigieuses. Car il n'existe pas de sanctions pénales applicables.

Les actions en justice des associations de consommateurs sont assez efficaces mais, il faut le reconnaître, organisées par des textes assez compliqués. On se contentera de décrire les mécanismes les plus courants et commodes.

2.1. Aux termes de l'article L.421-6, les associations disposent d'une action en cessation et peuvent demander la suppression de la clause illicite, dans tous les contrats proposés, au besoin sous astreinte.

Réformé par la loi du 17 mars 2014, cet article permet même désormais au juge de prononcer une décision à portée générale, véritable arrêt de règlement (ce qui est contraire à la culture judiciaire française), qui consiste en une déclaration que «cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel... y compris les contrats [déjà conclus et en cours] qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner [au professionnel] d'en informer à ses frais les consommateurs concernés...».

Par ailleurs, depuis la loi du 17 mars 2014 (art.L.423-1 c.conso), une association(ou la même déjà impliquée) peut exercer une action de groupe

(class action): «agir en réparation des préjudices individuels...au nom des consommateurs...». Il est nécessaire d'alléguer:

- une situation similaire pour les divers consommateurs,
- une cause identique (manquement à la loi ou au contrat)
- un professionnel fautif identique

Les décrets d'application (et donc la mise en application de la loi) sont attendus fin 2014

3. Enfin, l'administration dispose de nouveaux pouvoirs qui lui permettent, à côté de ceux du juge, et malgré son manque de moyens humains, de faire disparaître les clauses abusives.

L'article L.141-1, VI, du code de la consommation donne un pouvoir d'injonction de l'administration aux professionnels pour qu'ils «suppriment toute clause illicite». On peut imaginer que tel que formulé («*illicite*») ceci ne concerne que les «clauses noires», les grises nécessitant une appréciation judiciaire? La grande nouveauté (réforme de 2014) est que, si le professionnel n'obéit pas, l'administration peut prononcer des amendes et saisir le juge pour qu'il lui soit ordonné sous astreinte, la suppression de la clause.

Notas

* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

¹ Jean Calais Auloy, et Henri Temple, Droit de la consommation, Dalloz, 9^{ème} édition à paraître fin 2014.

² Adam Smith, Richesse des nations, TII, Liv. IV, Chap. 8.

³ Jean-Baptiste Say, Traité d'économie politique, Liv. I Chap.17.

⁴ Stiglitz et Akerlof, Prix Nobel d'économie, 2001.

⁵ J-E. Stiglitz, Quand le capitalisme perd la tête, Fayard, 2005; v. aussi H. Temple, Théorie générale de la nation – L'architecture du monde, L'Harmattan, 2014, p. 171 et s.

⁶ Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, rééd. Dalloz, 2006.

⁷ J.E Stiglitz, Le triomphe de la cupidité, LLL, 2010.

⁸ J.E Stiglitz, Principes d'économie moderne, De Boeck, 2000, p. 26 et s.

⁹ Conseil d'Etat, 11 juillet 2001, JCP 2001, I 370.

¹⁰ Calais Auloy et Temple, op. cit. n° 178.

¹¹ Ce sont souvent les Cours d'appel qu'il faut lire car le rapport direct ou pas avec la profession est de leur compétence, sans contrôle au fond par la Cour de Cassation: Versailles, 21 janv.2005 BICC, 21 janv 2005: pour un achat de système de télésurveillance par une profession libérale.

ACERCA DO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

J. PEGADO LIZ*

Conselheiro membro do Comité Económico e Social Europeu
(CESE) em representação dos consumidores

EXCERTOS

“O princípio da transparência ou a obrigação de as cláusulas serem redigidas de forma clara e compreensível aparece consagrado no artigo 5º, sendo que a clareza se deve referir ao aspecto formal do clausulado (tipo de letra, tamanho, legibilidade, etc.) e a compreensibilidade à sua inteligibilidade”

“O princípio fundamental do direito do consumo da interpretação mais favorável ao consumidor, em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, também aparece consagrado no artigo 5º, com a natureza de uma verdadeira sanção contra a falta de clareza das cláusulas”

“Caberá sempre aos juízes ou às outras autoridades administrativas competentes declarar se alguma cláusula do tipo das constantes da lista deve ser considerada abusiva, segundo os critérios gerais”

“A diretiva foi ainda mais longe e, pela primeira vez, admitiu que os estados-membros utilizassem ou consagassem na sua legislação de transposição mecanismos de verdadeiras ações coletivas do tipo ‘ação inibitória’”

“Logo que a proposta da Comissão foi conhecida não se fizeram esperar as reações dos principais interessados, profissionais e consumidores, sendo no entanto certo que a referida proposta não recebeu o mesmo acolhimento por parte dos vários atores da sociedade civil organizada”

*** Outra qualificação do autor**

Juiz árbitro do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS)

1. Introdução

O texto ainda hoje em vigor na UE relativamente à regulamentação a nível comunitário das cláusulas contratuais abusiva é a Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993¹.

Como referido e documentado noutro artigo², foi tardia e não isenta de dificuldades e de limitações a descoberta e a adoção de uma legislação comunitária relativa às cláusulas contratuais abusivas.

E, no entanto, é de abril de 1975 a primeira referência em documento da Comissão à necessidade de os estados europeus se dotarem de legislação nesta matéria³ e de novembro de 1976 a resolução precursora do Conselho da Europa⁴.

Foi contudo preciso esperar até ao ano de 1984 para que a Comissão apresentasse a sua primeira comunicação sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e ainda cerca de mais dez anos para a publicação da Diretiva 93/13/CEE, quando já variados estados-membros à data tinham avançado com as suas próprias iniciativas legislativas, entre os quais Portugal.

Isto espelha bem a dificuldade e o melindre de uma iniciativa legislativa comunitária que, pela primeira vez, mexe no cerne do direito civil dos estados-membros e relativamente à qual eram divergentes as perspectivas dos sistemas jurídicos já em vigor nesses mesmos estados.

É certo que a doutrina há muito se havia debruçado sobre a questão das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente a propósito do desenvolvimento que se havia verificado, a partir dos anos 1950, dos chamados “contratos de adesão”, como os batizou o grande jurisconsulto francês SALEILLES, em 1901⁵, de que as apólices de seguro eram o paradigma⁶, e das concepções então nascentes relativas ao “direito justo”, ao “equilíbrio contratual” e à proteção da “parte fraca”.

Mas foi efetivamente na década de 1970 que, primeiro na Alemanha⁷ e depois em vários outros países europeus, os ordenamentos jurídicos positivos consagraram disposições legais sobre as chamadas “cláusulas abusivas”⁸.

Foi com este acervo legislativo e doutrinário e ainda com a jurisprudência que entretanto se ia formando nos estados-membros que a Comissão se teve de defrontar quando decidiu avançar com a sua proposta a nível comunitário nos meados dos anos 1980.

Tal doutrina, europeia e nacional⁹, primou pelo afeiçoar de conceitos e pelo precisar dos interesses em causa, de que a jurisprudência, nos diversos

países, iria aplicando aos casos concretos, formando um sólido corpo de decisões, donde era possível extrair uma orientação bem definida e estruturada em cada um deles, mas não coincidente nem convergente.

Foi aquele, aliás, momento raro de confronto de ideias e de opiniões que não pode deixar de se recordar aqui, quando, por iniciativa de um então mais jovem Prof. Mário Frota, reuniu-se em Coimbra, em 1988, um escol ímpar de eminentes juristas e representantes de empresários e de consumidores de todo o mundo no 1º Congresso Europeu das Condições Gerais dos Contratos¹⁰.

A primeira proposta da Comissão, feita de compromissos e ambiguidades, indispensáveis para granjear a então necessária unanimidade¹¹, que o Reino Unido tentou até ao último momento impedir, manifestando-se ferozmente quanto à iniciativa, que ia, alegadamente ao arrepio da sua lei nacional sobre os “unfair contract terms”¹², foi objeto de acerbas críticas desde logo pelo Parlamento Europeu¹³.

Também o Comité Económico e Social, congratulando-se embora com a iniciativa da Comissão como forma de *“restabelecer o equilíbrio nos contratos celebrados pelos consumidores”*, não deixou, para além de várias observações na especialidade, de chamar a atenção para a *“inconveniência de aproximar o direito dos contratos enquanto tal”* e para o *“crescente risco de incerteza jurídica tanto para os consumidores como para os fornecedores, dado o papel essencial dos tribunais em matéria contratual”*, os quais, *“mesmo baseando-se num instrumento legislativo harmonizado interpretarão de forma diferente disposições idênticas, em função da evolução do direito dos contratos e dos consumidores no respectivo Estado-membro e, de um modo geral, em função da cultura e tradição jurídicas”*¹⁴.

E também não surpreenderá o fato de a sua transposição se ter arrastado por vários anos¹⁵ e de ter sido objeto mesmo de vários processos movidos pela Comissão, alguns dos quais chegaram até ao Tribunal de Justiça, por transposição tardia, incompleta ou incorreta¹⁶.

É que, um pouco por toda a parte, e em particular nos países cujos ordenamentos jurídicos já consagravam sistemas por vezes bem mais avançados e tecnicamente mais perfeitos do que o constante da diretiva, houve a noção da sua inutilidade ou mesmo do prejuízo da introdução de um instituto jurídico desfasado das realidades nacionais a que os sistemas existentes respondiam melhor do que o novo regime comunitário¹⁷.

No entanto, na medida em que o dispositivo comunitário regia exclusivamente para os “contratos celebrados com os consumidores”, podendo assim considerar-se “lei especial”, e principalmente porque consagrava o

princípio da harmonização mínima¹⁸, a diretiva acabou por ser transposta e passou a fazer parte do acervo comunitário em matéria de direito comunitário do consumo.

2. Breve sùmula do regime da Diretiva 93/13/CEE

2.1. Finalidade

Apesar das limitações e das circunstâncias que estiveram na sua gènesese, a Diretiva 93/13/CE acabou por constituir um exemplo de legislação simples e sintética que, em 11 artigos, define, de forma escorreita, um regime jurídico comunitário para uma das áreas mais complexas do direito dos contratos.

O seu objetivo é, desde logo, claramente fixado no seu artigo 1º – a aproximação das disposições legislativas regulamentares e administrativas dos estados-membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores, objetivo que a diretiva enquadra na necessidade de garantir a progressiva realização do mercado interno, nas “divergências marcantes” das legislações respectivas dos estados-membros e no seu desconhecimento pelos consumidores que os dissuade de efetuar transações diretas noutro Estado que não seja o da sua nacionalidade e nas “distorções de concorrência” entre os profissionais aquando da comercialização noutros Estados-membros.

A Comissão teve corretamente a percepção de que *“a utilização de cláusulas que desequilibrem significativamente as relações contratuais entre as partes prejudica não só os interesses da parte que sofre com a utilização destas cláusulas, mas ainda a ordem jurídica e económica. Com efeito, as cláusulas contratuais gerais são vocacionadas para substituir as soluções jurídicas estabelecidas pelo legislador, substituindo, ao mesmo tempo, os padrões de justiça em vigor na comunidade por soluções procuradas de forma unilateral com o propósito de maximizar os interesses particulares de uma das partes”*¹⁹.

2.2. Campo de aplicação

O campo de aplicação da diretiva é definido por uma disposição positiva e três disposições negativas.

De um lado, ela *aplica-se* apenas às cláusulas constantes de *contratos celebrados entre profissionais e consumidores*²⁰, sendo que o “consumidor” é definido, de forma restrita, como “pessoa singular” que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional²¹, e o “profissional” é

a outra parte que atua “no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada”²².

Por outro lado, ela *não se aplica*

– a *cláusulas que tenham sido objeto de negociação individual* (art. 3º, nº 1) – sendo importante esclarecer aqui que não se trata, de um lado, do contrato no seu conjunto, que pode ser objecto de negociação, mas apenas das suas cláusulas, nem, de outro lado, exclusivamente de contratos de adesão, podendo ser aplicada a contratos feitos para um único consumidor, desde que as cláusulas não tenham sido efectivamente negociadas²³, sendo certo que é ao profissional que incumbe a prova de que qualquer cláusula normalizada tenha sido negociada individualmente (art. 3º nº 2 III);

– as cláusulas *decorrentes de disposições legislativas ou regulamentares imperativas* dos Estados-membros ou de disposições ou princípios previstos em convenções internacionais de que os Estados-membros ou a Comunidade sejam parte (art. 1º, n. 2)²⁴;

– a *cláusulas que respeitem à definição do preço ou ao objeto principal do contrato*, desde que redigidas de maneira clara (art. 4º, n. 2)²⁵.

2.3. Princípios fundamentais

Vários princípios fundamentais presidiram à elaboração desta diretiva, destacando-se, desde logo, o já referido da *harmonização mínima* (artigo 8º), com isso significando que os estados-membros podiam não só manter as disposições nacionais mais protetoras dos consumidores, como igualmente adotar medidas mais rigorosas, desde que compatíveis com o Tratado e, designadamente, com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade²⁶.

Outro princípio fundamental é o do *equilíbrio contratual* que a diretiva se propõe restabelecer num domínio em que o consumidor é reconhecidamente uma *parte fraca*, que não atua em pé de igualdade com a sua contraparte, o profissional (art. 3º, nº1)²⁷.

Importante é notar que o desequilíbrio gerado por qualquer cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual terá de ser “significativo em detrimento do consumidor”.

Por outro lado, tal desequilíbrio deverá ser apreciado “*a despeito da exigência da boa-fé*”, expressão que deu origem a desencontradas interpretações, desde logo porque a sua tradução, nas várias versões linguísticas, se prestou a diferentes sentidos.

Com efeito, não foi uniforme o modo como os diversos estados-membros transpuseram a diretiva²⁸, desde os que, pura e simplesmente,

omitiram o princípio do desequilíbrio contratual²⁹, outros que, ao contrário, não incluíram a referência à boa-fé³⁰, àqueles que suprimiram o qualificativo “significativo”³¹ ou àqueles que se limitaram a uma transposição meramente literal³².

E, mesmo assim, a expressão “a despeito de”, tradução de “spite of” ou de “en dépit de”, teve interpretações diversas e até opostas, desde o entendimento de que o dominante seria o critério objetivo do desequilíbrio, apesar da existência de boa-fé, ou, ao contrário, que mesmo que existisse desequilíbrio, para ser considerada abusiva seria ainda necessário que a cláusula também fosse contrária à boa-fé³³.

O *princípio da transparência* ou a obrigação de as cláusulas serem redigidas de forma clara e compreensível aparece consagrado no artigo 5º, sendo que a clareza se deve referir ao aspecto formal do clausulado (tipo de letra, tamanho, legibilidade, etc.) e a compreensibilidade à sua inteligibilidade.

Não primando pela objetividade da sua enunciação, a concretização deste princípio foi objeto de jurisprudência vária nos estados-membros³⁴ que, de forma geral, optaram pelo conceito de consumidor “fraco”³⁵.

Ao contrário, no Tribunal de Justiça, a orientação da jurisprudência foi antes no sentido do conceito de “consumidor médio” ou consumidor “responsável”³⁶, no que se iria revelar premonitório para a elaboração da Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais³⁷.

Intimamente relacionado com o anterior, o princípio fundamental do direito do consumo da *interpretação mais favorável ao consumidor*, em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, também aparece consagrado no artigo 5º, com a natureza de uma verdadeira sanção contra a falta de clareza das cláusulas.

Finalmente o princípio da prevalência da *redução do contrato* sobre a sua resolução, segundo o qual os contratos celebrados que contenham cláusulas abusivas deverão ser mantidos e vincular as partes, sempre que, sem prejuízo da sua economia essencial, eles puderem “subsistir sem as cláusulas abusivas” (art. 6º, nº 1).

Alguns países, como a Suécia e Portugal³⁸, deixaram ao consumidor a decisão sobre a manutenção dos contratos.

O desequilíbrio gerado por qualquer cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual terá de ser “significativo em detrimento do consumidor”

2.4. Definição de cláusulas abusivas e lista anexa

A diretiva prevê uma *noção geral de cláusula abusiva* como sendo a que, “a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das parte decorrentes do contrato” (art. 3º, nº1).

Para além dos aspectos já analisados, esta definição faz apelo a uma ponderação do equilíbrio entre os direitos e obrigações em concreto das partes, tendo em consideração, designadamente:

- a natureza dos bens e serviços objeto do contrato;
- a consideração de todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração;
- o conjunto do clausulado em causa ou de qualquer outro contrato de que este dependa (art. 4º, nº1).

Esta noção geral é complementada por uma *lista, em anexo*, de tipos de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.

O caráter e a natureza desta lista foram objeto de muita discussão na doutrina, mesmo antes da publicação da diretiva e, posteriormente, na forma da sua transposição pelos legisladores.

Desde logo, a diretiva é expressa em esclarecer que a lista é “indicativa e não exaustiva”, ou seja, não se trata de uma chamada “lista negra”, nem sequer de uma lista “cinzenta”, mas antes verdadeiramente de uma lista “branca”.

Significa, assim, que o fato de certos tipos de cláusulas estarem contidos na lista não quer dizer automaticamente que elas devam ser declaradas abusivas em casos concretos. Caberá sempre aos juízes ou às outras autoridades administrativas competentes declarar se alguma cláusula do tipo das constantes da lista deve ser considerada abusiva, segundo os critérios gerais. Significa, igualmente, que o fato de certos tipos de cláusulas não constarem da lista não permite concluir pelo seu caráter não abusivo.

A transposição desta lista foi muito diversa. Os países nórdicos, por exemplo, decidiram pura e simplesmente não transpor o anexo na sua legislação, considerando-o, aliás, prejudicial aos interesses dos consumidores³⁹. De outro lado, estados houve que transpuseram literalmente a lista, mantendo-lhe o caráter não vinculativo, como foi o caso da França, da Irlanda e do Reino Unido. Outros, como a Bélgica, a Grécia, a Espanha, o Luxemburgo e a Áustria, consideraram as cláusulas contidas na lista como automaticamente abusivas (lista negra). Finalmente outros ainda, como a Alemanha, a Itália, a Holanda e Portugal, integraram os tipos de cláusulas constantes da lista em listas próprias mais desenvolvidas do tipo lista “negra” e “lista cinzenta”.

2.5. Efeitos da determinação do caráter abusivo

Ao contrário do que havia sido solicitado durante as discussões anteriores à publicação da diretiva, o artigo 6º, n. 1, limita-se a dispor que as cláusulas abusivas “não vinculam o consumidor”, não estabelecendo qual a *natureza do vício* ou a sanção aplicável – a nulidade, a anulabilidade, a ineficácia, etc. – deixando aos estados-membros esta decisão.

Como seria de esperar, este artigo foi transposto de modo muito diferente. A Bélgica, a Espanha, o Luxemburgo, Portugal e a Suécia optaram pela nulidade; a Holanda preferiu a anulabilidade; a Itália adotou a ineficácia; a Finlândia previu que as cláusulas abusivas possam ser objeto de uma modificação ou não ser aplicadas; finalmente, a Irlanda e o Reino Unido transpuseram literalmente o artigo, sem se preocupar em definir um vício preciso.

Questão que não decorre de forma clara do texto da diretiva é o dos poderes do juiz para *conhecer “ex officio”* do caráter abusivo de cláusulas constantes de contratos que sejam submetidos à sua apreciação, mesmo que as partes não suscitem a questão.

Coube à jurisprudência do Tribunal de Justiça definir no sentido positivo esta competência dos juízes e de consignar mesmo a obrigação de o fazer, fundando-se, para tanto, no caráter imperativo da disposição do artigo 6º, n. 1, da Diretiva⁴⁰, podendo, assim, as decisões judiciais que não tenham conhecido do caráter abusivo de certas cláusulas, quando o deverem fazer, ser impugnadas com base no não conhecimento de matéria de que tinham obrigação de conhecer⁴¹.

2.6. O controle abstrato das cláusulas

A diretiva não se fica, no entanto, pela fiscalização repressiva da utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados. Com efeito, ela impõe aos estados-membros a obrigação de resultado de introduzirem, nos seus ordenamentos jurídicos, mecanismos adequados e eficazes para impedir a utilização de tais tipos de cláusulas (art. 7º, n. a dois sistemas de controle abstrato das cláusulas, seja os tribunais, sejam “órgãos administrativos competentes” (artigo 7º, n. 2).

Embora a generalidade dos estados-membros tenha atribuído a decisão final a órgãos judiciários⁴², em alguns países, mercê de uma tradição legislativa anterior, foi mantida uma componente administrativa muito forte, como o Reino Unido, com o seu “Office of Fair Trade”, e a França, com a sua “Commission des Clauses Abusives”. Por seu turno, alguns países, como

a Espanha e Portugal, criaram sistemas específicos de registo das cláusulas abusivas⁴³.

No entanto, a diretiva foi ainda mais longe e, pela primeira vez, admitiu que os estados-membros utilizassem ou consagrassem na sua legislação de transposição mecanismos de verdadeiras ações coletivas do tipo “ação inibitória”⁴⁴, ao admitir que tivessem *legitimidade ativa* para a propositura de ações com vista à cessação da utilização de cláusulas contratuais abusivas *“redigidas com vista a uma utilização generalizada”*, não apenas as pessoas com interesse pessoal, direto e legítimo, mas igualmente *“organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor”* (art. 7º, nº 2)

Vários estados-membros alargaram esta legitimidade a outras entidades, designadamente a autoridades encarregadas de uma missão de serviço público, como o “Director of the Office of Fair Trade” inglês, o “Director of Consumer Affairs” irlandês, o “Omudsman” nos países escandinavos, o Ministério Público em Espanha e em Portugal⁴⁵.

Também do lado da *legitimidade passiva*, a diretiva foi inovadora, ao admitir expressamente que estas ações pudessem ser intentadas, *“em conjunto, contra vários profissionais do mesmo setor económico ou respectivas associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas semelhantes”*.

É escusado ressaltar a importância de um dispositivo desta natureza para a economia processual e a rapidez e eficácia do controle das cláusulas contratuais gerais.

2.7. A lei aplicável

Uma palavra apenas para esclarecer o alcance do preceito do artigo 6º, n. 2, que estabelece a obrigação dos estados-membros de evitar que o consumidor se veja privado da proteção conferida pela diretiva pelo fato de ser escolhido pelas partes, no uso da sua liberdade e autonomia, o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, *“desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos estados-membros”*.

Porque vários estados-membros não captaram com rigor o teor deste dispositivo, não o tendo transposto corretamente é, desde logo, importante afirmar que, apesar dos seus termos, a presente disposição não pretende regular a lei aplicável ao contrato, que é deixada à aplicação das disposições constantes da Convenção de Roma de 1980. O que ela pretende é antes

que, mesmo no caso de lhe ser aplicável um direito de um país terceiro, ao que ela se não opõe, seja garantido que, no caso de o contrato em causa ter uma “relação estreita”⁴⁶ com o território europeu, o consumidor tenha sempre uma proteção idêntica à que lhe é conferida pela diretiva⁴⁷.

2.8. O controle da transposição e o CLAB

Hoje, todos os estados-membros transpuseram a diretiva de forma globalmente considerada satisfatória pela Comissão⁴⁸.

Não foi, no entanto, assim no início, tendo a Comissão tido de chamar a atenção de vários estados-membros para a falta, deficiência ou incorreção dos textos de transposição.

Do que foi esse trabalho deu detalhada conta o “*Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CE*”⁴⁹ para que se remete e que é bem demonstrativo da dificuldade encontrada na transposição de uma diretiva que, aparentemente singela, mexe com a tradição mais profunda de um dos ramos do direito mais essencial dos estados-membros, o direito dos contratos.

Uma iniciativa não prevista na diretiva, mas que se revelou de extrema importância no acompanhamento da sua aplicação, foi a adoção de um instrumento de acompanhamento da aplicação prática da diretiva através da criação de uma base de dados que tinha como objetivo inventariar a “jurisprudência nacional” relativa às cláusulas abusivas (o CLAB).

Enquanto existiu e foi alimentada com base em informação fornecida por eminentes juristas contratados nos diversos estados-membros, esta base pôde ser gratuitamente consultada no servidor da Comissão ([http://europa.eu.int/clab/index .htm](http://europa.eu.int/clab/index.htm)).

É importante salientar que por “jurisprudência”, na acepção da base de dados, se entendiam não só as decisões dos tribunais, mas igualmente as decisões de órgãos administrativos, os acordos voluntários, as transações judiciais ou as decisões arbitrais.

Sem nunca ter pretendido ser exaustivo, o CLAB continha a “jurisprudência” mais importante a que, quer consumidores, quer profissionais e as suas respectivas associações, bem como os académicos e os legisladores nos estados-membros, podiam aceder.

Não pode, assim, deixar de se estranhar e lamentar que de há alguns anos a esta parte, inexplicavelmente, este site tenha pura e simplesmente deixado de existir, sem qualquer justificação por parte da Comissão.

3. A aplicação da diretiva

Nos termos do artigo 9º da Diretiva, a Comissão deveria ter dado conta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, através de um relatório, apresentado “o mais tardar cinco anos após 31 de dezembro de 1994”, do estado da aplicação da referida diretiva.

Fê-lo a 27 de abril de 2000, no anteriormente citado Relatório de Aplicação da Diretiva, e no seguimento de um dos mais importantes exercícios de discussão pública com os “stake-holders” e o público em geral⁵⁰ nos vários estados-membros, culminando com uma das mais participadas e interessantes conferências em que o signatário teve a oportunidade de participar⁵¹, realizada em Bruxelas de 1 a 3 de julho de 1999⁵².

Mais importante hoje do que a análise do que havia sido, à data, o modo como a referida diretiva tinha sido transposta e aplicada, com as dificuldades e hesitações inerentes, será antes refletir sobre as questões e observações que, já então, foram formuladas.

E teria sido expectável e desejável que a Comissão as houvesse por bem ter tido em devida consideração na tentativa de revogação e alteração da mencionada diretiva, no âmbito da sua proposta sobre “os direitos dos consumidores”⁵³.

Com efeito, a participação nesta conferência de alguns dos maiores vultos no domínio do direito comunitário do consumo⁵⁴, como de experientes representantes de organizações de profissionais e de associações de consumidores, foi a melhor garantia da seriedade e da pertinência dos comentários e das sugestões feitas.

Com particular interesse para a apreciação daquela proposta da Comissão, destacam-se os seguintes “elementos de reflexão” recolhidos no mencionado Relatório da Comissão:

a) a aparente falta de justificação da *exclusão das cláusulas negociadas individualmente* do âmbito da diretiva, exclusão aliás não transposta por vários estados-membros⁵⁵;

b) identicamente não se afigurava justificável a *exclusão relativa ao preço e ao objeto do contrato*, sendo certo que uma grande parte dos estados-membros não a tinha transposto⁵⁶ e que, por outro lado, “no que diz respeito ao preço, as cláusulas relativas ao preço são com efeito efetivamente submetidas ao controlo previsto pela diretiva, dado que a exclusão se refere unicamente à adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os serviços ou os bens a fornecer em contrapartida, por outro lado. As cláusulas que estipulam o modo de cálculo ou

*as modalidades de modificação do preço estão totalmente sujeitas ao controlo da diretiva. No que diz respeito ao objeto do contrato, a sua exclusão da diretiva não contribui de modo nenhum para a resolução dos casos em que este elemento seja de uma verdadeira importância*⁵⁷;

c) o caráter não vinculativo nem exaustivo da lista anexa com os tipos de cláusulas abusivas, sendo certo que as legislações nacionais geralmente não seguiram a abordagem da diretiva, indo frequentemente mais longe. Assim, alguns países como a Áustria, a Espanha, a Bélgica o Luxemburgo e a Grécia apresentam listas onde as cláusulas são sempre consideradas como abusivas (listas negras); outros preveem listas negras e cinzentas, como Portugal, a Holanda, a Dinamarca e a Itália; e apenas uma minoria, a França, o Reino Unido e a Irlanda, optou por uma lista não vinculativa como a da diretiva. Aliás, a própria obrigatoriedade da transposição da lista, tendo começado por ser considerada essencial pelo Tribunal de Justiça⁵⁸, acabou por ser julgada dispensável em algumas circunstâncias⁵⁹;

Alguns países, como a Suécia e Portugal, deixaram ao consumidor a decisão sobre a manutenção dos contratos

d) o aprofundamento do princípio da transparência, de forma a garantir não só que o consumidor seja capaz de obter, antes da conclusão do contrato, as informações necessárias para que possa decidir com pleno conhecimento de causa⁶⁰, mas também que da violação do princípio da transparência decorram verdadeiras sanções, dado que as cláusulas contratuais que não respeitam os critérios de clareza e de inteligibilidade não são nem afastadas do contrato nem consideradas como abusivas⁶¹;

e) a vantagem, em termos de harmonização, da definição, a nível comunitário, da natureza e do regime dos vícios e suas consequências pela utilização de cláusulas abusivas, que, nas diversas transposições, vão desde a inexistência à nulidade, à anulabilidade, à ineficácia ou à mera inaplicabilidade;

f) a necessidade de estabelecer, de forma clara e sem qualquer ambiguidade, que os juízes têm o poder/dever de apreciar oficiosamente do caráter abusivo de qualquer cláusula de qualquer contrato que lhes seja submetido como causa de pedir em qualquer ação, ou mesmo de contrato acessório com ele relacionado⁶², ainda que esse vício não haja sido invocado por qualquer das partes;

g) conquanto deixado ao critério dos estados-membros, a efetiva exclusividade que foi dada aos sistemas judiciais para definição do caráter

abusivo das cláusulas abusivas revelou as profundas diferenças na forma como as decisões podem ser obtidas nos vários países, nomeadamente as demoras e os elevados custos dos processos judiciais, a não aceitação, em alguns casos, de processos urgentes ou cautelares⁶³, a não definição do efeito “erga omnes” dos casos julgados, que minam a eficácia do sistema como meio de saneamento do mercado, a não regulação dos efeitos acessórios das sentenças, como a obrigação da sua publicitação ou a aplicação de sanções pecuniárias acessórias contra a recusa de supressão de cláusulas abusivas e, principalmente, a inexistência de um quadro harmonizado para ações coletivas a nível europeu, são tudo elementos a exigir uma profunda reflexão quanto aos *aspectos puramente processuais* deste regime e à sua evolução, de um sistema “negativo” de supressão de cláusulas abusivas para um *sistema “positivo”, de natureza administrativa, de negociação individual ou coletiva*, com parâmetros definidos a nível europeu⁶⁴;

h) uma das questões igualmente suscitadas referia-se à definição de *tipos de cláusulas abusivas setoriais*, conforme sugerido em particular pelo CESE ⁶⁵ e de que foi excelente exemplo o estudo encomendado pela Comissão sobre as cláusulas abusivas constantes de certos contratos de seguros⁶⁶;

i) ainda que não de forma expressa nas discussões havidas, uma questão subjacente e a merecer ser dilucidada era a da *limitação do regime das cláusulas abusivas apenas aos contratos com os consumidores*, sendo certo que em alguns estados-membros o regime existente se aplica a quaisquer contratos em geral, mesmo aos celebrados entre os profissionais⁶⁷.

4. A proposta “Direitos dos Consumidores” e a alteração e revogação da Diretiva 93/13/CEE

Foi com surpresa, senão mesmo com estupefação, que se tomou conhecimento de que um dos objetivos da referida Proposta da Comissão sobre os “Direitos dos Consumidores” era a revogação da Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, e a sua substituição por um novo regime, constante fundamentalmente dos artigos 30º a 39º da Proposta.

Noutros locais e em artigos gentilmente publicados na Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC) e na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo⁶⁸, já se teve a oportunidade de analisar o teor e as consequências das propostas de alteração avançadas pela Comissão relativamente a esta matéria, quer em geral no âmbito do direito comunitário, quer em particular

em relação ao direito pátrio⁶⁹ e ao direito francês⁷⁰. Não se retomará o que aí se disse e se escreveu em pormenor, mas apenas se quer recordar as conclusões desses estudos:

a) *Ao contrário do que seria desejável e expectável – que uma revisão da diretiva 93/13/CEE contribuisse para um aperfeiçoamento do direito e para uma melhoria da proteção dos consumidores – tal não foi o que sucedeu com a presente proposta da Comissão;*

b) Desde logo, porque *parte de alguns princípios errados quanto aos motivos e às razões para a revisão do atual clausulado*, designadamente a necessidade de substituir o regime da harmonização mínima por um regime de harmonização total;

c) Depois, porque *não levou na mínima conta tudo quanto académicos e práticos do direito, juízes e advogados, profissionais e consumidores, administrações públicas centrais e locais, ao longo de tantos anos e em tantos momentos, haviam discutido e posto em comum em reflexões aprofundadas e baseadas em experiências práticas na aplicação da diretiva;*

d) Nomeadamente, a proposta parece ter feito *tábua rasa daquilo que a própria Comissão já tinha alcançado* nos laboriosos estudos que precederam os memoráveis encontros de Bruxelas em Julho de 1999 sobre “A avaliação da Diretiva 5 anos depois” e as suas perspectivas para o futuro;

e) Genericamente, a proposta, *ao optar pelo critério da harmonização total, sem permitir adotar ou manter, no direito interno dos estados-membros, níveis de proteção mais elevados, implicaria que, sempre que determinadas disposições tivessem dado lugar a transposições mais favoráveis aos consumidores, o nível da proteção fosse obrigatoriamente rebaixado ao patamar consagrado na proposta;*

f) Concretamente, algumas alterações introduzidas na proposta conduzem a uma *efetiva diminuição do nível de proteção dos consumidores*, como é o caso:

I – da definição da *finalidade da diretiva*, (artigo 1º) em que avulta, como objetivo primeiro, “o bom funcionamento do mercado interno”, e só secundária e acessoriamente “um elevado nível de proteção dos consumidores”;

II – da *noção de consumidor*, mais restrita do que a constante do da Diretiva 93/13/CE, na medida em que, à exclusão da “atividade profissional”, acrescenta agora as atividades “comercial, industrial e artesanal”;

III – da *noção de profissional*, agora substituída, em algumas versões linguísticas, pelo conceito de “comerciante”, cuja utilização não é constante no direito comunitário, nem o seu significado idêntico nos diversos direitos nacionais;

IV – do âmbito de aplicação, com a introdução de uma importante restrição em detrimento dos consumidores, na medida em que a presente proposta cobre exclusivamente as cláusulas que figuram nos contratos escritos (pré-redigidas, segundo os termos do n. 1 do art. 30º);

V – da proibição de os estados-membros imponham quaisquer requisitos de apresentação dos *clausulados* das condições gerais dos contratos;

a) No seu conjunto *as listas negra e cinzenta são mais limitadas no grau de proteção* do que a lista indicativa da Diretiva vigente; apenas 9 cláusulas das listas da proposta mantêm uma redação similar à da Diretiva;

b) Acresce que, no que se refere à *natureza das listas* (artigos 34º e 35º), não sofre dúvidas que se trata agora de listas *vinculativas nos seus precisos termos e exaustivas*; ou seja, só podem ser consideradas abusivas *em qualquer circunstância (lista negra)* as cláusulas constantes da lista do *anexo II*; identicamente, a lista de cláusulas do *anexo III* que se *presumem abusivas*, salvo se o comerciante tiver provado que são “justas” de acordo com os princípios gerais do artigo 32º, também é *taxativa*;

c) Significa isto, desde logo, que os estados-membros são *obrigados a transpor as referidas listas nos seu precisos termos*, não podendo modificar a sua redação nem aditar quaisquer outros tipos de cláusulas a tais listas; mas significa também que *deixam de ser consideradas abusivas mesmo as cláusulas típicas constantes de listas negras, nas legislações dos vários países*;

d) E implica também que os estados-membros que tenham consagrado *listas cinzentas* de cláusulas tipo que poderiam ser consideradas abusivas “consoante o quadro negocial padronizado”, serão *obrigados a limitá-las ao constante do anexo III*;

e) Também *o processo encontrado para, no futuro, serem revistas e eventualmente alteradas as listas constantes dos anexos além de ser demasiado rígido, não oferece garantias de uma apreciação e avaliação verdadeiramente objetiva e credível*;

f) Quanto a várias alíneas, fácil é verificar, pela sua comparação, como, de forma geral, *a redação da proposta é menos protetora do que da atual Diretiva*;

g) Mais significativo do nível diminuído da proteção dos consumidores é também o fato de *alguns tipos importantes* de cláusulas constantes da lista da Diretiva *não aparecerem em nenhuma das listas dos Anexos da Proposta*;

h) No que se refere aos *critérios de inclusão e de definição da natureza* das cláusulas abusivas nas duas listas,

I – pelo menos as cláusulas constantes das *alíneas a), b), d) e h) da lista do Anexo III* deveriam ser consideradas como absolutamente proibidas e

constar da lista negra do Anexo II – na medida em que respeitam à *clara violação de princípios imperativos do direito dos contratos*, como sejam “a exceção de não cumprimento”, o “direito de retenção” ou o “direito de compensação”;

II – mas ainda a doutrina comum dos autores e a lição da jurisprudência dos tribunais levam a considerar que vários outros tipos de cláusulas deveriam constar das listas anexas à proposta;

i) A limitação do alcance e do teor das listas da proposta teria, vários efeitos prejudiciais, que importa referir.

I – Desde logo, *levaria ao absurdo*, no caso de países como Portugal, onde o regime das cláusulas abusivas se aplica também a relações entre comerciantes, e sendo certo que a proposta se refere apenas às relações entre comerciantes e consumidores, *da existência simultânea de dois regimes diversos, sendo que o relativo aos consumidores seria menos protetor do que o relativo simplesmente aos comerciantes.*

As cláusulas
abusivas “não
vinculam o
consumidor”

II – Por outro lado, a publicação das novas listas teria como efeito imediato, ao nível da interpretação da lei, de se considerar que *todos os tipos de cláusulas suprimidos das listas teriam deixado de ser abusivas e passado a ser permitidas.*

III – Ainda que se dissesse que a *interpretação da noção geral de cláusula abusiva* deveria conduzir a que aqueles tipos de cláusulas (com exceção das do anexo II) deveriam ser consideradas igualmente abusivas, isso ficaria sempre *dependente de uma decisão judicial, sujeita ao caráter aleatório de todas as decisões judiciais e sem qualquer garantia de uniformidade de jurisprudência, obrigando ao recurso constante ao Tribunal de Justiça para interpretação conforme com o direito comunitário, ele em si mesmo também aleatório.*

j) Em contrapartida, vários aspectos que deveriam ter sido objeto de modificação baseada na experiência destes anos de vigência e de aplicação das leis nacionais de transposição permaneceram inexplicavelmente inalterados, não melhorando o nível de proteção dos consumidores.

k) Finalmente não pode deixar de se estranhar que aspectos reconhecidamente em falta na regulamentação comunitária atual não tivessem sido considerados nesta nova proposta.

Por todas estas razões a *conclusão final* que então se retirou foi a da necessidade desta proposta de alteração da Diretiva 93/13/CEE ser pura e

simplesmente retirada e inteiramente reformulada, como recordar ainda as posições de generalizado repúdio das principais organizações representativas dos consumidores e de organismos oficiais da EU, com destaque para a posição do CESE.

Com efeito, logo que a proposta da Comissão foi conhecida não se fizeram esperar as reações dos principais interessados, profissionais e consumidores, sendo no entanto certo que a referida proposta não recebeu o mesmo acolhimento por parte dos vários atores da sociedade civil organizada.

As associações empresariais apoiaram a proposta por considerar que ela contribuiria para um melhor funcionamento do mercado interno e que poderia melhorar a sua competitividade, atenuando as reticências em relação às transações transfronteiras, ao mesmo tempo em que reduziria os custos administrativos e os encargos que os comerciantes têm que suportar para se conformarem às novas regras.

Já *as organizações de consumidores* consideraram que a proposta colidia com direitos adquiridos, que fazem parte do acervo comunitário, pelo que qualquer redução de direitos dos consumidores seria inadmissível. Em geral, consideraram que a proposta levaria a uma redução dos direitos dos consumidores, na medida em que a harmonização total, em que ela se baseava, era excessiva e desproporcionada para os fins que pretendia perseguir, além de constituir um obstáculo a futuros desenvolvimentos.

Em especial o BEUC, Bureau Européen des Unions des Consommateurs, mostrou-se particularmente crítico e apreensivo com o teor da proposta, denunciando publicamente os graves erros de que enfermava e os perigos que comportava, em várias ocasiões⁷¹, e substanciando a sua posição em extenso e importante documento de março de 2009⁷².

Também, de um modo geral, o meio académico não acolheu com favor esta proposta. Sem qualquer pretensão de ser exaustivo, citam-se algumas das tomadas de posição mais esclarecedoras.

Desde logo a do Prof. Gilles PAISANT, da Universidade de Savoie e reitor honorário da Faculdade de Direito e de Economia de Chambéry⁷³, o qual, depois de uma criteriosa análise crítica da proposta, sustenta:

“Ao optar por uma harmonização total cobrindo quer as trocas nacionais quer transfronteiras, a Comissão assume o risco, em nome do mercado interno e da outorga de um ‘nível elevado’ de proteção, de fazer recuar duradouramente em vários aspectos os direitos dos consumidores nacionais numa época em que a crise que alastra num mundo tornado global os fragiliza ainda mais.”

Identicamente se pronunciaram com sérias reservas em relação à proposta, entre outros, o Prof. Hans-W. MICKLITZ, do European University Institute, com um texto intitulado “*The Commission Proposal – the beginning of the end of an era?*”; Carole AUBERT DE VINCELLES, com um texto apresentado numa audição no Parlamento Europeu⁷⁴ e um artigo intitulado “*Proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits de consommateurs: Naissance d’un droit commun communautaire de la consommation*”⁷⁵.

Recordam-se finalmente as intervenções dos Profs. M. Javier LETE ACHIRICA⁷⁶, da Universidade de Compostela, Hélène DAVO, da Universidade de Montpellier, Simon WHITTAKER, da Universidade de Oxford, Gabor HAMZA, da Universidade de Budapeste, na Conferência realizada em Paris a 5 de dezembro de 2008, conceituados professores de direito civil e de direito do consumo da atualidade, que foram unânimes em considerar a proposta inaceitável.

Ao nível dos organismos oficiais consultivos da Comissão, importa destacar o *Parecer do ECCG* (European Consumer Consultative Group), adotado a 7 de setembro de 2007, de que foi relator Bob Schmitz. Pronunciando-se claramente contra a adoção do princípio da harmonização total, o referido parecer condensa as suas principais críticas nos seguintes aspectos:

- a proposta não oferece um alto nível de proteção dos consumidores, antes impõe aos estados-membros que reduzam nível de proteção já estabelecidos, em alguns casos para níveis abaixo dos que são garantidos pelas atuais diretivas, privando-os da possibilidade de os elevarem no futuro;
- apenas inclui alguns melhoramentos louváveis como o período comum de retratação de 14 dias e o regime para a transferência dos riscos;
- falha na introdução prometida de clarificação e de coerência do “acquis” e não apenas por se ter limitado somente a quatro diretivas;
- não é clara numa série de questões-chave como a da relação com a lei geral dos contratos a nível nacional e outras regulamentações relevante da UE;
- não responde adequadamente aos desafios dos mercados modernos e das novas tecnologias e ao contrário pode conduzir a uma retração dos desenvolvimentos nacionais para fazer face a estas preocupações – especialmente as que se referem ao conteúdo digital.

Por fim, das conclusões do *Parecer do CESE*⁷⁷ cumpre destacar a recomendação à Comissão no sentido de

- suprimir os parágrafos da proposta de diretiva referentes às cláusulas abusivas e às vendas e garantias de bens por abordarem aspectos que, no estado

atual do direito comunitário, não podem ser abrangidos pela harmonização plena; e

– restringir alguns aspectos da harmonização plena às vendas fora de estabelecimentos comerciais e as vendas à distância, porque são as áreas que mais afetam o comércio transfronteiriço⁷⁸.

Também o *Comité das Regiões* emitiu o seu parecer sobre a proposta, em 22 de abril de 2009⁷⁹, e de cujas conclusões se ressalta:

– a consideração de que a proposta de diretiva ainda não é adequada para aumentar a confiança dos consumidores nas transações transfronteiras;

– a oposição ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os estados-membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores; e

– o desejo de que continue a ser dada aos estados-membros a possibilidade de irem além das normas comuns estabelecidas ao nível comunitário⁸⁰.

5. A recente evolução da proposta relativa à alteração da Diretiva 1993/13/CE

Foi neste quadro de controvérsia generalizada e de acentuada contestação por parte do setor mais representativo das organizações representativas dos consumidores que a proposta iniciou a via-sacra das negociações tripartidas Conselho-Comissão-Parlamento, no âmbito do processo de codecisão.

5.1. As posições dos estados-membros ao nível do Conselho

Com o seu habitual secretismo, não é fácil aceder às posições que os estados-membros, isoladamente ou no âmbito do Conselho, tomaram relativamente a este assunto.

Ao que se sabe publicamente, pelos respectivos comunicados de imprensa, a questão foi inicialmente levada a pelo menos dois Conselhos de Ministros “Competitividade”, em dezembro de 2009 e maio de 2010⁸¹.

No primeiro comunicado de imprensa⁸² pode ler-se:

“Na sessão pública, o Conselho efetuou um debate político sobre um projecto de diretiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro diretivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

Os resultados do debate proporcionaram uma orientação e uma base sólida para a prossecução dos trabalhos nos próximos meses.

No final do debate, a Presidência resumiu-o nos seguintes termos:

'Intervenções centradas em importantes desafios que se perfilam, incluindo:

- os consumidores e a situação dos cidadãos no mercado interno;*
- o desenvolvimento técnico e o comércio electrónico, que é por natureza, sem fronteiras;*
- a dimensão transfronteiras entre regiões, entre países vizinhos e no interior do mercado interno no seu todo; e*
- a necessidade de um equilíbrio entre os direitos dos consumidores e as obrigações dos comerciantes.*

Apesar de os pontos de partida dos Estados-Membros serem por vezes divergentes, constatamos uma necessidade de mais regras comuns, a fim de se alcançar uma política dos consumidores moderna e clara, que ofereça segurança jurídica. A Presidência Sueca tomará em linha de conta as opiniões expressas pelas delegações quando ultimar a versão revista do projeto de diretiva.

Existe um largo apoio a definições amplas de contrato à distância e de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, a fim de garantir que os consumidores possam dispor de informação específica e tenham o direito de retratação em mais casos do que atualmente.

Uma série de delegações exprimiu o seu apoio à existência de regras comuns sobre o direito de retratação e uma grande maioria das delegações advogou um direito de retratação dos consumidores de catorze dias tanto para os contratos à distância, como para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Quanto às regras aplicáveis à entrega e aos produtos defeituosos, vários participantes evocaram algumas preocupações, demonstrando simultaneamente a sua vontade de abrir caminho a soluções.

Um elevado número de Estados-Membros considera que existem áreas específicas que não deverão ser cobertas por certas partes da diretiva, ou pela diretiva na sua totalidade, como sejam os contratos sobre bens imóveis ou relativos a serviços financeiros.”

As anteriores negociações revelaram que se considera necessário clarificar o texto da proposta da Comissão (14183/08), a fim de refletir corretamente certos elementos essenciais, como o âmbito de aplicação da futura diretiva, a coerência com outra legislação comunitária e a interação com o direito geral dos contratos dos Estados-Membros.

A proposta cobre o direito à informação e de retratação na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas. O objetivo

é enquadrar os direitos do consumidor que adquire bens e serviços por um conjunto de regras atualizado, claro e mais uniforme, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores.

A proposta, que exige a codecisão com o Parlamento Europeu, foi apresentada em Outubro de 2008 na sequência da revisão do acervo no domínio da proteção dos consumidores lançada em 2004.”

No segundo comunicado de imprensa⁸³ refere-se apenas:

“Na sessão pública, o Conselho efetuou um debate político sobre um projeto de diretiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro diretivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

O resultado deste segundo debate ministerial, após o de 3 de Dezembro de 2009, dá orientações e constitui uma base sólida para continuar os trabalhos, enquanto se aguarda o parecer do Parlamento Europeu.

O debate foi estruturado com base num questionário preparado pela Presidência (9480/10).

Os ministros analisaram os principais aspectos políticos da proposta, nomeadamente no que diz respeito ao máximo de harmonização como princípio geral em que assenta a diretiva e ao nível de harmonização da informação destinados aos consumidores, ao direito de resolução e às garantias (abrangidas pelos capítulos II a IV da proposta) relativos aos contratos celebrados à distância (incluindo contratos celebrados fora do estabelecimento comercial) e aos contratos celebrados na presença dos contratantes.

Todas as delegações subscreveram o objetivo de um conjunto de regras atualizado, claro e mais uniforme relativo aos direitos dos consumidores que adquirem bens e serviços, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores.

A proposta da Comissão (14183/08) cobre o direito à informação e à resolução na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas.”

Em alguns estados-membros foram publicitadas tomadas de posição oficiais de órgãos de soberania sobre o assunto.

Lugar de destaque merece o Senado Francês que, na sua reunião de 31 de março de 2009 e no seguimento de discussões com a Comissão⁸⁴, por proposta do Senador Hubert HAENEL tomou a seguinte resolução:

“Constata que a Comissão europeia privilegia, nesta proposta, uma aproximação de harmonização completa do direito dos contratos de consumo que interditaria aos Estados-membros afastarem-se das disposições comunitárias;

Julga que o conjunto das disposições legislativas francesas garante aos consumidores franceses uma proteção eficaz que não deve ser diminuída sob o pretexto de melhorar o mercado interno de retalho e de aumentar as facilidades oferecidas às empresas que efetuam o comércio transfronteiras;

Pede ao Governo que se oponha a qualquer medida que se traduziria num recuo da proteção do consumidor francês.”⁸⁵

Por fim, e fruto já das negociações entretanto havidas com o PE e a Comissão, de que se dá conta abaixo, e conforme importante documento de trabalho preparado pelo respectivo Secretariado-Geral⁸⁶ o Conselho, a 24 de janeiro de 2011, durante a Presidência Belga, reviu a sua posição e adotou uma orientação geral que se pode resumir da seguinte forma:

– harmonização plena apenas das disposições relativas à informação dos consumidores e ao direito de retratação nos contratos de vendas à distancia e fora dos estabelecimentos entre profissionais e consumidores;

– possibilidade de os profissionais proporem aos consumidores regimes contratuais mais favoráveis;

– o novo regime substituirá exclusivamente as diretivas 85/ 577/CEE relativa aos contratos negociados fora dos estabelecimentos e 97/7/CE relativa aos contratos à distância, *não incluindo, pois a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas*⁸⁷.

5.2. Uma nova Comissária Europeia para a justiça, as liberdades e os direitos fundamentais

Entretanto, a Comissão iniciou um novo mandato e, com ele, a substituição de vários Comissários entre os quais a da Comissária Kuneva, responsável pelos consumidores, pelo Sr. Dali especificamente para as questões consumidores e a Sra. Viviane Reding, com todos os aspectos relacionados com a justiça, as liberdades e os direitos fundamentais, entre os quais foram incluídos os direitos dos consumidores e, conseqüentemente, a proposta de diretiva em causa.

Com efeito, desde a sua tomada de posse⁸⁸, a nova Comissária, Viviane Reding, anunciara uma aproximação diferente e mais consentânea com a opinião generalizada dos consumidores, dos académicos e de vários estados-membros.

No Dia do Consumidor Europeu, em 15 de março de 2010, em sessão pública organizada pelo CESE, a Comissária afirmou mesmo, com clareza,

que a harmonização total “já não era uma opção”⁸⁹ e logo no dia seguinte, numa sessão da Comissão IMCO do Parlamento Europeu, a instâncias da deputada Evelyne GEBHARDT (S&D/DE) mostrou-se até disposta, em caso de consenso nesse sentido entre o PE e o Conselho, a propor um novo texto sem o famoso artigo 4º que impõe a “harmonização total”.

Mostrou-se ainda receptiva à ideia de uma harmonização focalizada (“ciblée”), distinguindo as transações diretas das transações à distância, onde deveria prevalecer a máxima harmonização⁹⁰.

Estavam, assim, criadas as condições para que a discussão no Parlamento Europeu, a quem caberia a palavra decisiva, no processo de codecisão, pudesse conduzir a um desfecho mais consentâneo com as posições defendidas pelos consumidores e exigidas por uma correta interpretação do direito comunitário do consumo.

5.3. No Parlamento Europeu

No entanto, a discussão foi longe de ser pacífica, revelando-se mesmo tortuosa e não isenta de avanços e recuos⁹¹.

Após as eleições europeias o novo Relator nomeado quanto ao fundo, Andreas SCHWAB (PPE/DE), da Comissão do mercado interno e da proteção dos consumidores, apresentou um primeiro documento de trabalho a 3 de março de 2010⁹² no qual apontava já para que “a aproximação da harmonização completa proposta pela Comissão europeia, não é de fato aplicável no estádio atual” e mostrava-se antes favorável a uma “aproximação máxima e focalizada em alguns aspectos específicos de certos contratos, mantendo um nível de proteção elevado dos consumidores”⁹³.

Aliás, duas audições públicas organizadas pela Comissão IMCO com os principais “stakeholders”⁹⁴ e outras tantas com os parlamentos nacionais⁹⁵ haviam claramente demonstrado que existia um sentimento generalizado de recusa de uma harmonização total e indiscriminada em relação aos direitos dos consumidores, tal como proposto pela Comissão.

Neste seu texto exploratório, o Relator procedeu a um exame preliminar dos vários capítulos da proposta, concluindo que uma harmonização focalizada exigiria ainda muito trabalho suplementar para se chegar à identificação caso a caso das regras susceptíveis de ser harmonizadas, sendo ainda “essencial garantir um nível de coerência adequado entre a proposta, o quadro comum de referência e o ‘acquis’ comunitário restante”.

Foi o resultado desse trabalho em profundidade, embora limitado ainda aos capítulos I a III da proposta, que o Relator apresentou em 31 de maio de

2010⁹⁶, onde procedeu a uma detalhada revisão e reformulação dos primeiros 20 artigos da proposta e do seu Anexo I.

Comentando o seu texto, o Relator declarou publicamente que tinha “modificado completamente a proposta original da Comissão”, porque, para ele, “no estágio atual, a harmonização máxima dos direitos dos consumidores em todos os domínios e para todos os tipos de contratos simplesmente não é possível”.

Divergências importantes mantinham-se no entanto ainda nos Pareceres das Comissões ECON e IURI, que já sugeriam várias emendas de sentido contrário.

Este assunto foi levado à reunião da Comissão IMCO de 11 de outubro de 2010 onde foi apresentado um novo texto completo de proposta de resolução⁹⁷, que contava já 212 propostas de emenda.

A primeira leitura teve lugar na sessão plenária de 22 de novembro de 2010, onde foram apresentadas nada menos do que 1.595 emendas, de sentidos diversos e não convergentes.

Para além da questão de fundo sobre a harmonização total e o conteúdo mesmo da futura diretiva, o seu âmbito de aplicação também era objeto de polémica, nomeadamente a inclusão ou não da revisão e revogação da diretiva relativas às cláusulas abusivas. Enquanto a Comissão ECON se mostrava hesitante na sua inclusão⁹⁸, a Comissão JURI defendeu até ao fim que a sua revisão se devia operar no seio desta diretiva, embora não a sujeitando ao regime da harmonização total e sugerindo antes uma aproximação ao regime opcional previsto para os contratos de consumo em geral⁹⁹.

Foi neste contexto que o Relator iniciou o processo de codecisão, tendo conseguido apresentar um segundo documento em 22 de fevereiro de 2011, que prefigurava já a orientação final entretanto delineada também ao nível da Comissão e do Conselho¹⁰⁰.

Neste Relatório era claramente assumida “uma modificação do domínio de aplicação” da diretiva, concentrando-se exclusivamente nas vendas fora dos estabelecimentos e das vendas à distância, e *deixando cair as cláusulas abusivas e as garantias contratuais, para além de ser reassumido o princípio da harmonização mínima e de ser definido em termos limitados a aplicação de uma “harmonização completa direccionada”*¹⁰¹.

O texto da resolução aprovado pelo PE em 24 de março de 2011, com 213 alterações à proposta da Comissão¹⁰², abriu a porta ao acordo final com o Conselho.

A diretiva não se fica, no entanto, pela fiscalização repressiva da utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados

Foi esse acordo que acabou por ser conseguido na sessão do PE de 23 de junho de 2011¹⁰³, com a apresentação de um texto consolidado do que seria a futura diretiva, que *confirmava a exclusão em definitivo da revisão e revogação da Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores*.

Ou seja, cerca de cinco anos após a apresentação da proposta inicial da Comissão, e no seguimento de uma verdadeira batalha campal em várias frentes, foi possível levar o legislador a reconhecer o erro crasso de pretender tudo regular numa única diretiva que consagrava o princípio da harmonização completa ou total e fazia tábua rasa dos mais elementares princípios de direito dos contratos comuns aos países membros e consagrados no acervo comunitário.

Foi assim sem surpresas que se assistiu à publicação da Diretiva 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011¹⁰⁴, *a chamada diretiva “direitos dos consumidores”*, a qual deveria ter sido transposta em todos os estados-membros até 13 de dezembro de 2013¹⁰⁵.

Voltávamos pois à estaca zero, mas com uma experiência adquirida no sentido da atenção e da vigilância que todos os representantes dos consumidores devem ter sempre em relação às iniciativas comunitárias que, de um modo insidioso, podem pôr em causa a defesa dos direitos dos consumidores, mesmo daqueles que se julgavam adquiridos e inatacáveis.

Seria, assim, tempo de pensar serenamente na revisão e no aperfeiçoamento da diretiva 93/13/CEE, em termos consentâneos com as práticas nacionais e de acordo com a evolução entretanto verificada nas práticas e técnicas do comércio e nas relações entre profissionais e consumidores em toda a Europa, *não fora a publicação da nova iniciativa da Comissão sobre o direito europeu dos contratos* (mais propriamente da lei do contrato europeu de compra e venda).

6. A proposta de regulamento da comissão sobre a lei europeia para o contrato de compra e venda

6.1. Remissão

A 11 de novembro de 2011, e depois de um larguíssimo período de consultas e de discussões com interessados da sociedade civil e académicos e no seguimento de vários textos preparatórios¹⁰⁶, a Comissão apresentou a sua *proposta de regulamento “relativo a um direito europeu comum da compra e venda”*¹⁰⁷, onde a questão das cláusulas contratuais abusivas volta a ser

reequacionada, lançando novamente discussão e a confusão, na medida em que pretende fazer entrar pela janela o que não conseguira fazer entrar pela porta.

A questão de fundo tem uma larga história e prende-se com uma das mais antigas e espinhosas aspirações dos académicos ao nível do direito europeu – a ideia da uniformização do direito civil em toda a Europa, do tipo “Código de Napoleão” dos tempos modernos, com a criação de um Código Civil Europeu ou, pelo menos, a tentativa de harmonização do direito das obrigações em geral e dos contratos em particular, uniforme e comum a todos os estados-membros da UE de que se deu larga e pormenorizada conta em artigo publicado na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, para o qual se remete¹⁰⁸.

De reter apenas que do texto da proposta de lei-quadro optativa para o contrato europeu de compra e venda constam duas partes que diretamente se relacionam com o tema do regime das cláusulas contratuais abusivas e que merecem, por isso, uma enunciação detalhada.

São em especial as partes relativas a

– «Avaliação do conteúdo do contrato», que estabelece normas gerais sobre a interpretação das cláusulas contratuais em caso de dúvida. Contém também normas sobre o conteúdo e os efeitos dos contratos, bem como sobre as cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas e, consequentemente, inválidas (*Parte III*) e

– «Restituição», que enuncia as normas aplicáveis sobre o que deve ser restituído na sequência da anulação ou da resolução do contrato (*Parte VII*).

6.2. As cláusulas abusivas na nova proposta de regulamento sobre o direito europeu comum da compra e venda

Nos arts. 58 a 86 e 172 a 177 do mencionado Anexo ao Regulamento que aprova este modelo opcional de lei de enquadramento do contrato europeu de compra e venda, a Comissão retoma a questão das cláusulas contratuais gerais e do seu caráter abusivo e das suas consequências.

Pela sua importância transcrevem-se em nota as disposições a elas consagradas na proposta da Comissão¹⁰⁹.

Na sua exposição de motivos a Comissão não deu qualquer explicação específica para as propostas que enuncia nesta matéria e que justifiquem as opções legislativas tomadas.

6.3. A leitura do Parlamento Europeu

Coube em primeira linha ao Parlamento Europeu e aos seus Relatores da Comissão dos Assuntos Jurídicos Klaus-Heiner Lehne e Luigi Berlinguer e Correlatores de parecer Evelyne Gebhardt e Hans-Peter Mayer, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, tomar e defender uma posição crítica relativamente a estas propostas e que substanciaram nas propostas de alteração que igualmente se transcrevem em nota de rodapé, pela sua importância¹¹⁰.

Na sua exposição de motivos os Relatores e Correlatores do Parlamento Europeu, nesta matéria específica, justificam de um modo geral as alterações propostas com base numa melhor definição do conceito fundamental da boa-fé.

É o seguinte o teor do seu texto justificativo:

5. Boa-fé contratual

Os relatores consideram que o princípio da boa-fé contratual constitui um instrumento importante para encontrar soluções equitativas caso a caso. Porém, examinaram cuidadosamente as preocupações suscitadas, incluindo, de forma não exclusiva, a perspectiva do direito consuetudinário, em que este princípio não é conhecido. Propõem, portanto, alterações e clarificações da definição (ver alteração ao artigo 2º-B) e à expressão do princípio geral enquanto tal (ver alteração ao artigo 2º do Anexo). A definição inicialmente proposta foi interpretada no sentido de evitar que as partes entrem em negociações aguerridas, o que suscita preocupações, nomeadamente no caso dos contratos B2B. A fim de clarificar que tal não é intenção, a redação proposta estipula que nenhuma das partes deve abusar dos seus direitos, o que deve estar no espírito da “boa-fé contratual”. A alteração também é relevante para o artigo 86º sobre cláusulas contratuais abusivas em contratos entre empresas e deverá mitigar a preocupação de que as partes não possam seguir os seus próprios interesses ao negociarem. Além disso, os relatores consideram que o princípio da boa-fé contratual no contexto do DECV deve limitar-se a ter uma função de “escudo” de proteção desse princípio, isto é, impedindo uma parte em falta de exercer ou alegar um direito, recurso ou meio de defesa, devendo a função de “espada”, ou seja, o direito a indenização, ser suprimida.

A propósito de cada uma das alterações propostas são evidentes outras motivações mais detalhadas, que constam das diversas propostas de alteração transcritas na nota de rodapé e que importará ter em consideração numa análise detalhada se a proposta da Comissão nesta matéria vier a vingar, o que, no estádio atual, se afigura bastante improvável, dadas as posições de vários estados-membros em relação ao conjunto da referida proposta.

6.4. A posição do CESE

No seu parecer, já citado antes¹¹¹, sobre esta proposta de regulamento, o CESE salientou, ainda que de forma sintética, em especial os seguintes aspectos, a merecer também adequada reflexão, na devida oportunidade:

– artigo 79º, n. 1 (a natureza do vício que conduz ao efeito «não vinculativo» não é definida),

– artigo 79º, n. 2 (a diretiva não estabelece a distinção entre elementos essenciais e não essenciais de um contrato),

– artigo 82º [a diretiva é omissa quanto às regras relativas à comunicação de cláusulas, às obrigações de informação e às regras que devem ser automaticamente excluídas dos contratos independentemente do seu conteúdo, pelo fato de serem contra as regras de «bona fidei» (boa-fé)],

– artigo 84º (a lista «negra» das cláusulas abusivas é demasiado curta e não está em conformidade com a legislação nacional mais avançada),

– artigo 85º [o mesmo é válido para a lista de cláusulas consideradas abusivas (a chamada «lista cinzenta»)],

– artigo 99º, n. 3 (disposição completamente inaceitável).

Um aspecto particular de enorme relevância para uma eficaz aplicação do novo regime mereceu uma particular atenção do CESE e uma viva recomendação. Trata-se da imprescindibilidade de fazer acompanhar a publicação do regulamento de um modelo europeu de cláusulas contratuais que:

– esteja disponível em simultâneo com a publicação e a entrada em vigor do novo regime do direito europeu comum da compra e venda,

– seja especializado em determinados domínios de comércio ou setores de atividade,

– preveja cláusulas e condições normalizadas abrangentes, que valorizem o acervo, a fim de assegurar um elevado nível de defesa do consumidor nos contratos celebrados entre empresas e consumidores e a liberdade contratual nos contratos celebrados entre empresas, bem como a aplicação plena do «Small Business Act»;

– esteja disponível em todas as línguas oficiais,

– seja monitorizado e analisado regularmente com o intuito de melhorar o seu conteúdo, com base nas boas práticas, bem como na doutrina e prática judiciais.

Na elaboração deste modelo europeu de contrato de compra e venda, ao CESE afigurava-se indispensável a participação e cooperação das organizações de PME e de consumidores, bem como dos restantes stakeholders em geral.

7. Conclusão

De tudo o que se deixou enunciado resulta que a regulação comunitária das cláusulas contratuais abusivas se continua a reger pela Diretiva 93/13/CEE e pelas normas nacionais que a transpuseram, e figuram no Anexo.

As tentativas, aliás desastradas e malconcebidas, para alterar fora do quadro normal da sua revisão, que se impõe, foram malsucedidas e felizmente não procederam.

Mas, quer no quadro, improvável, da adoção do regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda, quer no de uma futura revisão “normal” da referida Diretiva, a orientação atual da Comissão não é de molde a assegurar um progresso no sentido de uma melhor proteção dos consumidores, antes se inscreve numa tendência generalizada de diminuir os seus direitos.

Daí a necessidade de uma vigilância particular, nesse sentido, por parte dos interessados, antes de mais os consumidores e as associações e organizações representativas dos seus interesses, mas também dos cidadãos em geral e em especial do Parlamento Europeu e do CESE no âmbito dos seus poderes e esferas de ação respectivos.

O Anexo “Instrumentos de Transposição da Directiva nos Estados-Membros, Conforme Informação Colhida no site do EUR-LEX sob a menção 31993l0013” encontra-se à disposição no site www.direitodoconsumo.com.

Notas

¹ In JO L 95 de 21 de abril de 1993, p. 29.

² “Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas na união europeia”, apresentado no Congresso Internacional de Direito do Consumo, no Porto, 25/26 novembro 2011, promovido pela APDC sob a epígrafe “Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas nas bodas de prata da lei”.

³ A primeira referência à necessidade de uma iniciativa comunitária neste domínio consta do Primeiro Programa comunitário para uma política dos consumidores, adotado por Resolução do Conselho de 14.04.1975 (JO C 92 de 24.04.75). Repetida nos sucessivos Programas, é só cerca de 10 anos depois que a Comissão apresenta a sua Comunicação sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (COM (84) 55 final, de 14.02.1984, publicado no Suplemento 1/84 do Boletim das Comunidades Europeias) e lança uma consulta pública relativamente a esta matéria. No entanto, é só a 27 de julho de 1990 que a Comissão apresenta formalmente a sua proposta de diretiva (COM (90) 322 final, in JO C 243 de 28.09.90).

⁴ Resolução (76) 47 adotada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa a 16 de novembro de 1976.

⁵ No seu célebre “*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*” Paris, 1901. A expressão foi consagrada nos países de tradição latina e traduzida nos sistemas

da “common law” por “standard form contracts”. Sobre o regime anglo-saxónico ver, designadamente, “*Unfair Terms in Consumer Agreements*” de Nicholas LOCKET e Manus EGAN, Chancery Law Publishing Ltd, Chichester, 1995 e “*Commercial & Consumer Law*”, Graham STEPHENSON e Peter CLARK, Blakstone Press Ltd., 4ª ed. 1998, cap 5 “Unfair contract terms”, p. 78 e sgs.

⁶ Especificamente sobre a relação entre contratos de adesão e cláusulas abusivas, ver J. GHESTIN e I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “*Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*”, in “*La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*”, L.G.D.J. coll. Bibliothèque de droit privé, tomo 261, 1996, p. 1 e sgs.

⁷ Com a sua célebre lei para a Regulamentação do Regime das Condições Gerais dos Contratos, aprovada pela Dieta Federal a 9 de dezembro de 1976, a chamada AGB-Gesetz. No entanto, as primeiras providências legislativas conhecidas nesta área datam de 1933 na Polónia e do Código Civil Italiano de 1942 (em NEUMAYER “*Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*”, cap. 12, 1999, p. 20, nota 122). Em França, a Lei 78/23, de proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas (a chamada Lei Scrivener), vigente à data da entrada em vigor da diretiva, datava de 10 de janeiro de 1978.

⁸ Eram, à data, apenas nove os estados-membros que já possuíam legislação sobre esta matéria – Reino Unido, França, Alemanha, Holanda, Espanha, Portugal, Irlanda, Dinamarca e Luxemburgo.

⁹ Entre nós, cumpre destacar, entre tantos, “*Cláusulas Contratuais Gerais*”, Profs. Mario Júlio ALMEIDA COSTA e António MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 1991; “*Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*”, Prof. Inocêncio GALVÃO TELLES, in RPDC, n. 2, abril de 1995, p. 7; “*Âmbito de Aplicação da Lei das Condições Gerais dos Contratos*” Prof. Mário FROTA id, p. 22; “*Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*”, Mário Júlio ALMEIDA COSTA, ed. Universidade Católica, Lisboa 1997; “*O Problema do Contrato*”, Joaquim de SOUSA RIBEIRO, Almedina, Coimbra, 1999; “*Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*”, Prof. Almeno DE SÁ, Almedina, Coimbra, 1ª ed 1999, 2ª ed. 2001; do Prof. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA merecem citação o ponto 27 do seu livro “*Os direitos dos consumidores*”, Almedina, Coimbra 1982, p. 95 e sgs., anterior ao Decreto Lei 465/85, o n. 8 do seu tomo “*Contratos I*”, Almedina Coimbra 2000, p. 113 e sgs e o n. IV do nº 9 do seu mais recente livro “*Direito do Consumo*”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 125 e sgs., pelo que revela de evolução do seu pensamento nesta matéria. O ora autor também opinou sobre este tema em artigo publicado na RPDC, n. 13, de março de 1998, p. 20 e sgs., sob o título “As condições gerais dos contratos”.

¹⁰ Um grande evento organizado pelo Prof. Mário Frota, na Universidade de Coimbra, em maio de 1988, com um número verdadeiramente recorde de cerca de 700 participantes, marcou uma etapa decisiva na elaboração conceptual da teoria das cláusulas contratuais gerais – tratou-se do 1º Congresso Europeu sob o lema “Condições Gerais dos Contratos”, onde participaram, para além dos representantes dos interesses dos profissionais e dos consumidores, de entidades oficiais e de numerosos docentes universitários, alguns dos mais reputados e eminentes académicos e juristas europeus à altura, de que se destacam os Profs. Ewoud HONDIUS, do Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, da Holanda, Zentaro ZITAGAWA, da Universidade de Kyoto, Japão, Geoffrey WOODROFFE, da Universidade Brunel, Londres, W.C.H. ERVINE da Universidade de Dundee, Escócia, Ulf BERNITZ da Universidade de Estocolmo, Suecia, Wolfgang SCHUMACHER, da Universidade de Salzburg, Austria, Hans MICKLITZ, da Alemanha, Thierry BOURGOIGNIE, da Universidade de Louvain-la-Neuve, Bélgica, Jean CALAIS-AULOY, da França, Guido ALPA, de Itália, Gabriela SHALEV, de

Israel, Manuel-Angel LOPEZ SANCHEZ, de Espanha, Françoise LEBEAU do Quebec, Canadá, e onde o ora Autor, ao tempo parlamentar europeu e membro da Comissão Jurídica do PE, teve oportunidade de dar conta da posição do Parlamento Europeu sobre a proposta de diretiva (ver a compilação de uma parte significativa das intervenções no Suplemento de 1998 da *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* – RPDC).

¹¹ Anterior artigo 100 do Tratado de Roma.

¹² Sobre o que foi a génese conturbada desta diretiva, ver, do autor, o artigo publicado na RPDC nº 13 de março de 1998, p. 20 e sgs., sob o título *“As condições gerais dos contratos”*.

¹³ Resolução do PE de 21 de fevereiro de 1986, em cuja elaboração o autor teve ocasião de participar diretamente como membro que era, à altura, da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu, presidida por essa eminente figura de jurista e humanista que era a francesa Sra. VAYSSADE e cujo Relatório foi da autoria de um grande jurista alemão, Geoffrey HOON (Doc. A 2-194/85 de 13 de janeiro de 1986, PE 100.931/fin).

¹⁴ Parecer CES 568/91 (AMB/289C) de 24 de abril de 1991 – Relator G. HILKENS.

¹⁵ A Espanha, designadamente, apenas transpôs a diretiva em maio de 1998, ou seja, cerca de 4 anos após o termo do prazo.

¹⁶ De que a Comissão deu conta no seu Relatório sobre a Aplicação da Diretiva 93/13/CE de 05.05.1993 (COM (2000) 248 final de 27/04/2000); Portugal foi um dos estados-membros objeto de Parecer Fundamentado da Comissão relativo à transposição incorreta da Diretiva 93/13/CEE pelo Decreto-Lei 220/95 de 31 de janeiro (Doc. C (1998) 4204 final de 04.02.1999), no tempo da Comissária Emma BONINO, e que veio a dar origem ao Decreto-Lei 249/99 de 7 de julho. Interessante, pelo seu conteúdo doutrinário, é o “apontamento” que os Profs. Mário Júlio ALMEIDA COSTA, António MENEZES CORDEIRO e José Eduardo TAVARES DE SOUSA, elaboraram, à atenção do Governo, sobre as observações da Comissão Europeia, datado de 5 de junho de 1998, mas que não convenceram a Comissão.

¹⁷ Sobre este tema ver “Unfair terms in consumer contracts regulations 1994” de Brian St. J. COLLINS e “Les Clauses abusives. La loi française conforme à la directive européenne”, de Marie-Odile THIRY-DUARTE, in RPDC nº 4, outubro 1995, p. 281 e sgs. Essa, aliás, a razão da resistência à transposição em vários países, como foi claramente o ocorrido em França, onde, contra o parecer fundamentado da Comissão, foi mantido o âmbito alargado de aplicação do artigo 35 da Lei 78/23, transformado no artigo L 132-1 do Code de la Consommation (Cf. “Droit de la consommation”, Yvan AUGUET, Ed. Ellipses, 2009).

¹⁸ O seu artigo 8º dispunha, com efeito: *“Os Estados-membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor.”*

¹⁹ Ver o Relatório de Aplicação da Diretiva 93/13/CE (COM (2000) 248 final de 27.04.2000) onde ainda se pode ler: *“Do ponto de vista económico, tal pode dar lugar a resultados extremamente perniciosos. O bom funcionamento da economia pressupõe a melhor disponibilização dos recursos possível, o que só poderá verificar-se se houver concorrência suficiente no mercado e se as relações entre os agentes económicos forem equilibradas. Em termos económicos, um risco deve ser assumido por aquele que se encontre nas melhores condições para poder controlar esse risco ou garantir-se contra ele; uma obrigação deve ser assumida por aquele que esteja nas melhores condições para a assumir.”*

Para concluir: “As cláusulas contratuais abusivas deslocam o encargo relativo a estes riscos e estas obrigações, externalizando os custos respectivos, de onde decorrem duas consequências principais: a primeira é de que os preços dos produtos e serviços não refletem os custos verdadeiros, o que provoca distorções da concorrência em favor das empresas menos eficientes e dos produtos e serviços de menor qualidade; a segunda é de que os custos suportados pela coletividade são superiores, porque os riscos e obrigações são colocados a cargo de pessoas diferentes daquelas poderiam suportá-los da forma economicamente mais eficiente” (p. 14).

²⁰ É, no entanto, certo, que vários Estados-membros, que já possuíam legislação anterior nesta matéria, como a Alemanha, a Holanda e Portugal, e mesmo a Espanha, posteriormente, decidiram, na sua transposição, aplicar o regime da diretiva a todos os contratos, submetendo ao seu controle todas as cláusulas gerais, quer os contratos sejam celebrados entre um profissional e um consumidor ou entre profissionais entre si, embora não obrigatoriamente com o mesmo conteúdo. Por outro lado, dado que em certos estados-membros, como o Reino Unido, a Irlanda, a Bélgica ou a Itália, a noção de contrato de consumo se limitava à venda de bens ou à prestação de serviços, foi necessário, por via legal ou jurisprudencial, vir à interpretação correta da diretiva no sentido de que *todos os tipos de contrato* celebrados com um consumidor estão abrangidos, como a prestação de cauções ou a venda de um bem por um consumidor a um profissional para revenda.

²¹ Sobre a noção de consumidor no direito comunitário em geral existe uma bibliografia tão larga como o número de autores que têm escrito sobre direito do consumo... Mais importante será referir a sua interpretação no domínio específico desta diretiva e, em especial, a posição assumida pelo Tribunal de Justiça. Para esse efeito, ver os Acórdãos Oceano de 27.06.2000 (Casos C-240/98 a C-244/98), Cape Snc. e Idealservice SRL, de 22.11.2001 (Casos C-541/99 e C-542/99), Comissão c/ Suécia de 07.05.2002 (Caso C-478/99), Cofidis de 21.11.2002 (Caso C- 473/2000), Freiburger Kommunalbauten GmbH de 01.05.2004 (Caso C- 237/2002), Comissão c/ Espanha de 09.09.2004 (Caso C-70/2003), Mostaza Claro de 26-10.2006 (Caso C-168/05), Pannon GSM Zrt., de 04.06.2009 (Caso C-243/08) e o ainda mais recente Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira de 06.10.2009 (Caso C-40/08).

²² No entanto, no caso do controle preventivo da utilização de “cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada”, a diretiva prevê que as respectivas ações possam ser intentadas não só contra os profissionais, mas também contra as “associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas gerais ou cláusulas semelhantes” (artigo 7º, nº 2 e 3).

²³ Recorde-se, no entanto, que vários estados-membros como a Bélgica, a França, os países nórdicos e em certa medida a Holanda e a Áustria estenderam a aplicação da diretiva também às cláusulas negociadas individualmente; ao contrário, certos países, como a Alemanha e Portugal, entenderam limitar a sua aplicação aos contratos de adesão, o que foi considerado uma transposição errada da diretiva, que levou à alteração das leis nacionais de transposição, no caso de Portugal no seguimento do processo por infração aberto pela Comissão.

²⁴ Vários estados-membros, como a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia, a França, a Holanda e a Suécia não consideraram conveniente introduzir esta limitação: por outro lado, foi, entre nós, muito discutido, na jurisprudência, o alcance da noção de disposições regulamentares imperativas, designadamente saber se certas apólices de seguro ou certos contratos tipo de utilização de cartões de crédito, que eram aprovados por entidades estatais de supervisão, estariam abrangidos pela exclusão.

²⁵ Uma grande parte dos estados-membros, como a Dinamarca, a Grécia, a Espanha, o Luxemburgo, Portugal, a Finlândia e a Suécia, não transpuseram esta limitação considerando que as cláusulas relativas ao preço e ao objeto do contrato podem ser controladas da mesma maneira que as restantes; ao contrário, a França não transpôs a condição da clareza e da compreensibilidade, o que a Comissão considerou tratar-se de uma transposição incorreta da diretiva, por significar que a diretiva nunca seria aplicada àquelas cláusulas.

²⁶ Artigo 5º do TCE.

²⁷ É a noção que se colhe quer no Acórdão Oceano (Casos C-240 a 244/98) do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2000, parágrafo 25, quer, de forma ainda mais explícita, nas alegações do advogado Geral António SAGGIO, no mesmo processo, onde se pode ler: “*o sistema de proteção garantido pelas disposições da diretiva parte do princípio geral segundo o qual, nos contratos celebrados com um profissional, o consumidor deve ser considerado como a ‘parte fraca’ que necessita de uma proteção especial.*”

²⁸ Ver no final em anexo a lista dos instrumentos de transposição da diretiva nos estados-membros, conforme informação colhida no site do EUR-Lex sob a menção 31993L0013.

²⁹ Como Portugal, que manteve a sua definição circunscrita ao critério da boa-fé (artigo 15º do Dec.Lei 220/95 de 31 de janeiro).

³⁰ Como a Bélgica, a Grécia, a França e o Luxemburgo.

³¹ Como o Luxemburgo.

³² Como a Espanha, a Irlanda, a Itália e o Reino Unido.

³³ A principal dificuldade ocorreu no Reino Unido, onde, como é sabido, no sistema da “common law” a noção de “good faith” não existe no domínio dos contratos, sendo antes prevalente a noção de “fairness”, esta, por seu turno, intraduzível nos sistemas de direito continental. Sobre este tema, ver Robert BRADGATE, do Institute for Commercial Law Studies da Universidade de Sheffield, in “The ‘Unfair Terms’ Directive Five Years On”, (1-3/07/1999), p. 55.

³⁴ Em Portugal ver, por todos, designadamente os Acórdãos do STJ de 27 de abril de 1999 (MP c/ AGFA e KODAK, in Bol. Interesses Difusos, 19/20) e de 11 de março de 2003 (Proc. 890/02) onde se pode ler “*É a ideia básica do consumidor como parte fraca, leiga, profana, a parte débil economicamente ou a menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo concluída com um contraente profissional, uma empresa.*”

³⁵ Tido como uma pessoa incapaz de compreender a lei que normalmente não conhece nem é capaz de compreender, pelo que necessita de uma especial ajuda sob a forma de uma informação simples e clara dos seus direitos. Sobre este conceito, em contraposição com a noção de “consumidor médio” ver, designadamente, “*The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and How to protect the Vulnerable under such a Regime*” de Jules STUYCK (in “The Yearbook of Consumer Law 2007”, ed. Geraint HIOWELLS, ASHGATE, p. 167) e “*The Informed Consumer v/ the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment*” de Thomas WILHELMSSON (id., p. 211).

³⁶ Ver os Acórdãos do Tribunal de Justiça GB-INNO-BM, de 7 de março de 1990 (Caso C-362/88), PALL, de 13 de Dezembro de 1990 (Caso-238/89), YVES ROCHER, de 18 de maio de 1993 (Caso – 126/91), VERBRAND SOZIALER WETTBEWERB (Caso C-315/92), GUT SPRINGENHEIDE GmbH, de 16 de julho de 1998 (Caso C-210/96), LANGGUTH, de 29 de junho de 1995 (Caso-315/92), e MARS, de 6 de julho de 1995 (Caso C-470/93); é, no entanto, importante

referir que nesta jurisprudência se ressalva expressamente que compete “ao órgão jurisdicional verificar face às circunstâncias do caso concreto e atendendo aos consumidores a que se dirigia, se tal publicidade ... podia assumir uma natureza enganosa” (Caso C-210/96, para 34).

³⁷ Ver o artigo do autor sobre “A ‘Lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE)” dez. 2005, in *RPDC*, 44, p. 12.

³⁸ Artigos 14º e 15º do Dec. Lei 220/95.

³⁹ Não foi esse o entendimento da Comissão, que moveu processo por infração contra a Suécia, o qual, no entanto, não logrou convencer o Tribunal de Justiça, que decidiu que, em certas circunstâncias, a falta de transposição da lista não deve ser considerada violação à diretiva (Acórdão Comissão c/ Suécia de 7 de maio de 2002 (Caso C-478/99)).

⁴⁰ Cf. os Acórdãos *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores c/ Rocio Murciano Quintero*, de 27 de junho de 2000 (Casos C-240/98 a C-244/98), *Mostaza Claro c/ Centr Movil Milenium SL*, de 26 de outubro de 2006 (Caso C-168/05), mesmo se se tratar de decisão arbitral, e mais recentemente *Panon GSM Zrt c/ Erzsébet Sustikné Gyorfí*, de 4 de junho de 2009 (Caso C-243/08), e *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira*, de 06.10.2009 (Caso C-40/08).

⁴¹ Cf. os artigos 660º, n. 2, e 668º, n. 1, al. d), do nosso Código de Processo Civil, que, no entanto, os nossos juízes se têm mostrado muito renitentes em aplicar.

⁴² Na maioria dos casos os tribunais ordinários; mas em alguns países tribunais especiais, como o “High Court” para a Irlanda e o Reino Unido e o Market Court nos países nórdicos, este como tribunal único para todo o território nacional.

⁴³ Em Portugal, o art. 35º do Decreto-Lei 220/95, de 31 de janeiro, apesar de na prática tal registo, se ainda existir, não ser nem conhecido nem utilizado.

⁴⁴ Com isto abrindo a porta à admissibilidade, no âmbito do direito processual civil comunitário, da ação inibitória, que seria consagrada pela Diretiva 98/27/CE, de 19 de maio de 1998 (JO L 166 de 11.06.1999), sempre se tendo esperado que posteriores desenvolvimentos a nível comunitário conduzissem a uma ação de grupo de caráter indenizatório a nível da União Europeia. Infelizmente não foi o que sucedeu, com a recente publicação da Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os “Princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela colectiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União” (in JO L 201/60 de 26.07.2013), acompanhada de uma Comunicação da Comissão intitulada “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva” (COM (2013) 401 final de 11.06.2013 final), relativamente às quais o CESE tomou uma vigorosa posição contra a natureza da opção tomada e o seu teor (CESE 5439/2013, INT/708 de 10.12.2013, Rel. Von FURSTENWERTH).

⁴⁵ E aqui também o Instituto do Consumidor e, após a sua recente extinção, a Direção Geral do Consumidor, que lhe sucedeu, embora a sua natureza de mero serviço público, sem personalidade jurídica nem autonomia, suscite alguma perplexidade quanto à sua capacidade judiciária para, por si, intentar ações judiciais, o que, aliás, se julga que nunca aconteceu, mesmo enquanto Instituto do Consumidor.

⁴⁶ Conceito bem definido nas normas de DIP aplicáveis e designadamente no Regulamento CE 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, que substituiu a Convenção de Bruxelas.

⁴⁷ Transposição que não foi considerada incorreta pela Comissão foi a do artigo 23º do nosso Decreto-Lei 220/95, de 31 de janeiro.

⁴⁸ Ver os instrumentos de transposição da diretiva nos estados-membros, conforme informação colhida no site do EUR-Lex sob a menção 31993L0013, no anexo ao presente artigo.

⁴⁹ Doc. COM (2000) 248 final, de 27/04/2000.

⁵⁰ Através de um número de telefone “verde” – é importante recordar que à data ainda não se tinha divulgado a utilização da internet.

⁵¹ À época em representação da Associação de Defesa dos Consumidores, DECO.

⁵² Do que foi essa conferência dá conta o mencionado relatório da Comissão, nos seguintes e bem expressivos termos: *“Participaram cerca de 300 delegados, o que permitiu reunir em Bruxelas não só um grande número dos melhores especialistas da matéria na Europa, mas ainda de representantes dos Estados-Membros, dos consumidores e dos diferentes setores económicos, tendo, ainda podido estar amplamente representados os países candidatos à adesão. Após um conjunto de apresentações relativas às experiências nacionais bem como à base CLAB e das discussões animadas que a seguir tiveram lugar, foram debatidos em grupos de trabalho seis temas específicos:*

– âmbito de aplicação da diretiva (as cláusulas não negociadas nos contratos concluídos com os consumidores),

– a aplicação da diretiva às prestações de serviço público,

– a aplicação da diretiva aos serviços financeiros e às novas tecnologias,

– a definição do carácter abusivo,

– a obrigação de clareza e interpretação favorável ao consumidor e

– mecanismo de controlo das cláusulas abusivas.”

As conclusões destes grupos de trabalho, elaboradas por um ilustre jurista português, o Dr. Mário TENREIRO, à altura Chefe da Unidade C2 da DG SANCO, e grande impulsionador da revisão desta diretiva, foram depois debatidas em sessão plenária. Deverá ainda recordar-se que o Relatório da aplicação prática da diretiva em Portugal foi da autoria da Dr^a. Maria Cristina PORTUGAL.

As atas da conferência, em versão multilíngue, podem ser consultadas no sítio Internet da Comissão (http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/index_fr.htm), tendo sido posteriormente publicadas em papel, sob o título *“The Unfair Terms Directive Five Years On; Evaluation and future perspectives”* EC, 2000.

⁵³ Doc. COM (2008) 614 final, de 08.10.2008. Aliás, um reparo que não pode deixar de se fazer imediatamente é o relativo à manifesta diferença no modo de aproximação à presente iniciativa de modificação da diretiva, aparentemente concertada mais ou menos secretamente entre “juristas” e até sem levar em conta as principais conclusões dos estudos encomendados, mas claramente sem qualquer discussão pública prévia com os interessados da sociedade civil e mesmo com os governos dos estados-membros.

⁵⁴ Recordam-se nomes como os dos académicos Thomas WILHELMSSON da Universidade de Helsinkia, Robert BRADGATE, da Universidade de Sheffield, de Guido ALPA, da Faculdade de Direito de Roma, Thierry BOURGOIGNY, da Universidade de Louvain-la-Neuve, Vincenzo ROPPO, da Universidade de Génova, Hans MICLITZ, da Universidade de Berlim, Jean-Calais AULOY, da Faculdade de Montpellier I, Norbert REICH, da Universidade de BREMEN e, da nossa Universidade de Coimbra, o professor António PINTO MONTEIRO.

⁵⁵ Os casos da Dinamarca, da Finlândia, da França, da Suécia e até certo ponto da Áustria e da Holanda. Aliás, no seu Relatório, a Comissão revela *“conhecimento de novas práticas efetuadas por*

algumas empresas destinadas a contornar a aplicação das disposições nacionais que transpõem a diretiva 93/13/CEE. Estas práticas consistem, por vezes, em incluir cláusulas em contratos relativamente aos quais o consumidor declara ter negociado e ter aceite expressamente as cláusulas contratuais gerais, conduzindo, por vezes, à utilização de contratos que parecem ser feitos à medida do consumidor por serem totalmente produzidos por computador, casuisticamente, não existindo em versão pré-impresa.”

⁵⁶ Os casos da Dinamarca, da Espanha, da Finlândia, do Luxemburgo, de Portugal, da Suécia e da Grécia.

⁵⁷ O exemplo paradigmático citado pela Comissão foi o dos seguros: como determinar se a exclusão de determinado risco da cobertura do seguro é uma cláusula relativa ao objeto do contrato – e, por conseguinte excluído do controlo – ou se se trata de uma cláusula de exclusão de responsabilidade submetida à diretiva?

⁵⁸ Acórdão de 19 de setembro de 1996, Caso C-236/95, Comissão c/ Grécia, considerando 13.

⁵⁹ Acórdão de 7 de maio de 2002, Caso C-478/99, Comissão c/ Suécia apoiada pela Dinamarca e pela Finlândia.

⁶⁰ Apesar de a alínea i) da lista anexa dispor que uma cláusula pode ser declarada abusiva se tem por objeto “*declarar verificada, de forma irrefragável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato*”, o que não é a mesma coisa.

⁶¹ No entanto, de acordo com uma posição já defendida pela jurisprudência, a ausência de clareza numa cláusula contratual pode ser declarada ilícita, como decidido em sentença de 20 de setembro de 1989, proferida pelo *Tribunal de grande instance de Créteil* na sequência de um pedido das associações de consumidores no sentido de ser suprimida, por falta de clareza, a cláusula relativa a um contrato de empréstimo, que previa, sem outras indicações, a obrigação de o adquirente constituir o seu processo no “prazo fixado” com o objetivo de o pedido de empréstimo ter uma resposta positiva.

⁶² Por exemplo, um contrato de mútuo acessório de um contrato de compra e venda celebrado com um consumidor.

⁶³ Como foi o caso, em Portugal, com várias decisões judiciais negando a possibilidade de este tipo de ações ser precedido de um procedimento cautelar, até ter sido possível obter o aditamento do artigo 28º A do Código de Processo Civil, pelo Decreto-Lei 180/96, de 25 de setembro, e, mesmo depois disso, colocando dificuldades várias na sua utilização (Ver as ações DECO c/ Banco Mello, Finibanco e BCI – Trib. Porto, Sentença de 6 de julho de 1998, Proc. 511/98; DECO c/ Banco Exterior de Espanha, Banco Comercial dos Açores e UNICRE – Trib. Lisboa, Sentença de 2 de dezembro de 2003, Proc. 428/98; Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de agosto de 1998, Proc. 6127/98).

⁶⁴ A propósito, o Relatório da Comissão dá conta: “*Na fase da negociação individual, o caso do Reino Unido é particularmente relevante na medida em que o Office of Fair Trading foi chamado a desempenhar um papel essencial na erradicação das cláusulas abusivas. Com efeito, a partir do momento em que lhe é apresentada uma queixa sobre a eventual existência de uma cláusula considerada abusiva, este organismo inicia diretamente discussões e negociações com a finalidade de persuadir o profissional a introduzir as alterações necessárias à cláusula em questão.*

Na fase da negociação coletiva, alguns sistemas nacionais desenvolveram um controlo a priori das condições contratuais. Este controlo é exercido a partir da redação das condições contratuais, no momento da celebração dos acordos coletivos. As condições gerais dos contratos de adesão são redigidas através de

negociação entre, por um lado, as associações de consumidores (o caso dos Países Baixos é paradigmático a este respeito) ou as instâncias que possuem um interesse legítimo em proteger os consumidores (como o Ombudsman dos consumidores dos países nórdicos) e, por outro, os profissionais ou as associações de profissionais.

Os resultados variam nos Estados-Membros que incentivaram este tipo de acordos coletivos. Por exemplo, embora na França a eficácia de tais acordos tenha sido limitada (nomeadamente pelo fato dos seus efeitos terem sido limitados às organizações signatárias e só serem aplicáveis no plano local), na Suécia a experiência demonstrou que na sequência das negociações, em setores específicos, o número de decisões proferidas pelos tribunais em matéria de controlo das cláusulas abusivas tinha significativamente diminuído. Também nos Países Baixos, foram concluídos verdadeiros acordos por setores económicos entre organizações profissionais e associações de consumidores.”

Em Portugal, ainda que de um modo informal e no âmbito de uma iniciativa de “boas práticas” acordada entre o Instituto do Consumidor, representado pelo autor e pelo eminente jurista Dr. José FAISCA, funcionário daquele Instituto e a Associação Portuguesa de Seguros, representada pelo seu próprio Presidente e assessorado pela notável advogada e ex-bastonária Dr^a. Maria de Jesus SERRA LOPES e pela ilustre jurista Dr^a. Alexandra LENCASTRE, daquela Associação, foi levado a cabo estudo exaustivo das cláusulas das apólices de seguros de acidentes pessoais, automóvel, incêndio, multiriscos habitação, proteção jurídica, responsabilidade civil, roubo, saúde e vida, num total de 320 apólices, de que o Autor foi encarregado, com a colaboração de duas colegas, cujo profissionalismo e dedicação se quer salientar, as Dras. Anabela COITO LIMA e Susana DIAS SECA, e que culminou com a realização de uma série de reuniões na Associação Portuguesa de Seguros onde foi possível chegar a acordo para a supressão de algumas dezenas de cláusulas de legalidade duvidosa. O relatório final deste trabalho, ao qual nunca se quis associar o Instituto de Seguros de Portugal, foi entregue ao Instituto do Consumidor em dezembro de 1998, não se conhecendo qual o efetivo cumprimento das decisões acordadas de supressão ou de modificação das cláusulas pelas Companhias de Seguros, de cuja fiscalização ficara encarregado o mencionado Instituto.

⁶⁵ No seu parecer relativo aos “Consumidores no mercado dos Seguros” (CES116/98 de 29.01.98 (IND/616), de que foi relator o Dr. Manuel ATAIDE FERREIRA (JO C 95 de 30.03.98).

⁶⁶ « *Étude sur les clauses abusives présentes dans certains contrats d'assurance* », coordenado por Anne d'HAUTEVILLE, da Universidade de Montpellier I, que definiu 23 tipos de cláusulas abusivas comuns às várias centenas de apólices de seguro analisadas relativas aos ramos automóvel e habitação nos então 12 estados membros da EU, e em que o ora Autor foi responsável por Portugal (Contrato n^o AO-2600 /93 / 009263 de julho de 1995); curiosamente, anos depois, ao elaborar o parecer do CESE sobre a Lei do Contrato de Seguro Europeu (CESE 1626/2004 de 15.12.2004 (INT/202), o autor verificou que a Comissão tinha dado sumiço a tal estudo...

⁶⁷ A própria Comissão, em certas circunstâncias, havia mesmo defendido que os comerciantes poderiam ser considerados consumidores desde que colocados em situação de desfavor ou de desequilíbrio contratual face a outro comerciante (Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.1991 DI PINTO, Caso C-361/89).

⁶⁸ Ver “Algumas reflexões a propósito da Proposta de Diretiva ‘Direitos dos Consumidores’”, maio 2010, in *RPDC*, n. 61, p. 11, e “A nova directiva sobre direitos dos consumidores”, julho 2012, *RLBDC*, n. 6, p. 185.

⁶⁹ Em lição proferida no Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Lisboa no âmbito do XI Curso Pós Graduação de Aperfeiçoamento em Direito do Consumo, a 8 de novembro de 2010.

⁷⁰ Cf. “*De l’abus dans les contrats*” Colóquio organizado pela “Commission-Logement” do Sindicato dos Advogados de França na Universidade de Angers, 20/03/2010.

⁷¹ Recordam-se as intervenções da sua Diretora Geral Monique GOYENS quer na Conferência durante a Presidência Francesa, em Paris, a 5 de dezembro de 2008, sob o título “*Intégration des marchés et protection des consommateurs: Le jeu en vaut-il la chandelle?*”, quer em Bruxelas durante o “2nd Consumer Rights Directive Fórum!” promovido pelo FORUM EUROPE, a 2 de junho de 2010.

Cf. igualmente a « *Appréciation générale de la proposition de Directive européenne au regard du droit français de la consommation* » da CONSOFRANCE <<http://www.conso-france.org/>>

⁷² Intitulado « *Futur du Droit Européen de la Consommation: Réaction du BEUC aux questions fondamentales soulevées par la Proposition de directive relative aux droits des consommateurs*» Ref : X/025/2009-24/03/09. Dele se salientam em especial algumas das razões fundamentais de rejeição da aproximação da Comissão:

- em numerosos estados-membros, a proposta conduziria à supressão ou redução de direitos dos consumidores;
- o campo de aplicação da diretiva é vago e todo o seu teor é demasiado complexo;
- a proposta focaliza-se demais em algumas diretivas existentes – não são tomadas medidas para que a proposta resista à prova do tempo;
- para a grande parte das questões a harmonização mínima a um nível elevado pode atingir os objetivos da Comissão, sem cair nas ratoeiras associadas à harmonização máxima;
- as últimas sondagens do Eurobarómetro mostram que a maior parte dos comerciantes não aumentarão as suas vendas transfronteiras mesmo se as leis de proteção dos consumidores forem harmonizadas;
- outro tipo de obstáculos, que nada têm a ver com a harmonização das leis de proteção dos consumidores, como por exemplo o carácter territorial dos direitos da propriedade intelectual ou as diferenças linguísticas, dificultam mais a realização de compras no estrangeiro;
- a Comissão supõe erradamente que redução dos custos na conformidade da legislação para as empresas será automaticamente repercutida nos consumidores via diminuição de preços e aumento das possibilidades de escolha.

O BEUC conclui por uma aproximação de “harmonização mista”: aceitar a harmonização máxima unicamente se ela for fixada a um nível de proteção muito elevado e aplicada exclusivamente às questões transversais e técnicas, como a duração do prazo de retratação, as condições para o exercer e a definição de consumidor, mantendo a harmonização mínima para as restantes questões, nomeadamente as cláusulas abusivas e as garantias nas vendas, permitindo aos estados-membros manter as especificidades nacionais e adaptar-se rapidamente às mudanças que sobrevenham no mercado.

⁷³ Em artigo intitulado “*Proposition de directive relative aux droits des consommateurs: Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*” in «La Semaine Juridique» n. 9 25.02.2009.

⁷⁴ A 2 de março de 2009, perante a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores.

⁷⁵ In Revue de Droit de la Consommation 2009/2, p. 578 e sgs.

⁷⁶ Com uma intervenção provocatória sobre “*Le champ d’application de la Proposition de Directive*”.

⁷⁷ Parecer CESE 386/2009 (INT/464), aprovado na 455ª Sessão Plenária do CESE, de 15 e 16 de julho de 2009, e publicado no JO C 317, de 23.12.2009, p. 54 e sgs., da autoria dos conselheiros Hernandez Bataller (Relator, Grupo III) e Jarosław Mulewicz (Correlator, Grupo I).

⁷⁸ O Comité considerou ainda que:

– a proposta não apresenta inovações nalguns aspectos relevantes, como sejam a assistência pós-venda e as peças sobressalentes, a responsabilidade directa do produtor e as redes de distribuição;

– a existência de definições “comuns” pode contribuir para dar mais certeza e segurança jurídica aos operadores comerciais e aos consumidores mas, para tal, a Comissão deverá pôr fim às contradições que, a este respeito, subsistem na proposta;

– são as deficiências graves sentidas ao nível da resolução dos conflitos e da reparação dos danos que constituem um fator determinante “se não o mais determinante” para a falta de desenvolvimento do comércio transfronteiriço, sendo que a proposta omite totalmente esta preocupação que até o Eurobarómetro reflete.

É ainda importante atentar em alguns passos fundamentais do parecer que refletem o tipo de aproximação que o CESE fez a esta questão. Pelo que se transcrevem alguns dos pontos de vista considerados essenciais.

Assim:

“O consumidor europeu não pode ser visto exclusivamente numa óptica de mercado interno ou considerado como um agente racional no mercado, consciente e informado, que toma decisões numa pura lógica de concorrência, podendo a sua proteção resumir-se a uma maior e melhor informação.”

“Qualquer proposta que pretenda uma harmonização máxima em matéria de defesa dos consumidores deve centrar-se em aspectos muito concretos e ser acompanhada por especiais cautelas para respeitar o elevado nível de proteção dos consumidores garantido pelo Tratado, respeitando o princípio de subsidiariedade, sob pena de retardar e travar o desenvolvimento dos direitos dos consumidores em cada Estado-Membro.”

“A concretização de um mercado único para as empresas e para os consumidores é um objetivo que o CESE apoia totalmente, pois reconhece que há custos de transação derivados da aplicação das normas de defesa dos consumidores em cada Estado-Membro, que podem ser um obstáculo a uma oferta mais variada de bens e produtos no mercado interno de que os consumidores poderiam beneficiar. A Comissão parece considerar que os principais obstáculos à realização do mercado interno, em especial nas compras transfronteiras, são os custos e reticências dos profissionais, do lado da oferta, e a falta de confiança dos consumidores, do lado da procura. Identifica como causas dos problemas diagnosticados a fragmentação e a diferenciação dos direitos resultantes de uma harmonização mínima. Mas segundo o Eurobarómetro, há obstáculos mais importantes, como seja a falta de confiança no comércio eletrónico.”

⁷⁹ Publicado no JO C 200, de 25.08.2009, p. 76 e sgs., de que foi relator M. Wolfgang G. Gibowski (DE-PPE), Secretário de Estado Plenipotenciário do Estado da Baixa Saxónia junto do Estado Federal.

⁸⁰ Do seu texto salientam-se, em especial, as seguintes preocupações:

“ – lamenta que a Comissão, na sua proposta, não tenha incluído todas as diretivas relacionadas com a defesa do consumidor e se tenha limitado à revisão de apenas quatro diretivas; não o tendo feito, a Comissão ficou aquém das possibilidades de criar um quadro legislativo comum para todos os direitos dos consumidores no mercado interno;

– lamenta ainda que a Comissão não tenha logrado eliminar a totalidade das contradições e imprecisões contidas nos atos normativos em vigor, nem melhorar globalmente a transparência das regras do acervo relativo à defesa dos consumidores;

– opõe-se ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os Estados-Membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores, ainda que comprovada a sua utilidade;

– considera que deve ser mantida uma parte substancial do princípio da harmonização mínima, porque se revela eficaz e corresponde à concretização do disposto no artigo 153.º, n.º 5, do Tratado CE, relevante em matéria de defesa dos consumidores. Os Estados-Membros devem, em princípio, ter a possibilidade de adaptarem, com flexibilidade, a legislação em matéria de defesa do consumidor ao ordenamento jurídico nacional, através de regras de proteção mais rigorosas;

– chama a atenção para o fato de que uma harmonização completa representa uma novidade no domínio da legislação europeia de defesa do consumidor, cuja introdução não parece ser absolutamente necessária. Somente em circunstâncias muito específicas, nomeadamente nos casos em que as diferentes regulamentações em vigor nos Estados-Membros dificultam, de fato, as transações transfronteiras das empresas ou representam um obstáculo substancial ao exercício das quatro liberdades fundamentais da União Europeia, deve ser considerada a hipótese de uma harmonização completa;

– dúvida da compatibilidade de uma harmonização completa com o princípio da subsidiariedade. A Comissão deve dar provas da necessidade de chamar a si toda a competência. Por conseguinte, a harmonização completa deveria ser efetuada apenas nos domínios mais importantes do mercado interno;

– tem igualmente dúvidas de que a harmonização completa contribuirá para aumentar a confiança dos consumidores e terá um efeito positivo na competitividade. Os problemas com que os consumidores se debatem são, antes de mais, a insegurança e a existência de procedimentos complicados que dificultam a aplicação da lei nas transações transfronteiras (barreiras linguísticas, despesas com advogados e custos processuais, etc.). E aqui a diretiva não traz melhorias;

– dúvida que o objetivo visado pela Comissão na proposta de diretiva em apreço, que consiste em regulamentar as transações transfronteiras e domésticas nos Estados-Membros, possa ser atingido. Em todo o caso, não há provas de que a existência de diferentes regulamentações nacionais representa um obstáculo ao comércio transfronteiras.”

⁸¹ Respetivamente Sessões 2982 e 3016 do Conselho, de 3/4 dezembro de 2009 e 25/26 de maio de 2010.

⁸² Doc. 17076/09 (Presse 365).

⁸³ Doc. 10123/10 (Presse 136).

⁸⁴ Notável e a merecer uma referência muito especial, o Relatório de Informação da Comissão dos Assuntos Europeus sobre esta proposta, apresentado pela deputada Marietta KARAMANLY, in <<http://www.assemblee-nationale.fr>>.

⁸⁵ Texto adotado pela Comissão dos assuntos europeus a 31 de março de 2009 (ref. E 4026).

⁸⁶ Interinstitutional File 2008/0196, Doc. 16933/10 de 10 de dezembro de 2010 CONSOM 112, JUSTCIV 212, CODEC 1379.

⁸⁷ Comunicado de Imprensa 5426/11, de 24 de janeiro de 2011, que, pela sua importância, se transcreve na íntegra em francês (não existe versão portuguesa):

«Le Conseil a adopté ce jour une orientation générale concernant un projet de directive relative aux droits des consommateurs (doc. 16933/10 et 16933/1/10 ADD 1). Il a également chargé la présidence de

poursuivre les négociations avec le Parlement européen en vue de parvenir à un accord définitif en première lecture.

L'orientation générale contient les éléments suivants:

Objectifs

La directive a pour objet d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur et de contribuer à un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant certains aspects des dispositions législatives des États membres relatives aux contrats à distance et hors établissement. Par ailleurs, elle vise à faciliter la vente à distance afin de renforcer la confiance des entreprises à l'égard du commerce transnational au sein de l'UE.

À cette fin, l'orientation générale du Conseil harmonise pleinement les dispositions relatives à l'information des consommateurs et au droit de rétractation dans les contrats à distance et hors établissement entre professionnels et consommateurs.

Les futures règles n'empêcheront pas les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection prévue dans la directive.

Les contrats à distance couvriront tous les cas dans lesquels des contrats sont conclus par le recours exclusif à des techniques de communication à distance (vente par correspondance, Internet, téléphone ou fax, par exemple).

Les contrats hors établissement couvriront les contrats conclus en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, ailleurs que dans l'établissement commercial du professionnel, par exemple au domicile du consommateur ou sur son lieu de travail.

Champ d'application

La directive s'appliquerait aux contrats à distance et hors établissement conclus entre un professionnel (public ou privé) et un consommateur, ainsi qu'aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité ou de chauffage à distance.

Toutefois, la directive ne s'appliquerait pas aux contrats conclus dans des domaines tels que les biens immobiliers, la construction d'immeubles neufs, les services financiers, les services de transport de voyageurs, certains services sociaux, les soins de santé et les jeux de hasard.

Le contenu numérique, comme les programmes informatiques, les jeux ou la musique, qui n'est pas gravé sur un support matériel n'est pas considéré comme un bien au sens de la directive. Par contre, les supports numériques matériels comme les CD et les DVD ou les cartes à mémoire doivent être considérés comme relevant du champ d'application de la directive. Le téléchargement de contenu numérique à partir d'Internet, en tant que contrat

de service conclu par voie électronique et exécuté immédiatement, entrerait aussi dans le champ d'application de la directive, mais sans être assorti d'un droit de rétractation.

La nouvelle directive remplacera la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹ et la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance², qui sont actuellement d'application. En outre, elle complètera les exigences en matière d'information prévues dans la directive relative aux services³ et dans la directive relative au commerce électronique⁴.

Exigences en matière d'information

Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat, le professionnel devra:

– fournir à celui-ci, sous une forme claire et compréhensible, les informations obligatoires nécessaires.

Ces informations seront communiquées sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée; et

– obtenir le consentement du consommateur à tous frais supplémentaires (en sus de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel).

Si le professionnel n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, ce dernier sera exempté du paiement de ces frais ou pourra prétendre à leur remboursement.

En ce qui concerne les contrats à distance devant être conclus par voie électronique, en vertu desquels le consommateur serait tenu d'effectuer un paiement, le consommateur ne sera lié par le contrat qu'après confirmation explicite de sa part.

La possibilité dont disposaient les États membres d'imposer des exigences supplémentaires en matière d'information aux prestataires de services établis sur leur territoire est maintenue.

Droit de rétractation

Sous réserve d'exceptions et de certaines obligations, le consommateur aura le droit de se rétracter d'un contrat à distance ou hors établissement, dans un délai de quatorze jours, sans avoir à motiver sa décision et sans aucun coût.

Pour exercer ce droit, le consommateur doit notifier au professionnel sa décision de se rétracter du contrat, par exemple par lettre écrite, télécopie ou courrier électronique, ou au moyen d'un formulaire type, avant l'expiration du délai de rétractation.

Dans ce cas, le professionnel remboursera tous les paiements reçus de la part du consommateur au plus tard quatorze jours à compter de la date de réception de la communication de la rétractation. Pour ce qui est des contrats portant sur la vente de biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à réception des biens.

Les États membres pourront introduire ou conserver dans leurs dispositions législatives nationales une interdiction de paiement pendant le délai de rétractation.

Entrée en vigueur

Les dispositions de la directive seraient applicables aux contrats conclus après trente mois après l'entrée en vigueur de la directive.

Toile de fond

La Commission a présenté la proposition initiale en 2008 (doc. 14183/08).

Le Conseil a tenu des débats d'orientation en décembre 2009 (doc. 16121/09) et en mai 2010 (doc. 9480/10).

Le Parlement devrait rendre son avis au cours du premier semestre de 2011.»

⁸⁸ Cf. Hearing with Viviane REDING, Written Answers, Notice to Members (PE431.139v02-00 de 07.01.2010; CM\800797).

⁸⁹ “An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers’ protection and helping businesses” (Speech/10/91).

⁹⁰ Aliás em outras ocasiões públicas a Comissária Reding defendeu esta aproximação. Recordam-se entre outras a sua notável intervenção no “2nd Consumer Rights Directive Forum”, promovido pelo FORUM EUROPE, em Bruxelas a 2 de junho de 2010, e o seu discurso na Câmara de Comércio Americana em Bruxelas a 22 de junho de 2010, com o tema “Building Trust in Europe’s Online Single Market”. A sua posição concordante com a evolução que conduziria às propostas finais do Conselho e do PE foi avançada em declaração de 24 de março de 2011 (Memo/11/188), antecipando já a solução final.

⁹¹ Começou logo com um conflito de competências entre as Comissões IMCO e JURI, que só foi possível dirimir em sede de conferência de presidentes de 18.12.2008, com a atribuição à IMCO

do parecer quanto ao fundo. (PE-6/CPG/PV/2008-31) e a posterior designação da deputada Arlene McCARTHY como relatora do primeiro Documento de Trabalho, em 04.05.2009 (PE 423.778v02-00). Nesta fase inicial contribuíram também a Comissão IURI (PE 423.804v01-00 de 15.04.2009), relatora Diana WALLIS e a Comissão ECON (PE 421.360v01-00 de 12.03.2009), relatora Eva-Rittta SIITONEN, sendo já então notórias as diferenças quanto à apreciação da proposta da Comissão.

⁹² Doc. PE439.177v02-00 (DT/807372).

⁹³ No seguimento, aliás, do documento de trabalho sobre a mesma proposta apresentado por Arlene McCARTHY (IMCO/6/68476).

⁹⁴ A 2 de março e 29 de setembro de 2009.

⁹⁵ A 26 de janeiro de 2009 e 23 de fevereiro de 2010.

⁹⁶ Doc. PE442.789n02-00 (PR\818460).

⁹⁷ Projeto de Relatório de 25.06.2010, PE 442.789v04-00.

⁹⁸ Cf. Parecer de 01.10.2010, PE 439.439v02-00, com 45 propostas de emenda.

⁹⁹ Cf. Parecer de 24.01.2011, PE 445.885v03-00, com 211 propostas de emenda.

¹⁰⁰ Doc. A7-0038/2011, PE 442.789v07.00.

¹⁰¹ A tradução de “targeted” ou “ciblée” não é isenta de dificuldade em português. A fórmula utilizada foi adoptada pelo CESE nos seus documentos.

¹⁰² Doc. P7 TA 0038/2011.

¹⁰³ Doc. P7 TA (2011)0293.

¹⁰⁴ In JO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

¹⁰⁵ Em Portugal a transposição foi parcialmente efetuada pelo Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro (D.R. 1ª série nº 32 de 14.02.2014, p. 1393), que entrou em vigor no dia 13 de junho de 2014, mas na data em que se escreve ainda se aguarda a publicação de uma Lei da Assembleia da República que completará essa transposição.

¹⁰⁶ A que faz detalhada referência no artigo “O Regulamento Europeu sobre o Regime Uniforme da Compra e Venda”, publicado na *RLBDC* de setembro 2013, n. 11, p. 275.

¹⁰⁷ COM (2011) 635 final, acompanhada de uma Comunicação da Comissão da mesma data sobre “*Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único*” (COM (2011) 636 final).

¹⁰⁸ “O Regulamento Europeu sobre o Regime Uniforme da Compra e Venda”, publicado na *RLBDC* de setembro 2013, n. 11, p. 275. Aí se descrevem e se analisam com detalhe os antecedentes desta proposta e se dá conta pormenorizada de como a questão da harmonização do direito europeu dos contratos e a iniciativa da revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores pela primeira vez confluíram, embora nada, inicialmente, implicasse que assim acontecesse, nem, teoricamente, obrigasse ou sequer aconselhasse a que assim sucedesse e se enuncia qual a estrutura da Proposta de Regulamento e dos seus anexos, o primeiro dos quais constitui o texto fundamental da lei europeia do contrato de compra e venda e se dá notícia de todo o iter da sua negociação até hoje, e o impasse em que caiu na presente legislatura, que chegou ao fim.

¹⁰⁹ **Parte III Avaliação do conteúdo do contrato**

Capítulo 6 Interpretação

Artigo 58º

Disposições gerais sobre a interpretação dos contratos

1. Um contrato deve ser interpretado de acordo com a intenção comum das partes, mesmo quando tal não coincida com a aceção habitual das expressões nele utilizadas.

2. Sempre que uma parte conferir a uma expressão utilizada no contrato uma aceção específica e, no momento da celebração do contrato, a outra parte conhecia ou devia conhecer essa intenção, tal expressão deve ser interpretada do modo pretendido pela primeira parte.

3. Salvo disposição em contrário nos n.os 1 e 2, o contrato deve ser interpretado de acordo com a aceção que uma pessoa razoável lhe daria.

Artigo 59º

Elementos relevantes

Na interpretação de um contrato, deve ser especialmente tido em conta o seguinte:

- a) as circunstâncias em que foi celebrado, incluindo as negociações preliminares;
- b) o comportamento das partes, mesmo após a celebração do contrato;
- c) a interpretação que as partes já tenham dado a expressões que são idênticas ou semelhantes às utilizadas no contrato;
- d) os usos que partes na mesma situação considerariam geralmente aplicáveis;
- e) as práticas que as partes estabeleceram entre si;
- f) a aceção comum que se confere às expressões utilizadas no sector de actividade em causa;
- g) a natureza e o objecto do contrato; e
- h) o princípio da boa fé contratual.

Artigo 60º

Referência ao contrato como um todo

As expressões utilizadas num contrato devem ser interpretadas à luz desse contrato na sua totalidade.

Artigo 61º

Divergências linguísticas

Em caso de divergências entre as versões linguísticas de um contrato, e quando nenhuma delas revestir o carácter de versão oficial, prevalece a versão em que o contrato tiver sido originalmente redigido.

Artigo 62º

Preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas

Na medida em que exista uma incoerência, as cláusulas contratuais que tiverem sido especificamente negociadas prevalecem sobre as que o não foram na aceção do artigo 7º.

Artigo 63º

Prevalência da interpretação a favor da eficácia das cláusulas contratuais

A interpretação favorável à eficácia das cláusulas contratuais prevalece sobre as que a neguem.

Artigo 64º

Interpretação a favor dos consumidores

1. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula contratual entre um profissional e um consumidor, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor, a menos que a cláusula tenha sido por ele proposta.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 65º

Interpretação das cláusulas contratuais contra a parte que as tiver proposto

Sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 64º, existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na aceção do artigo 7º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto.

Capítulo 7 Conteúdo e efeitos

Artigo 66º

Cláusulas contratuais

As cláusulas do contrato resultam:

- a) do acordo das partes, sob reserva de qualquer disposição imperativa do direito europeu comum da compra e venda;
- b) de qualquer uso ou prática que sejam vinculativos para as partes por força do artigo 67º;
- c) de qualquer disposição do direito europeu comum da compra e venda que se aplique na falta de acordo em contrário das partes; e
- d) de qualquer cláusula contratual implícita nos termos do artigo 68º.

Artigo 67º

Usos e práticas nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, as partes ficam vinculadas aos usos que tenham decidido aplicar, bem como às práticas entre si estabelecidas.
2. As partes ficam vinculadas por qualquer uso que seja considerado geralmente aplicável por profissionais na mesma situação das partes.
3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com cláusulas contratuais que tenham sido especificamente negociadas ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 68º

Cláusulas contratuais implícitas

1. Sempre que seja necessário tratar uma matéria que não esteja expressamente regulada pelo acordo das partes, nem por qualquer uso ou prática ou disposição do direito europeu comum da compra e venda, pode estar implícita uma cláusula contratual adicional, tendo em conta, em especial:
 - (a) a natureza e o objecto do contrato;
 - (b) as circunstâncias em que o contrato foi celebrado; e
 - (c) o princípio da boa fé contratual.
2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser susceptível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado caso tivessem regulado a matéria.
3. O nº 1 não se aplica quando as partes tiverem deliberadamente deixado uma matéria por regular, aceitando que o risco daí resultante seja assumido por qualquer delas.

Artigo 69º

Cláusulas contratuais derivadas de determinadas declarações pré-contratuais

1. Sempre que o profissional, antes da celebração do contrato, fizer uma declaração à outra parte, ou ao público, sobre as características do que deve fornecer por força do referido contrato, essa declaração é incorporada como uma cláusula do contrato, salvo se:

(a) a outra parte conhecia ou devia conhecer, no momento da celebração do contrato, que a declaração era incorrecta ou que não podia ser fiável como cláusula contratual; ou

(b) a decisão da outra parte de celebrar o contrato não podia ser influenciada pela declaração.

2. Para efeitos do n. 1, a declaração efectuada por uma pessoa envolvida na publicidade ou comercialização por conta do profissional é considerada efectuada por este.

3. Sempre que a outra parte seja um consumidor, para efeitos do n. 1, a declaração pública efectuada por um produtor, ou em seu nome, ou por outra pessoa situada a montante da cadeia de transacções conducentes ao contrato, é considerada efectuada pelo profissional, salvo se este, no momento da celebração do contrato, não a conhecesse e não se pudesse esperar que a conhecesse.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 70º

Dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente

1. As cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na acepção do artigo 7º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou adoptou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

2. Para efeitos do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 71º

Pagamentos adicionais nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, a cláusula contratual que obrigue o consumidor a efectuar qualquer pagamento adicional ao montante estipulado em contrapartida da obrigação contratual principal do profissional, em especial quando tenha sido incorporada utilizando opções estabelecidas por defeito que o consumidor deve rejeitar para evitar o pagamento adicional, não é vinculativa para o consumidor, salvo se este, antes de ficar vinculado pelo contrato, tiver dado o seu consentimento expresso ao pagamento adicional. Se o consumidor tiver efectuado o pagamento adicional, poderá recuperá-lo.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 72º

Cláusula de documento contratual único

1. Sempre que um contrato escrito inclua uma cláusula estabelecendo que o documento engloba todas as cláusulas contratuais (cláusula de documento contratual único), nenhuma outra declaração, compromisso ou acordo prévio não incluídos no documento farão parte do contrato.

2. Salvo disposição contratual em contrário, uma cláusula de documento contratual único não impede que, na interpretação do contrato, se utilizem declarações anteriores das partes.

3. Num contrato entre um profissional e um consumidor, este último não fica vinculado por uma cláusula de documento contratual único.

4. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 73º

Determinação do preço

Sempre que o preço a pagar por força de um contrato não possa ser determinado de outro modo, esse preço será, na falta de indicação em contrário, o preço normalmente cobrado em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço, um preço razoável.

Artigo 74º

Determinação unilateral por uma parte

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a uma das partes e esta os determine de forma manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

2. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 75º

Determinação por um terceiro

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a um terceiro e este não possa ou não queira fazê-lo, um tribunal pode, salvo se tal for incompatível com as cláusulas contratuais, designar outra pessoa para o determinar.

2. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual por um terceiro for manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

3. Para efeitos do n. 1, o termo «tribunal» inclui um tribunal arbitral.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do n. 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 76º

Língua

Sempre que a língua a utilizar nas comunicações relativas ao contrato, ou aos direitos e s obrigações dele decorrentes não possa ser determinada de outro modo, a língua a utilizar é a da celebração do contrato.

Artigo 77º

Contratos de duração indeterminada

1. Sempre que, no caso de uma obrigação contratual que implique um cumprimento continuado ou periódico, as cláusulas contratuais não estabeleçam o momento em que se extingue a relação contratual ou não prevejam a sua resolução mediante notificação prévia nesse sentido, qualquer das partes o pode resolver mediante notificação prévia razoável não superior a dois meses.

2. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 78º

Cláusulas contratuais a favor de terceiros

1. As partes contratantes podem, por força do seu contrato, conferir um direito a um terceiro. Não é necessário que o terceiro exista ou seja identificado no momento da celebração do contrato, mas deve ser identificável.

2. A natureza e o conteúdo do direito conferido ao terceiro são estipulados no contrato. Esse direito pode adoptar a forma de uma exclusão ou limitação da responsabilidade do terceiro em relação a uma das partes contratantes.

3. Quando uma das partes contratantes estiver obrigada a determinado cumprimento em relação a um terceiro por força do contrato:

(a) o terceiro beneficia dos mesmos direitos ao cumprimento e aos meios de defesa por incumprimento como se a parte contratante estivesse obrigada ao cumprimento por força de um contrato celebrado com o terceiro; e

(b) a parte contratante que tem a obrigação de cumprir pode opor ao terceiro todos os meios de defesa que poderia invocar contra a outra parte no contrato.

4. O terceiro pode renunciar ao direito conferido, mediante notificação, a uma ou outra das partes contratantes, se o fizer antes de o ter aceite expressa ou tacitamente. Em caso de renúncia, considera-se que o terceiro nunca beneficiou do direito em causa.

5. As partes contratantes podem suprimir ou alterar a cláusula contratual que confere o direito se o fizerem antes de qualquer delas ter comunicado ao terceiro a concessão do mesmo.

Capítulo 8 Cláusulas contratuais abusivas

SECÇÃO 1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 79º

Efeitos das cláusulas contratuais abusivas

1. A cláusula contratual incorporada por uma parte e considerada abusiva de acordo com o disposto nas secções 2 e 3 do presente capítulo não é vinculativa para a outra parte.

2. Sempre que o contrato possa continuar em vigor sem a cláusula contratual abusiva, as outras cláusulas contratuais continuam a ser vinculativas.

Artigo 80º

Excepções à apreciação do carácter abusivo

1. As secções 2 e 3 não se aplicam às cláusulas contratuais que reflectam disposições do direito europeu comum da compra e venda que se aplicariam se tais cláusulas não regulassem a matéria.

2. A secção 2 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º.

3. A secção 3 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar.

Artigo 81º

Natureza imperativa

As partes não podem excluir a aplicação do presente capítulo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 2 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE UM PROFISSIONAL E UM CONSUMIDOR

Artigo 82º

Dever de transparência das cláusulas contratuais não especificamente negociadas

Sempre que um profissional incorpore cláusulas contratuais que não tenham sido especificamente negociadas com o consumidor na aceção do artigo 7º, tem o dever de assegurar que sejam redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis.

Artigo 83º

Significado de «abusivo» nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, uma cláusula contratual incorporada pelo profissional que não tenha sido especificamente negociada na aceção do artigo 7º é abusiva, para efeitos da presente secção, se causa um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, em detrimento do consumidor, contrário ao princípio da boa fé contratual.

2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:

- (a) se o profissional cumpriu o dever de transparência previsto no artigo 82º;
- (b) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;
- (c) as circunstâncias prevalecentes durante a celebração do contrato;
- (d) as outras cláusulas contratuais; e
- (e) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

Artigo 84º

Cláusulas contratuais que são sempre abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual é sempre considerada abusiva se tiver por objecto ou efeito:

- a) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional em caso de morte ou danos corporais causados ao consumidor em resultado de uma acção ou omissão do profissional ou da pessoa que actue em seu nome;
- b) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional por qualquer perda ou dano para o consumidor em resultado de um acto deliberado ou negligente grave;
- c) limitar a obrigação do profissional de respeitar os compromissos assumidos pelos seus mandatários ou sujeitar os seus compromissos ao respeito de uma condição específica que dependa exclusivamente do profissional;
- d) excluir ou impedir o direito do consumidor de propor acções judiciais ou de recorrer a qualquer outro meio de defesa legal, em especial obrigando-o a dirigir-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não prevista normalmente nas disposições jurídicas aplicáveis aos contratos entre um profissional e um consumidor;
- e) conferir competência jurisdicional exclusiva para todos os litígios surgidos no âmbito do contrato ao tribunal do lugar onde o profissional está estabelecido, salvo se o tribunal eleito for também o tribunal do lugar de domicílio do consumidor;
- f) conferir ao profissional o direito exclusivo de decidir se os bens, conteúdos digitais ou serviços conexos fornecidos estão em conformidade com o contrato, ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula contratual;
- g) estabelecer que o consumidor fica vinculado pelo contrato e o profissional não;

h) exigir ao consumidor que utilize, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um método mais formal do o utilizado para a sua celebração;

i) conceder ao profissional, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um prazo de notificação inferior ao exigido para o consumidor;

j) obrigar o consumidor a pagar bens, conteúdos digitais ou serviços conexos que não tenham sido efectivamente fornecidos ou prestados;

k) determinar que as cláusulas contratuais não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º prevaleçam ou tenham preferência sobre cláusulas especificamente negociadas.

Artigo 85º

Cláusulas contratuais que se presumem abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual presume-se abusiva se tiver por objecto ou efeito:

a) restringir os elementos de prova à disposição do consumidor ou impor-lhe um ónus da prova que juridicamente deveria caber ao profissional;

b) excluir ou limitar de forma inadequada os meios de defesa à disposição do consumidor contra o profissional ou um terceiro em caso de incumprimento pelo profissional das obrigações previstas no contrato;

c) excluir ou limitar de forma inadequada o direito de compensar os créditos que o consumidor possa ter em relação ao profissional com o que o consumidor possa dever ao profissional;

d) permitir que o profissional retenha montantes em dinheiro pagos pelo consumidor se este decidir não celebrar o contrato ou não cumprir obrigações decorrentes do mesmo, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional o pagamento de uma indemnização de montante equivalente numa situação inversa;

e) exigir ao consumidor que não cumpre as suas obrigações ao abrigo do contrato que pague um montante desproporcionadamente elevado a título de prejuízos, ou um pagamento estipulado em caso de incumprimento;

f) conferir ao profissional o direito de retractação ou de resolução do contrato na aceção do artigo 8º de forma discricionária, sem reconhecer ao consumidor o mesmo direito, ou conferir ao profissional o direito de conservar os montantes pagos por serviços conexos ainda não prestados no caso de o profissional proceder à retractação ou resolução do contrato;

g) permitir ao profissional resolver um contrato de duração indeterminada sem notificação prévia, salvo por motivos graves;

h) estabelecer a prorrogação automática de um contrato de duração determinada, salvo indicação em contrário do consumidor, quando as cláusulas contratuais estabeleçam um prazo para notificação com demasiada antecedência;

i) permitir ao profissional alterar unilateralmente as cláusulas contratuais sem um motivo válido especificado no contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas contratuais ao abrigo das quais o profissional se reserva o direito de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais de duração indeterminada, desde que o profissional informe desse facto o consumidor num prazo razoável e que este possa livremente resolver o contrato sem custos adicionais;

j) permitir ao profissional alterar unilateralmente sem um motivo válido algumas das características dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer ou qualquer outra característica da prestação;

k) estipular que o preço dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos deve ser determinado no momento da sua entrega ou prestação, ou permitir ao profissional aumentar o preço sem que o consumidor tenha o direito de se retractar se o preço final for muito superior ao preço acordado aquando da celebração do contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas de indexação de preços, desde que as mesmas sejam válidas e que nelas esteja explicitamente descrito o método de variação do preço;

l) obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações nos termos do contrato no caso de o profissional não cumprir as suas próprias obrigações;

m) permitir ao profissional a cessão dos seus direitos e obrigações contratuais sem o consentimento do consumidor, salvo quando se trate de cessão para uma filial controlada pelo profissional, ou a cessão resultar de uma fusão ou de uma transacção empresarial legítima similar, e não seja provável que tal cessão afecte negativamente qualquer direito do consumidor;

n) permitir ao profissional, quando o objecto da encomenda estiver indisponível, fornecer um objecto equivalente sem ter informado expressamente o consumidor dessa possibilidade e da obrigação de o profissional dever suportar os custos da devolução do que foi recebido pelo consumidor ao abrigo do contrato caso este exerça o direito de recusar a prestação;

o) permitir ao profissional determinar um prazo de aceitação ou de recusa da oferta injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

p) permitir ao profissional determinar um prazo de cumprimento das obrigações contratuais injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

q) excluir ou limitar de forma inadequada as vias de recurso à disposição do consumidor contra o profissional ou os meios de defesa à sua disposição contra as pretensões do profissional;

r) subordinar o cumprimento das obrigações contratuais pelo profissional, ou subordinar outros efeitos do contrato favoráveis ao consumidor, a determinadas formalidades que não sejam juridicamente exigidas nem razoáveis;

s) exigir ao consumidor adiantamentos excessivos ou garantias do cumprimento das obrigações excessivas;

t) impedir injustificadamente que o consumidor obtenha fornecimentos ou reparações da parte de terceiros;

u) vincular injustificadamente o contrato a outro contrato com o profissional, uma das suas filiais, ou um terceiro, de um modo que o consumidor não possa prever;

v) impor um encargo excessivo ao consumidor para resolver um contrato de duração indeterminada;

w) fixar um período inicial para o contrato, ou qualquer período de renovação, superior a um ano, para um contrato de fornecimento prolongado de bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, salvo se o consumidor o puder resolver em qualquer momento dispondo para esse efeito de um prazo de resolução não superior a 30 dias.

SECÇÃO 3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE PROFISSIONAIS

Artigo 86º

Significado de «abusivo» nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, uma cláusula contratual é considerada abusiva para efeitos da presente secção, se:

(a) formar parte das cláusulas não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º; e
(b) for de natureza tal que a sua aplicação se desvie manifestamente das boas práticas comerciais, contrariamente ao princípio da boa fé contratual.

2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:

- (a) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;
- (b) as circunstâncias prevaletentes durante a celebração do contrato;
- (c) as outras cláusulas contratuais; e
- (d) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

Parte VII Restituição

Capítulo 17 Restituição

Artigo 172º

Restituição em caso de anulação ou de resolução

1. Sempre que um contrato seja anulado ou resolvido por qualquer uma das partes, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte («beneficiário») recebeu da outra parte.

2. A obrigação de devolver o que foi recebido inclui os eventuais frutos naturais e legais decorrentes do que se recebeu.

3. Em caso de resolução de um contrato relativo a um cumprimento em fracções ou partes, não se exige a devolução do que foi recebido em relação a qualquer fracção ou parte quando as obrigações de ambas as partes tenham sido correctamente cumpridas, ou quando o preço relativo à fracção executada continua a ser exigível nos termos do artigo 8º, nº 2, salvo se a natureza do contrato for tal que o cumprimento parcial não tem qualquer valor para uma das partes.

Artigo 173º

Pagamento do valor monetário

1. Sempre que não possa ser restituído o que foi recebido, incluindo os frutos quando pertinente, ou no caso de conteúdos digitais quer tenham ou não sido fornecidos num suporte material, o beneficiário deve pagar o valor monetário correspondente.

Sempre que a restituição seja possível, mas implicar esforços ou gastos excessivos, o beneficiário pode optar por pagar o valor monetário desde que tal não prejudique os interesses patrimoniais da outra parte.

2. O valor monetário dos bens corresponde ao valor que teriam na data em que o pagamento do valor monetário deve ser efectuado se tivessem sido conservados pelo destinatário sem destruição ou danos até essa data.

3. Sempre que um contrato de serviços conexos é anulado ou resolvido pelo cliente depois do serviço ser total ou parcialmente prestado, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o cliente poupou ao receber o serviço conexo.

4. No caso dos conteúdos digitais, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o consumidor poupou ao utilizar os conteúdos digitais.

5. Sempre que o beneficiário tenha obtido a substituição em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais quando sabia ou devia saber do motivo da anulação ou da

resolução, a outra parte pode optar por reclamar o substituto ou o valor monetário do substituto. Um beneficiário que tenha obtido um substituto em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais, quando não sabia e não podia saber do motivo da anulação ou da resolução, pode optar por devolver o substituto ou o seu valor monetário.

6. No caso de conteúdos digitais que não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço, não serão efectuadas restituições.

Artigo 174º

Pagamento pela utilização e juros sobre o montante recebido

1. O beneficiário que tenha utilizado os bens deve pagar à outra parte o valor monetário dessa utilização por qualquer período de tempo sempre que:

(a) o beneficiário tenha sido a causa da anulação ou da resolução;

(b) o beneficiário, antes do início do referido período, tivesse conhecimento do motivo de anulação ou da resolução; ou

(c) tendo em conta a natureza dos bens, a natureza e o âmbito da utilização, bem como a possibilidade de recorrer a meios de defesa diferentes da resolução, não fosse equitativo permitir ao beneficiário a livre utilização dos bens durante esse período.

2. O destinatário que está obrigado a restituir montantes em dinheiro deve pagar juros, à taxa fixada no artigo 166º, sempre que:

(a) a outra parte seja obrigada a pagar pela utilização; ou

(b) o beneficiário tenha causado a anulação do contrato devido a dolo, ameaça e exploração indevida.

3. Para efeitos do presente capítulo, o destinatário não é obrigado a pagar pela utilização dos bens recebidos ou os juros sobre o montante recebido em qualquer outra circunstância distinta das estabelecidas nos n.os 1 e 2.

Artigo 175º

Indemnização das despesas

1. Sempre que um beneficiário tenha incorrido em despesas relativas a bens ou conteúdos digitais, tem direito a uma indemnização na medida em que as despesas beneficiem a outra parte, desde que tenham sido efectuadas quando o beneficiário não conhecia nem podia conhecer o motivo da anulação ou da resolução.

2. O destinatário que conhecia ou devia conhecer o motivo da anulação ou da resolução só tem direito a indemnização pelas despesas que tenham sido necessárias para proteger os bens ou os conteúdos digitais contra o extravio ou a diminuição do valor, desde que não tenha tido a oportunidade de solicitar o aconselhamento da outra parte.

Artigo 176º

Alteração equitativa

Qualquer obrigação de restituição ou de pagamento prevista pelo presente capítulo pode ser alterada na medida em que o seu cumprimento seja manifestamente injusto, tendo em conta, em especial, o facto de a parte ter causado ou não a anulação ou resolução ou não ter conhecimento dessa causa.

Artigo 177º

Natureza imperativa

Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

¹¹⁰ **Alteração 16**
Proposta de regulamento
Considerando 31

Texto da Comissão

(31) O princípio da boa fé contratual deve orientar a forma como as partes devem cooperar. Visto que algumas normas constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, estas devem prevalecer sobre o princípio geral. Assim, o princípio geral não pode ser utilizado como um instrumento para alterar os direitos e obrigações específicos das partes, previstos em normas específicas. Os requisitos concretos resultantes do princípio da boa fé contratual devem depender, entre outros, do nível relativo de conhecimentos técnicos das partes, devendo por isso ser diferentes nas transações entre empresas e consumidores e nas transações unicamente entre empresas. Nas transações entre profissionais, as boas práticas comerciais na situação específica em causa constituirão um fator relevante neste contexto.

Alteração

(31) O princípio geral da boa fé contratual deve orientar a forma como as partes devem cooperar. Visto que algumas normas constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, estas devem prevalecer sobre o princípio geral. Assim, o princípio geral não pode ser utilizado como um instrumento para alterar os direitos e obrigações específicos das partes, previstos em normas específicas. Os requisitos concretos resultantes do princípio da boa fé contratual devem depender, entre outros, do nível relativo de conhecimentos técnicos das partes, devendo por isso ser diferentes nas transações entre empresas e consumidores e nas transações unicamente entre empresas. Nas transações entre profissionais, as boas práticas comerciais na situação específica em causa constituirão um fator relevante neste contexto. Sem impedir as partes da prossecução dos seus próprios interesses, o princípio geral da boa fé contratual deve constituir um padrão de conduta que assegura uma relação honesta, transparente e equitativa. Apesar de impedir uma parte de exercer ou se basear num direito, recurso ou defesa que, de outro modo, essa parte teria, o princípio enquanto tal não deve dar lugar a uma exigência geral de indemnização. As disposições do direito europeu comum de compra e venda que constituem manifestações específicas do princípio geral da boa fé contratual, como a prevenção da fraude ou do incumprimento de uma obrigação criada por uma condição implícita podem dar lugar a indemnização, mas apenas em casos muito específicos.

Justificação

Os aditamentos clarificam o âmbito do princípio da boa fé contratual, e refletem as alterações propostas à definição deste princípio e ao artigo 2º, nº 2.

Alteração 20

Proposta de regulamento

Considerando 34-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

(34-C) A fim de ajudar a facilitar a utilização do direito europeu comum de compra e venda, a Comissão deverá trabalhar para o desenvolvimento de um modelo europeu de cláusulas contratuais. Tal modelo de cláusulas contratuais poderia complementar utilmente as disposições do direito europeu comum de compra e venda ao enunciar os aspetos específicos de um dado contrato e ter em conta as particularidades dos setores comerciais relevantes. Deve responder às necessidades das partes interessadas e colher as lições da experiência prática inicial da utilização do direito europeu comum de compra e venda. O modelo de cláusulas contratuais deve ser disponibilizado ao público, já que poderá proporcionar valor acrescentado aos profissionais que optem por celebrar contratos transfronteiras utilizando o direito europeu comum de compra e venda. Para que esse modelo de termos contratuais acompanhe efetivamente o direito europeu comum de compra e venda, a Comissão deve iniciar os seus trabalhos o mais rapidamente possível.

Alteração 27

Proposta de regulamento

Artigo 2 – alínea b)

Texto da Comissão

Alteração

(b) «Boa fé contratual», um padrão de conduta caracterizado pela honestidade, abertura e

Suprimido

consideração pelos interesses da outra parte na transação ou na relação em causa;

(Ver alteração para a nova alínea f-E); o texto foi alterado).

Alteração 29

Proposta de regulamento

Artigo 2 – alínea d)

Texto da Comissão

(d) «Cláusulas contratuais gerais», cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda;

Alteração

Suprimido

Alteração 35

Proposta de regulamento

Artigo 2 – alínea f-E) (nova)

Texto da Comissão

Alteração

(f-E) “Boa fé contratual”, um padrão de conduta caracterizado pela honestidade e a abertura relativamente à outra parte na transação ou na relação em causa, e que exclui uma intenção cuja única finalidade é prejudicar;

(Ver alteração para a alínea b)

Justificação

A antiga redação (“consideração pelos interesses”) foi entendida como forma de evitar que as partes avancem para negociações aguerridas e causa de preocupação, em particular, em contratos B2B (de empresa a empresa). A fim de clarificar que tal não é o propósito, a nova redação estipula que nenhuma das partes pode abusar dos seus direitos. A alteração também é relevante para o artigo 82º no que diz respeito ao controlo de abusos B2B e deverá atenuar a preocupação conexa de que as partes num contrato não tenham a possibilidade de seguir os seus próprios interesse ao negociarem.

Alteração 36

Proposta de regulamento

Artigo 2 – alínea f-F) (nova)

Texto da Comissão

Alteração
(f-F) «Cláusulas contratuais gerais», cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda;

Alteração 87

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – nº 3 – alínea e)

Texto da Comissão
(e) as cláusulas contratuais.

Alteração
(e) as cláusulas com base nas quais o profissional está disposto a celebrar o contrato.

Alteração 88

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – parágrafo 4

Texto da Comissão
4. O profissional deve assegurar que as cláusulas contratuais referidas no nº 3, alínea e), são redigidas em caracteres alfabéticos ou outros caracteres inteligíveis, e num suporte duradouro que permita a leitura, a gravação da informação contida no texto e a sua reprodução num suporte material.

Alteração
4. Sem prejuízo de requisitos mais estritos para um profissional perante um consumidor, nos termos da Secção 1, esse profissional deve assegurar que as cláusulas referidas no nº 3, alínea e), são redigidas em caracteres alfabéticos ou outros caracteres inteligíveis, e num suporte duradouro que permita a leitura, a gravação da informação contida no texto e a sua reprodução num suporte material.

(Ver alteração para a nova alínea f-F);

Alteração 89

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 24 – parágrafo 5

Texto da Comissão
5. O profissional deve, por via eletrónica e sem demora excessiva, acusar a receção da oferta ou

Alteração
5. O profissional deve, por via eletrónica e sem demora excessiva, acusar a receção da

da aceitação enviada pela outra parte.

oferta ou da aceitação enviada pela outra parte. A informação recebida deve apresentar o conteúdo da oferta ou da aceitação.

Alteração 90

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 29 – parágrafo 1

Texto da Comissão

1. A parte que não cumpriu algum dos deveres impostos pelo presente capítulo é responsável por qualquer prejuízo causado à outra parte devido a esse incumprimento.

Alteração

1. A parte que não cumpriu algum dos deveres impostos pelo presente capítulo é responsável, nos termos do Capítulo 16, por qualquer prejuízo causado à outra parte devido a esse incumprimento.

Alteração 91

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 30 – parágrafo 2

Texto da Comissão

2. O acordo é obtido mediante a aceitação de uma oferta. A aceitação pode ser dada de forma explícita ou mediante outra declaração ou comportamento.

Alteração

2. O acordo é obtido mediante a aceitação de uma oferta.

Justificação

Simplificação da redação. O artigo 34º, nº 1, já indica que a aceitação pode ser dada por qualquer forma ou comportamento.

Alteração 92

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 31 – nº 1 – alínea b)

Texto da Comissão

(b) tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para garantir a existência de um contrato.

Alteração

(b) tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para garantir a existência de um contrato. Nas relações entre um profissional e um consumidor, uma oferta apenas será considerada com conteúdo e certeza suficientes se incluir um objeto, uma quantidade ou duração, e um preço.

Justificação

No caso dos contratos B2C, afigura-se adequado clarificar qual é o conteúdo mínimo de uma oferta.

Alteração 93

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo – 48 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo – 48º

Âmbito de aplicação

1. O presente capítulo aplica-se à anulação de contratos por vício de vontade e vícios semelhantes.

2. As disposições do presente capítulo aplicam-se, com as adaptações necessárias, à anulação de uma oferta, aceitação ou outra declaração unilateral que indique a intenção, ou comportamento equivalente.

(Para o nº 2, ver alteração ao artigo 12º, nº 4)

Justificação

Clarificação.

Alteração 94

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea a)

Texto da Comissão

(a) essa parte, sem tal erro, não teria celebrado o contrato ou só o teria feito em condições substancialmente diferentes e a outra parte sabia ou devia sabê-lo; bem como

Alteração

(a) essa parte, sem tal erro, não teria celebrado o contrato ou só o teria feito em condições substancialmente diferentes;

Justificação

Não é adequado vincular uma parte aos seus erros, e.g., erros tipográficos, exigindo a corresponsabilidade da outra parte.

Alteração 95

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea i)

Texto da Comissão
(i) causou o erro;

Alteração
(i) causou o erro; ou

Alteração 96

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea ii)

Texto da Comissão
(ii) levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao desprezar algum dos deveres de informação pré-contratual previstos no Capítulo 2, secções 1 a 4;

Alteração
(ii) levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao desprezar algum dos deveres de informação pré-contratual previstos no Capítulo 2, secções 1 a 4; ou

Alteração 97

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 48 – ponto 1 – alínea b) – subalínea iv)

Texto da Comissão
(iv) incorreu no mesmo erro.

Alteração
Suprimido

Justificação

A anulação pelo mesmo erro apresenta-se como um elemento estranho neste capítulo. Pode ser encontrada uma solução para tais casos através da interpretação ou alteração de circunstâncias.

Alteração 98

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 49 – ponto 3 – parte introdutória

Texto da Comissão
3. Para determinar se, de acordo com a boa fé contratual, uma parte tinha a obrigação de comunicar uma informação específica, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

Alteração
3. Para determinar se, de acordo com a boa fé contratual, uma parte tinha a obrigação de comunicar uma informação específica, têm que ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

Justificação

Trata-se de conformar a redação com o artigo 23º, n.º 2 (dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), que inclui um enunciado de circunstâncias comparável.

Alteração 99
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 49 – ponto 3 – alínea e)

Texto da Comissão	Alteração
(e) a importância que aparentemente teriam as referidas informações para a outra parte; bem como	(e) a importância que provavelmente teriam as referidas informações para a outra parte; bem como

Justificação

Trata-se de conformar a redação com o artigo 23º, nº 2 (dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), que inclui um enunciado de circunstâncias comparável. Não há razão para que a importância da informação para a outra parte seja maior aqui.

Alteração 103
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 58 – ponto 3-A (novo)

Texto da Comissão	Alteração
Texto da Comissão	3-A. As expressões utilizadas num contrato devem ser interpretadas à luz desse contrato da totalidade.

(Ver alteração ao artigo 60º) o texto foi alterado).

Justificação

Um conjunto de alterações destina-se a reformular as disposições relativas à interpretação, a fim de tornar o capítulo mais fácil de ler e de com ele lidar

Alteração 109
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 61-A (novo)

Texto da Comissão	Alteração
	Artigo 61º-A
	Prevalência da interpretação a favor da eficácia das cláusulas contratuais
	Uma interpretação que dê efeito às cláusulas contratuais prevalece sobre outra que não dê.

Alteração 110
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 61-B (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 61º-B

Interpretação a favor dos consumidores

1. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula contratual entre um profissional e um consumidor, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor, a menos que a cláusula por ele tenha sido proposta.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

(Ver alteração ao artigo 64º)

Alteração 111

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 62 – título

Preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas

Alteração

Cláusulas contratuais não especificamente negociadas

Alteração 112

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 62 – nº 1-A (novo)

Texto da Comissão

Alteração

1-A. Sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 61º-B, existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na aceção do artigo 7º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto.

(Ver alteração ao artigo 65º)

Justificação

O artigo 65º foi integrado no artigo 62º, já que parece ser de leitura mais clara quando todas as disposições relativas à interpretação de cláusulas contratuais não negociadas individualmente estão agrupadas num único artigo. A redação foi clarificada.

Alteração 117
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 67 – parágrafo 3

Texto da Comissão

3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com cláusulas contratuais que tenham sido especificamente negociadas ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Alteração

3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com o acordo entre as partes ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Justificação

Clarificação.

Alteração 118
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 68 – parágrafo 2

Texto da Comissão

2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser suscetível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado caso tivessem regulado a matéria.

Alteração

2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser suscetível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado.

Justificação

Simplificação da redação.

Alteração 121
Proposta de regulamento
Anexo I – artigo 70

Texto da Comissão

Artigo 70º

Dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente

1. As cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou

Alteração

Suprimido

adotou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

2. Para efeitos do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

(Ver alteração ao artigo 76º-A; o texto foi alterado)

Alteração 125

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A (novo) – título

Texto da Comissão

Alteração
Artigo 76º-A
Dever de informação sobre cláusulas contratuais não negociadas especificamente

Alteração 126

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – nº 1 (novo)

Texto da Comissão

Alteração
1. As cláusulas contratuais incorporadas por um profissional e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra um consumidor se este último delas teve conhecimento, ou se o profissional que as incorporou adotou medidas razoáveis para chamar a atenção do consumidor para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 1)

Justificação

Parece ser suficiente apenas prever a obrigação de chamar a atenção para cláusulas contratuais não negociadas especificamente em contratos B2C. Trata-se de ter em conta as preocupações suscitadas pela aplicação desta disposição igualmente a contratos B2B.

Alteração 127

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – n.º 2 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2. Para efeitos de aplicação do presente artigo, considera-se que não foi suficientemente chamada a atenção do consumidor para as cláusulas contratuais se estas últimas não forem:

(a) apresentadas de forma adequada para chamar a atenção do consumidor para a sua existência; e

(b) fornecidas ou disponibilizadas pelo profissional ao consumidor de forma a que este último tenha a oportunidade de as compreender antes de ser celebrado o contrato.

(Ver alteração ao artigo 70.º, n.º 2; o texto foi alterado)

Justificação

Tem sido criticado o facto de o artigo 70.º, n.º 2, apenas estipular que comportamento é considerado suficiente para chamar suficientemente a atenção do consumidor para as cláusulas contratuais. O texto agora proposto pretende descrever o que é necessário fazer para cumprir esse dever: um profissional que apresente cláusulas contratuais não especificadamente negociadas apenas pode evocar essas cláusulas contra o consumidor se as tiver apresentado de forma adequada para chamar a atenção deste último para a sua existência e que lhe permita compreendê-las antes da celebração do contrato.

Alteração 128

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – n.º 3 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

3. As cláusulas contratuais não são consideradas como tendo sido suficientemente levadas ao conhecimento do consumidor por simples

referência num documento de contrato, mesmo que o consumidor assine esse documento.

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 2)

Alteração 129

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 76-A – nº 4 (novo)

Texto da Comissão

Alteração

4. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos em detrimento do consumidor.

Justificação

(Ver alteração ao artigo 70º, nº 3)

Alteração 168

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – título

Texto da Comissão

Alteração

Restituição em caso de anulação ou de resolução

Restituição em caso de anulação, resolução ou invalidade

Um conjunto de alterações destina-se a redigir de novo o capítulo relativo à restituição, dado que foram detetadas diversas insuficiências. As propostas destinadas a conseguir maior coerência e resultados equilibrados, assim como a completar e clarificar as disposições e a dispor de soluções práticas para o fornecimento de conteúdos digitais, nomeadamente quando estes últimos constituírem a contrapartida de uma conta-prestação que não seja o pagamento de um preço.

Alteração 169

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 1

Texto da Comissão

Alteração

1. Sempre que um contrato seja anulado ou resolvido por qualquer uma das partes, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte

1. Sempre que um contrato ou parte de um contrato seja anulado, resolvido por qualquer uma das partes, ou inválido ou não vinculativo

(«beneficiário») recebeu da outra parte.

por outras razões que não a anulação ou a resolução, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte (“o beneficiário”) recebeu da outra parte a título do contrato ou parte do contrato afetados.

Justificação

Clarificações para a anulação ou resolução parciais (cf. artigo 117º) e para casos em que um contrato seja inválido ou não vinculativo porque o vendedor não cumpriu um certo número de obrigações ou requisitos específicos (e.g. artigos 19º, nº 4, 25º, nº 2, 71º, nº 1, 72º, nº 3, 79º, nº 2, 167º, nº 3 e 170º, nº 1)

Alteração 170

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-A (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-A. A restituição será efetuada sem atrasos indevidos e, em qualquer caso, num prazo máximo de catorze dias a contar da notificação da anulação ou resolução. Quando o beneficiário for um consumidor, considera-se que este prazo é cumprido se este último tomar as medidas necessárias antes de o período de catorze dias ter expirado.

Justificação

Clarificação relativa ao prazo de restituição. A solução proposta corresponde às disposições sobre o exercício do direito de retratação (artigos 44º, nº 1 e 45º, nº 1, em consonância com a Diretiva Bens de Consumo).

Alteração 171

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-B (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-B. O beneficiário suporta o custo da restituição do que recebeu.

Justificação

Clarificação relativa aos custos da restituição. A solução proposta corresponde às disposições

relativas ao exercício do direito de retratação (artigo 44º, nº 2, em consonância com a Diretiva Consumo de Bens).

Alteração 172

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-C. Uma parte pode exercer o direito de retratação do cumprimento de uma obrigação de restituição se tiver interesse legítimo em fazê-lo, por exemplo, quando tal for necessário para avaliar a existência de uma falta de conformidade.

Justificação

Clarificação.

Alteração 173

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 172 – ponto 2-D (novo)

Texto da Comissão

Alteração

2-D. Em caso de incumprimento por uma das partes de uma obrigação de restituição ou pagamento, nos termos do presente capítulo, a outra parte pode exigir uma indemnização, nos termos dos artigos 159º a 163º.

Justificação

Clarificação.

Alteração 201

Proposta de regulamento

Anexo I – artigo 186-C (novo)

Texto da Comissão

Alteração

Artigo 186º-C

Desenvolvimento de um “modelo europeu de cláusulas contratuais”

1. O mais rapidamente possível e, o mais tardar,

num prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor do presente regulamento, a Comissão deve constituir um grupo de perito para assistir no desenvolvimento de um “modelo europeu de cláusulas contratuais” baseado no direito europeu comum da compra e venda e complementar deste último, assim como para promover a sua aplicação.

2. A Comissão, com assistência do grupo de peritos deve apresentar o primeiro “modelo europeu de cláusulas contratuais” no prazo de [xxx] a contar da data de entrada em vigor do presente regulamento.

3. O grupo de peritos referido no nº 1 será composto por membros que representem, em particular, os interesses dos utilizadores do direito europeu comum da compra e venda para a União Europeia. Pode decidir estabelecer subgrupos de especialistas para domínios separados da atividade comercial.

Justificação

A necessidade de elaborar contratos-modelo harmonizados paralelamente ao DECV deve ser reiterada. Os contratos-modelo normalizados – em especial devido ao artigo 6º, nº 2 do Regulamento Roma I – não funcionariam no atual quadro legal. Os relatores estão convictos que esses contratos-modelo, disponíveis de imediato, seriam cruciais para o sucesso do DECV, e instam a Comissão a dar início a trabalhos sobre estes modelos tão rapidamente quanto possível e em paralelo ao processo legislativo em curso. Consideram ser necessária uma referência expressa a esses contratos-modelo no articulado.

¹¹¹ Parecer CESE 800/2012, INT/600 de 29 de março de 2012, Relatora Ana Bontea.

CONDICIONES GENERALES Y CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO, EN ARGENTINA – PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

RUBÉN STIGLITZ**

Profesor honorario de la Universidad de Mendoza

GABRIEL STIGLITZ***

Fundador e primeiro presidente do Instituto Argentino de
Derecho del Consumidor

EXCERTOS

“La claridad se une a la legibilidad, para que las cláusulas predisuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual”

“Añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato”

“La directiva de interpretación contractual que impera, consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación”

“La regla contra proferentem, importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente”

“La cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto, el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos”

**** Outras qualificações do autor**

Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1989/1996). Membro da Associação Internacional de Derecho de Seguros (A.I.D.A) y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

***** Outra qualificação do autor**

Professor da Universidade Nacional de la Plata.

I. El contrato por adhesión en el Proyecto de Código civil y comercial

1. Definición de “contratos por adhesión” y requisitos de las “cláusulas generales predispuestas”. Quid de las “cláusulas particulares”

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Código introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo.

Hasta este Proyecto, normativamente no existía en Argentina una definición del contrato por adhesión. Obviamente no se halla en el Código civil originario, ni tampoco en la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el artículo 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas.

En el Código, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los habremos de reproducir y añadir un breve comentario a cada disposición.

Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

“ARTÍCULO 984 – Definición. El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta categoría, el Código alude a “contrato”, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición, la existencia de dos partes: por un lado el predisponente, que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro lado, la contraparte del predisponente es el adherente, que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica y así lo señalamos, de modo complementario, en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión, se halla constituido por el hecho que el adherente carece de poder de negociación, a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de las cláusulas. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

2. Requisitos de los contratos por adhesión

A) Cláusulas predispuestas.

El Código enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predispuestas, a saber:

ARTÍCULO 985 – “Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tendrán por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares”.

Cabe indicar, que el Código, hace prevalecer la importancia de la legibilidad, la inteligibilidad y la completividad de la cláusula, de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar y repetir que a la claridad se une la legibilidad, para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en **pequeños caracteres**.

Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por **cláusulas restrictivas**, concluimos que sólo ellas deben ser **redactadas en caracteres notorios**, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor.

Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerables y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el **defecto de legibilidad** de una cláusula restrictiva, es el de su **inoponibilidad al adherente/consumidor**. Y aun cuando se satisfagan las pautas en orden a legibilidad, si la cláusula es abusiva, es nula y se tiene por no convenida.

Lo expresado constituye el efecto que apareja predisponer unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro, constituye la fuente de la responsabilidad en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas por sí por el adherente. Y llena

este requisito, el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio¹.

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto que se declara como no convenientes las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el artículo 80 inc. b), 2da parte del decreto-ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios².

B) Cláusulas particulares.

El Código le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares:

- no sólo por disciplinarlas en una disposición específica,
- sino porque el contenido de la misma constituye una definición sobre lo que

son,

– y por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

ARTÍCULO 986 – “Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar, que en la disposición precedente se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el **negociado individualmente**.

Creemos que la denominación es la más acertada, porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional, que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación.

En efecto, hoy prevalecen:

- los contratos por adhesión,
- y los contratos de consumo, que predominantemente se forman por adhesión, y excepcionalmente, se negocian individualmente.

La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada, en tanto constituye el resultado de la libre contratación, por sobre la cláusula general, resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al incluirlas, consiste en suprimir o modificar la cláusula predisposta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predisposta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera, consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predisposta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación³.

En efecto, **en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón:**

a) no sólo que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata,

b) sino que, es tarea relevante del intérprete, no perder de vista

que la cláusula manuscrita o mecanografiada, se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predisposta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente, sin consideración al negocio concreto. Por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada, revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el proveedor uniformemente para sus futuros contratos⁴.

Constituye una aplicación de lo expuesto, el pronunciamiento donde se decidió que “en un contrato de prenda prevalece la cláusula mecanografiada –en el caso, dispuso la prórroga de jurisdicción– sobre otras que integran el formulario al que adhirió el ejecutado, porque la especificidad concedida por las partes a la primera de las cláusulas transcritas parcialmente, condujo a dejar sin efecto la otra, genérica y preimpresa”⁵.

3. Directivas de interpretación de los contratos por adhesión

A la ya expresada, precedentemente, prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas, se añade la previsión contenida específicamente en el artículo 987.

ARTÍCULO 987 – “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Se hace preciso un comentario preliminar.

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, porta sus propias directivas de interpretación –que el Código las ha receptado–, y que ya se hallaban incluidas en el artículo 37 apartado 4 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, en esta última se establece que “cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Por nuestra parte, entendemos que la regla del nuevo Código, es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato por adhesión –la predisposición unilateral del contenido–, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

De allí la necesidad que la directiva en análisis, sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado, utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio⁶.

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda, por no haberse expresado con claridad⁷.

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos⁸.

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto, puede traducirse en la necesidad que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia⁹.

La regla *contra proferentem*, importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente¹⁰.

El Código alude a “contrato”, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario¹¹.

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio¹².

Todo ello justifica trasladar al predisponente, las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas¹³.

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o –lo que es lo mismo–, su interpretación contraria a los intereses del predisponente¹⁴.

Ocurre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato¹⁵, obtiene legalmente una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente, lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial, cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad¹⁶.

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que, “aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio”¹⁷.

Constituye excepción a la directiva precedentemente expuesta, la doctrina que emana del fallo donde se decidió que “tratándose de un negocio entre empresarios, no rige el criterio de interpretar contra el predisponente las cláusulas impresas”¹⁸.

Pero el nuevo Código no formula distinción alguna, lo que significa que es aplicable a todos los contratos por adhesión, sin formular distingo alguno entre los celebrados por consumidores/adherentes, o bien, entre empresarios. Esto significa que la regla “contra proferentem” es aplicable a todos los casos.

II. Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión

1. El texto legal

Cabe reconocer que el Código logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría, con la del

contrato de consumo, con la que en ocasiones se identifica: cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas.

Veremos a continuación cómo en una misma norma, se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incisos a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas que, no son otras, que las cláusulas sorpresivas.

ARTÍCULO 988 – “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;*
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;*
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles”.*

En primer lugar, **la definición de cláusulas abusivas, fue incorporada en el Título III del Código, que regula los contratos de consumo.**

Concretamente, al artículo 1119 que establece lo que sigue: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.*

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo.

En tercer lugar, **cabe señalar que el artículo 988 del Código, al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que opta por reproducir el texto del art. 37 incisos a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240.**

Ello significa, que el nuevo Código, a través de la disposición examinada, ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, **cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial, es aquél que:**

- (a) incluye una cláusula abierta,**
- (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y**
- (c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial.**

Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial.

Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial, conforma una cuestión de política legislativa.

En la actualidad predomina el hecho que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del Consumidor o de leyes especiales.

La cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto, el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo.

Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho, o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas –negras o grises– sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

2. Cláusulas abiertas en el Código Civil y Comercial

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el artículo 988 del Código, cabe computarlo como una mejora ostensible al texto del art. 37 incisos a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual, ya que aludir a las “cláusulas que desnaturalizan las obligaciones”, y a las “cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponente o se restringen las del consumidor”, parecieran expresar lo mismo, ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional, que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponente o suprimiendo sus obligaciones, o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.

Tal como se halla redactado el Código (artículo 988 inciso a), se reproduce parcialmente lo que dispone el art. 37 inciso a) de la Ley 24.240, ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquéllas que “desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...” , sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Código, con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquéllas “que desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

Como quiera que sea, “las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones” son aquéllas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El artículo 988 inciso b) del Código, establece que constituyen cláusulas abusivas: “b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias”. Una vez más, el Código ha mejorado significativamente el texto del art. 37 inciso b), tomando como fuente la previsión contenida en el artículo 968 inciso d) del Anteproyecto de 1998.

La expresión desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente, refiere a tres hipótesis:

(a) ampliando los derechos del proveedor, con daño al consumidor;

(b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor;

(c) ampliando las obligaciones del consumidor, o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno derecho, o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional, en punto a la evaluación del desequilibrio significativo¹⁹.

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/proveedor, o restrinjan los derechos del adherente/consumidor , que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas y que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones podría ser la que ensayamos a continuación:

a) **Cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente**, como por ejemplo:

– la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 33, inciso 2, letra g, “Codice del consumo” de Italia);

– o suspender su ejecución (art. 1398, Cód. Civ. de Perú);

– o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132-1, decreto 2009-302, Francia);

– o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.

b) **Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar**, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato (inciso k, Anexo, Direc. 93-13 – C.E.E.; art. 132-1 inciso 3, decreto 2009-302, Francia).

c) **Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente**, como por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37 inciso a), ley 24.240; art. 132-1, inciso 6, decreto 2009-302, Francia), ej. en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33 inciso 2 ap. 1, “Codice del consumo”, Italia);

d) **Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente**, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifique las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Cód. Civ. italiano; artículo 85 inciso 2, decreto-ley 1/2007, España); o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37, Ley de Defensa del consumidor 24.240; art. 88 inciso 2, decreto-ley 1/2007, España);

e) **Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente**, como, por ejemplo:

– la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 1398, Cód. Civ. de Perú);

– o la cláusula por la que se suprima u obstaculice “el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor,

– en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas,

– o limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición,

– o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante” (anexo sobre cláusulas abusivas correspondiente a la Directiva 93/13 de la C.E.E.; art. 132-1 inciso 12, decreto 2009-302, Francia) .

III. Los contratos de consumo en el Código

1. Directivas de interpretación de los contratos de consumo

A) Las categorías de contratos en el Código Civil y Comercial

Lo primero que debe reconocerse, es el acierto que constituye la idea de incorporar al Código, dos categorías de contratos, que se suman a la anteriormente existente, de contratos paritarios o negociados individualmente.

En efecto, el nuevo Código incluye la regulación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y disciplina los contratos de consumo, por lo que se halla integrado por las tres categorías de contratos que exhibe la realidad.

B) Interpretación restrictiva: inaplicabilidad a las obligaciones del predisponente y el proveedor

Especialmente relacionada con el tema que nos ocupa, se ha disciplinado una directiva que acude a una hermenéutica literal y que, por tanto, no tolera interpretaciones extensivas o por analogía. La disposición legal que a continuación transcribimos, refiere a la interpretación restrictiva cuando así ha sido dispuesta por ley o convencionalmente.

La importancia de la cuestión radica en que dicha directiva, de **interpretación restrictiva, no es aplicable a las obligaciones asumidas por el predisponente y por el proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo**, respectivamente. Y dice así:

ARTÍCULO 1062 – Interpretación restrictiva. “Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente”.

El propósito protector de la norma, que constituye una novedad trascendente en materia legislativa (hecha la compulsa con lo que exhibe el Derecho Comparado), se justifica con relación a los adherentes y/o consumidores, en aquellos contratos en los cuales, al tiempo de conclusión, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones del predisponente/proveedor, atendiendo a la naturaleza del vínculo.

La directiva es especialmente aplicable al contrato de medicina prepaga en los que se juzgó que las obligaciones del proveedor debían ampliarse hasta alcanzar el piso mínimo que resulta del P.M.O. (Programa médico obligatorio, Ley 24.455)²⁰.

C) Favor “debilis” y los efectos de la cláusula dudosa

En rigor, se reproducen los criterios de interpretación del artículo 3 de la ley 24.240: “...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Lo propio acontece con el artículo 37 in fine del mismo cuerpo legal: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. Las directivas a las que hacemos referencia han sido disciplinadas así:

ARTÍCULO 1094 – Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

ARTÍCULO 1095 – Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

2. Cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Noción en el Código civil y comercial

A) Aplicación extensiva del régimen de los contratos por adhesión

El nuevo Código regula la cuestión en seis disposiciones cuyo examen iremos desarrollando gradualmente, a continuación de cada una de las normas transcritas.

ARTÍCULO 1117 – Normas aplicables. “Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”.

Una primera reflexión, nos conduce a esclarecer que, si bien es cierto que las disposiciones se hallan ubicadas en el Capítulo IV sobre “Cláusulas abusivas”, referidas a los contratos de consumo, el artículo 1117 del Código dispone la aplicación extensiva del régimen de los contratos por adhesión.

A ello se refiere la remisión efectuada, por un lado a las leyes especiales y, por otra, a los artículos 985 a 988.

La remisión a las leyes especiales, refiere, indudablemente, como mínimo, a la Ley de Defensa del Consumidor; y las disposiciones aludidas precedentemente a los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

El último párrafo referido a “existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”, refiere a dos posibilidades: una, a que los contratos por adhesión lo sean a cláusulas predispuestas, no por una de las partes, sino por un tercero. Otra, a que las cláusulas hayan sido acordadas (negociadas) por ambas partes, en cuyo caso, como lo veremos a continuación, también pueden ser declaradas abusivas.

ARTÍCULO 1118 – “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”.

La disposición precedente, importa un control de incorporación al contrato y, tal vez, constituya un logro sin precedentes desde la perspectiva de las normas de protección al consumidor.

No se nos oculta, la influencia que tuvo como fuente, la redacción dotada al artículo 3 de la Directiva 13-93 de la CEE (hoy U.E.) y que fuera recogida por los veintisiete países miembros.

En efecto, si bien es cierto que el criterio legal comunitario consiste en “que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos del contrato de adhesión”, lo cierto es que, por el contrario, se sostiene que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente, no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”.

Tal vez sea más lograda la fórmula empleada en España a tenor de lo dispuesto por el artículo 82, inciso 2 del decreto ley 1/2007 (Texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios), por el que se establece: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”.

A pesar de haber identificado la fuente, creemos que el Código ha ido más allá de la misma, a través de una disposición muy clara, contundente y más breve, sin remitir a la necesidad de efectuar ningún tipo de apreciación global, que induzca al intérprete a suponer que se halla frente a un contrato por adhesión.

En efecto, el artículo 1118 se aplica a los contratos de consumo y, también, a los contratos por adhesión por referencia expresa del artículo 1117.

Finalmente, el Código consagra un principio que concluye sobre el debate en torno a si la aprobación expresa del consumidor, mediante la firma individual de una cláusula abusiva, importa legitimar el abuso y suprime la posibilidad de un control judicial previo. El Código, opta decididamente por la mejor y más equitativa de las soluciones: la cláusula “puede ser declarada abusiva”, ya que la firma específica del consumidor o una cláusula redactada de modo de “aparentar” una negociación individual, –tan fácil de hacerlo para un proveedor avezado–, no puede desafectarla de su ilegitimidad.

B) Noción de cláusula abusiva. Una visión comparatista y una conclusión

El Código define la cláusula abusiva de un modo tal, que la noción adoptada en una única disposición, contiene los tres elementos esenciales que componen la definición. Pero con un agregado que, a nuestro criterio, la identifica como plenamente protectora del Derecho de los Consumidores.

Para comprender cabalmente lo que acabamos de expresar se hace indispensable realizar un breve paneo sobre algunas definiciones –tal vez las principales– que exhibe el Derecho Comparado.

(a) Francia dispuso la transposición a su derecho nacional de la referida directiva, a través de la ley 95-96 del 1º de febrero de 1995, que pasó a integrar el capítulo II del “Code de la consommation”, el que define en el art. 132-1 a la cláusula abusiva: “en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes”.

(b) En España el tema se halla regulado por el decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre del 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En su art. 82 se establece: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”

c) En Italia, la definición fue incorporada en el art. 33 inciso 1 del “Codice del consumo”: “En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, se consideran vejatorias las que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato”.

La conclusión a la que cabe arribar, es que ninguna de las disposiciones de los diferentes países a los que acabamos de hacer referencia, prevén la posibilidad de que una cláusula sea abusiva aún cuando haya sido negociada individualmente por las partes.

Y esa cuestión marca una diferencia con nuestro Código, que se sostiene en los criterios que emanan de los artículos 1118 y 1119, concretamente en la circunstancia, extendida por cierto y fácilmente franqueable, que el predisponente/proveedor incluya en el contrato –predominantemente en el encabezamiento o prólogo, donde se incluye la materia introductoria o las consideraciones iniciales, especialmente las referidas a los móviles individuales o comunes–, una o más frases de donde podría ser deducido un “consenso”, por cierto inexistente.

En efecto, basta con una breve exposición inicial que aparente consenso, para deducir de ello que ha mediado “negociación individual”. Simplemente, acudiendo a ese recurso, no existiría la posibilidad de calificar una cláusula como abusiva. De allí que el Código ha optado por una solución más exigente y que mejor preserva, con mayor rigor, los derechos del consumidor a través de la siguiente definición:

ARTÍCULO 1119 – Regla general. “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

C) La cláusula abusiva presupone una infracción a las exigencias de la buena fe?

La importancia de la cuestión radica en determinar si la cláusula abusiva requiere desde un punto de vista caracterológico, que constituya una infracción a la buena fe o si, por el contrario, no se hace necesario imponer al adherente, que deba acreditar en juicio que el predisponente ha incurrido en mala fe al redactar una cláusula abusiva.

De ser ello así, se constituiría en una prueba de imposible producción ya que, la intención (dolo), constituye “un estado interno del ánimo no susceptible de pruebas directas” y, por tanto, no verificable.

Conceptualmente sostenemos que, a los fines de la identificación de una cláusula abusiva basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato.

La tesis contraria es la que surge de lo dispuesto por la Directiva 93/13 de la C.E.E. (hoy Unión Europea), en tanto establece con carácter definitorio que: “Las cláusulas contractuales se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Como se advierte, la Directiva comunitaria define la cláusula abusiva mediante la inclusión de dos presupuestos o elementos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente articulados entre sí:

- (a) infracción a la buena fe a través de una cláusula
- (b) que consagre un desequilibrio significativo en detrimento del consumidor.

Tal como ha quedado redactada, motivó que se la interpretara en el sentido de que la cláusula es abusiva, sólo cuando determina un desequilibrio significativo, **que se halle en contradicción con el principio de buena fe**. De suerte tal que pareciera que la referida Directiva, a “contrario sensu”, admite la existencia de que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido, pero que no infrinja la buena fe, podría no constituir una cláusula abusiva²¹.

Por nuestra parte sostenemos, que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.

De ser correcto nuestro diagnóstico **estimamos que, precisamente, la cláusula que importe, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, presupone irrefragablemente mala fe del proveedor/predisponente.**

*Por lo demás, así surge de su propia definición, ya que si “la cláusula abusiva es aquella que tiene por **objeto** provocar un desequilibrio...”,* no habrá de perderse de vista que la expresión “objeto” ha sido empleada como “fin del acto”, “móvil” o “intento a que se dirige o encamina una acción”. Si ello es así, la cláusula abusiva –como ya lo hemos expresado–, siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente, la de provocar un desequilibrio significativo, presupone una acción intencional.

Lo hasta aquí expresado pone de manifiesto que si bien la cláusula abusiva no es un mecanismo propio y exclusivo del contrato por adhesión, pues es factible hallarlo, en ocasiones, en la contratación discrecional, lo cierto es que halla en el primero, dada su especial técnica de formación, terreno apto para su existencia y multiplicación, circunstancia que el predisponente no desaprovecha. Y en esos casos, la inclusión de cláusulas abusivas implica de por sí, tal como lo hemos expuesto, la deliberada intención de dañar los intereses económicos del adherente/consumidor, lo que presupone mala fe.

Como se advierte, el nuevo Código, acertadamente, ha omitido incluir toda referencia al principio de buena fe, como recaudo necesario para la configuración de una situación de abuso.

IV. Caracteres de la cláusula abusiva en el Código

1. El desequilibrio significativo

El examen de los caracteres más salientes de las cláusulas abusivas nos conduce a las siguientes conclusiones:

(a) **Puede ser contenido de los contratos cualquiera sea su clasificación, discrecionales o predispuestos;** de derecho privado o público; de libre configuración interna o vigilados por el Estado. Pero en razón de las características que adopta la formación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, especialmente la circunstancia que la creación de su contenido es obra exclusiva y excluyente del predisponente (por ej. los contratos bancarios, de seguros, de medicina prepaga, de ahorro y préstamo cualquiera sea su objeto, de tarjetas de crédito, de telefonía móvil, de tiempo compartido, etc.), hallan en el contrato predispuesto campo fértil para su inclusión.

(b) **El carácter más saliente de la cláusula abusiva consiste en que importa un desequilibrio significativo** entre los derechos y obligaciones contenidos en las cláusulas del contrato y debe serlo en detrimento del consumidor y apreciado al momento de la conclusión del contrato²². El desequilibrio significativo es el que procura al proveedor una ventaja excesiva.

El desequilibrio que resulta de una cláusula abusiva debe ser relevante o manifiesto, ya que el equilibrio contractual, conceptualmente no implica una simetría a rajatabla.

A manera de síntesis, es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un desequilibrio significativo entre los derechos, obligaciones y cargas (derivadas del contrato), del consumidor y del empresario, en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el empresario, sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor.

En síntesis, el proveedor es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral; es quien concentra en sí propio y frente al cocontratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio.

Con ese poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.

A nuestro juicio, la noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses.

En efecto, el principio de onerosidad se traduce en términos de comparación entre provecho y sacrificio al punto que, desde la génesis del contrato, las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas “según un criterio de equivalencia y reciprocidad”.²³

Acontece que es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

O dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del empresario, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, correlativamente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor. Sin

que de la correlación de los polos provecho-sacrificio, surja una contrapartida en beneficio del consumidor, o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Por lo demás, hay circunstancias que pueden reflejar abusos, pero no se combaten a través del régimen sobre cláusulas abusivas (son ajenas a su ámbito), sino de otros mecanismos jurídicos:

- la falta de adecuación del precio o remuneración afrontado por el consumidor, con relación al bien adquirido o servicio suministrado por el profesional,
- la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata.

2. La cláusula abierta

Aparece como conspicuo que el carácter definitorio de la cláusula abusiva consiste en que desnaturaliza el vínculo obligacional.

Y ello acontece cuando:

a) Por aplicación de la cláusula, queda limitada o suprimida la obligación a cargo del predisponente, alterándose la relación de equivalencia.

b) La aplicación de la cláusula favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente/consumidor²⁴.

c) De la aplicación de una cláusula resulte la incompatibilidad de ésta con los principios esenciales de la regulación legal de la cual aquélla se aparta²⁵.

El tema ha sido regulado en la reforma introducida al Código Civil alemán en su párrafo 307, al introducirse una cláusula general que, al comenzar expresando la ineficacia de las condiciones generales que perjudican al adherente, en oposición al principio de buena fe, se aclara que, en la duda, se presume tal perjuicio cuando la cláusula no es compatible con las ideas fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta, en obvia referencia a las normas dispositivas²⁶.

d) La aplicación de la cláusula limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato, que se pone en peligro la obtención de la finalidad de éste.

Lo hasta aquí expresado, pone de manifiesto distintas hipótesis que caracterizan o definen la cláusula abusiva.

Todos y cada uno de los caracteres definitorios expuestos conforman un todo, constituyen una unidad que, a su vez, se enuncia como cláusula abierta que, así expuesta, intenta, a través de una fórmula breve, clara y flexible, *complementar* todo enunciado taxativo de cláusulas abusivas que no es razonable ni materialmente posible que sea completo. En ese caso, las cláusulas abusivas que no integran el elenco legal quedarán atrapadas igualmente por la cláusula general, dada su amplitud y flexibilidad²⁷.

3. Cuestiones ajenas al ámbito de las cláusulas abusivas

El tema ha sido regulado en el Código bajo la denominación de “límites” y del siguiente modo:

ARTÍCULO 1121 – Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

A) Cláusulas no abusivas.

De lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que no revisten carácter de abusivas, aquellas cláusulas que –de la lectura de su objeto o efecto– resulten:

(a) Ventajas y sacrificios análogos, como lo constituiría, a título de ejemplo, que ambas partes –y no sólo el proveedor– se reserven el derecho de rescindir unilateral e incausadamente el contrato.

(b) Perjuicios sólo para el predisponente, ya que siendo el empresario –por lo menos en el marco de la contratación predispuesta– autor exclusivo y excluyente del contenido del contrato, no podría invocar como abusiva una cláusula de la que es su autor.

(c) Desequilibrio insignificante

(d) La reproducción literal del contenido de normas imperativas o relativamente imperativas²⁸.

B) Objeto y precio.

Reiteramos lo atinente a objeto y precio, que no se combaten a través del régimen sobre cláusulas abusivas (pues son ajenos a su ámbito), y en caso de abuso cabe acudir a otros mecanismos jurídicos.

Pueden verificarse desequilibrios, pero no es materia atinente a “cláusulas abusivas”, lo relativo a la definición del objeto principal del contrato²⁹, o las prestaciones que sean objeto principal del contrato³⁰, o la adecuación existente entre los dos polos correspondientes (el precio o retribución pagados por los bienes o servicios que se habrán de brindar o que hayan sido brindados).

Los fundamentos, para precisar la materia “cláusulas abusivas”, están dados en que a los fines del juicio de vejetoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar “el desequilibrio normativo y no el económico”.

Frente al abuso en la relación objeto-precio, el ordenamiento jurídico prevé soluciones a nivel de regímenes de precios (normas sobre abastecimiento, etc.), límites a los intereses, lesión y revisión del contrato, ajustes equitativos, etc., defensa de la competencia y abuso de posición dominante, entre otros.

El nuevo Código incluye la regulación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y disciplina los contratos de consumo

V. Control judicial sobre las cláusulas abusivas

1. Pertinencia del control

Por esencia, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas pone de manifiesto la existencia de una desigualdad, cuya génesis la hallamos en el predominio contractual (poder de negociación), concentrado en el proveedor.

Si a ello se añade la circunstancia que, a la configuración interna del contrato confluyen y penetran cláusulas abusivas, cabe concluir que el contrato de masa, estándar o uniforme, alcanza a asumir categoría de instrumento de opresión³¹.

La contratación predispuesta presupone desigualdad.

Ambas suprimen la posibilidad que el adherente controle los excesos, las injusticias y los abusos introducidos en un texto cuyo contenido ha sido pre-determinado.

Eliminada (por naturaleza) la etapa de los controles particulares recíprocos, se hace ineludible acudir a controles externos al contrato y a las partes, y que son indispensables a los fines de restablecer el equilibrio, y que se logra mediante la supresión (cancelación) de las cláusulas a las que se atribuya ese objeto o efecto (desnaturalizar la relación contractual)³².

Cuando se examina el grado de asimilación o rechazo, por el ordenamiento jurídico, de una cláusula abusiva, en el fondo lo que se está analizando es si nos hallamos frente a un ilícito.

Con la sanción de la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, se ha establecido un elenco de cláusulas formalmente ilícitas, la limitativa de responsabilidad y la que consagra la inversión de la carga probatoria (art.37). Pero lo ilícito, “*debe ser algo más* que la violación de lo prohibido legal y expresamente”, dado que “el Derecho son los principios antes que la ley escrita”, y ésta no es sino una de las formas técnicas de lo justo.

Y ese “algo más”, se halla constituido por pautas jurígenas, distintas a la ley, como el orden público, el derecho necesario, la moral, la equidad, la buena fe, el ejercicio regular de los derechos, la relación de equivalencia o reciprocidad del vínculo contractual, etcétera, cuya violación, a través de la incorporación de cláusulas abusivas, importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual, y adopta la denominación de ilicitud material o antijuridicidad material³³.

2. El control judicial de las cláusulas abusivas en el Código

Establece el Código:

ARTÍCULO 1122 – Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) *la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;*
- b) *las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;*
- c) *si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;*
- d) *cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.*

(Inciso a.) El presente inciso remite a los contratos vigilados, que son aquellos cuyo contenido se halla regulado por el Estado. El Código decide bien: la aprobación administrativa del contrato o de sus cláusulas, no obsta a un ulterior control judicial.

Con relación a la posibilidad del control judicial sobre cláusulas que han sido aprobadas previamente, cabe señalar que, especialmente en materia mercantil, hay contratos que requieren una aprobación previa como, por ejemplo, contratos de ahorro previo, medicina prepaga (art. 5 inciso f), Ley 26.682), seguros (arts. 23 y 24, ley 20091), etc.

Con relación a este último contrato, ya hemos afirmado que el control administrativo previo sobre el texto de las propuestas y pólizas, no obsta a la potestad jurisdiccional de control sobre el contenido de los instrumentos contractuales.

En ese sentido se tiene decidido que el Poder Judicial tiene la potestad de revisar las pólizas aprobadas por la autoridad administrativa, pues la Superintendencia de Seguros de la Nación, que posee facultades suficientes para dictar la normativa genérica en relación con los contratos de seguros y para aprobar pólizas (arts. 24, 25 y 67, inc. b), ley 20.091), realiza una revisión que no limita el accionar de la justicia y, por otra parte, no existe norma alguna que prohíba a los magistrados pronunciarse en cuestiones de este tipo.

Además, las experiencias recogidas de la vida diaria nos demuestran que es conveniente llevar a cabo este control en las causas en que la situación se plantea, ya que las normas de carácter genérico, en ciertas ocasiones, deben ser adecuadas conforme al criterio de equidad, para que realmente resulten justas en los casos concretos³⁴.

(Inciso b.) La disposición del Código enuncia el efecto que sigue a la decisión por la que se declara que una cláusula es abusiva. Se la tiene por no convenida, circunstancia que, eventualmente, puede requerir que el juez integre el contrato.

(Inciso c.) En cuanto a la categoría que distingue entre la nulidad total de la parcial, es aquella sustentada según que la misma se extienda al acto como unidad o a una o más cláusulas que integran su contenido. La nulidad es total cuando afecta todo el negocio y parcial cuando se refiere sólo a una cláusula o a varias o a uno de varios negocios conexos entre sí.

3. La nulidad parcial

En efecto, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido del contrato o limitarse a una o a varios de sus preceptos.

En este último caso, se puede sostener la validez del resto del contrato, en la medida que se alcance la función económico-jurídica perseguida por las partes³⁵. En este supuesto, en sustancia, lo que debe decidirse es la reconstrucción del contrato sobre la base de la voluntad que habrían manifestado, esto es si habrían formalizado el contrato mutilado por la nulidad parcial³⁶.

En efecto, para ello deberá indagarse la voluntad real o presunta de las partes y de allí deducir si hubieran querido el contrato sin la parte nula. Si la respuesta es afirmativa, el resto del contrato conserva su validez pese a la nulidad parcial.

Si por el contrario, de la indagación en torno a la voluntad de las partes conduce a una solución contraria, habrá de estar a la nulidad total del contrato.

La distinción aparecía prevista en el art. 1039 del Código civil originario: “la nulidad parcial de una disposición del acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables...” . Sobre el particular se tiene expresado que la viabilidad de la nulidad parcial se halla condicionada a que el contenido del acto sea susceptible de división. Y ello sólo es posible si es que no se destruye la esencia del conjunto³⁷.

Aplicación de lo expuesto lo constituye el pronunciamiento donde se decidió que “la nulidad parcial de las cláusulas de un contrato es procedente cuando cada contratante pueda considerar que quedan resguardados sus intereses con la parte válida del negocio, pese a los intereses afectados por la parte nula”³⁸.

La nulidad parcial nos conduce a la integración de las cláusulas del contrato declaradas nulas.

En ese caso:

- en primer lugar (a) habrá de estarse a lo que las partes hayan previsto.
- Si no lo han hecho, (b) cobran operatividad las normas supletorias aplicables y, finalmente,
- si éstas no existen (c) habrá de estarse a los principios fundamentales en materia de integración contractual.

A) El tema en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código lo ha regulado del siguiente modo:

ARTÍCULO 989 – “Control judicial de las cláusulas abusivas. Cuando el juez declare la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo integrará, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.

El Código ha recogido la mejor de las soluciones, la de la conservación del contrato en la medida que aún con la integración simultánea del contrato, no se halle en riesgo su finalidad.

B) Efectos: la nulidad parcial del contrato. Lo dispuesto por la ley 24.240 y el Código civil y comercial

La consecuencia que trae aparejada la declaración de nulidad parcial de un contrato, consiste en la sustitución automática de la regla de autonomía por la norma legal aplicable, ya sea ésta imperativa³⁹, o ya sea dispositiva pero sin eficacia supletoria⁴⁰.

Sancionada la ley 24.240, “Ley de Defensa del Consumidor”, queda resuelta la cuestión relativa al alcance de la nulidad.

Lo decide el artículo 37 al establecer que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...”, y a continuación enuncia:

- dos supuestos de cláusulas de nulidad manifiesta
- y dos hipótesis de cláusulas abiertas, que introducen la posibilidad de que la sentencia de mérito aprecie (de donde la nulidad no aparece manifiesta), si las cláusulas cuestionadas en su eficacia se hallan atrapadas en su formulación, pues, en ese caso, el juez las declarará nulas.

La frase empleada en la ley: “Sin perjuicio de la validez del contrato...” presupone una presunción de conservación del acto lo que nos conduce, inexorablemente, a los efectos de la nulidad parcial y a cuándo la misma es posible.

Por su parte, el nuevo Código contiene una disposición que da por concluidas las dudas y los debates sobrevinientes.

En efecto, el artículo 389 establece: *“Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez integrará el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”*.

Como se advierte, el texto alude a la separabilidad del acto como condición a la que se subordina su conservación. Y, finalmente, se menciona al cumplimiento de la finalidad del acto como obstáculo para la nulidad total. Para concluir afirmándose la posibilidad de integrar el acto como opción facultativa a la que podrá acudir el juez, a cuyo efecto, deberá tener en cuenta “...los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”. A esos fines, deberá considerarse que la expresión “intereses” está referido a la causa final del acto y a los móviles incorporados al “campo” contractual.

Notas

* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

¹ Von Tuhr A., “Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán”, Depalma, Bs. As. 1947, Vol. II-22, pág. 93; Salandra V., “Il contratto di adesione”, *Revista di Diritto Commerciali*, 1928-I-, nº 16, pág. 527

² “...En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos en que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor o usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán los términos de la misma...”

³ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 322; SANTOS BRIZ, J., *La Contratación Privada*, Montecorvo, Madrid, 1966, nro. 19, pág. 227; STIGLITZ, R. S., “Reglas de interpretación de los contratos predispuestos”, *L.L.*, 1987-D-1078; CNCiv., Sala C, 24-XI-1976, “Ramírez de Critrelli c/Lapetina, E.”, *L.L.*, 1977-D-253; CNCiv., Sala B, 29-IV-1980, “Solo Tapia de Rojas c/Vinelli, J.”, *L.L.*, 1981-C-659 (35-940-S); CNCiv., Sala C, 28-II-1985, “Feldman, M. c/Metropolitana S.A.”, *D.J.*, 1985-2-486.

⁴ ROYO MARTÍNEZ, M., “Contrato de adhesión”, A.D.C., Madrid, 1949, pág. 69; LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Sistemas de Interpretación de los Contratos*, Universitaria de Valparaíso, 1971, nro. 50, pág. 147. Las condiciones particulares revelan la verdadera voluntad de los contratantes, quienes necesariamente han entendido que al introducirlas al texto, lo hacían para hacerlas prevalecer sobre las condiciones generales.

⁵ CN Com sala D, 13/2/2002, “Randon Argentina S.A. c/Etchart R.”, LL: 2002-C-815; DJ: 2002-2-574

⁶ CNCom., Sala B, 15-IV-1993, “Odriozola, B. c/Optar S.A.”, *J.A.*, 1994-II-375.

⁷ CNCom., Sala C, 18-10-1982, “Parodi, A. c/Ruta Coop. de Seg.”, *J.A.*, 1984-I-499; Cám. Apel Civ. y Com., Mercedes, Sala I, 19-III-1987, “García, C. c/Chapartegui Hnos.”, *D.J.*, 987-2-276.

⁸ CNCom., Sala E, 11-IV-1983, “García, A. c/La Buenos Aires Cía. de Seg.”, *E.D.*, 105-270; Cám. Apel Mercedes, Sala I, 19-III-1987, “García, C. c/Chapartegui Hnos.”, *D.J.*, 987-2-276; CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575; *D.J.*, 1992-2-697.

⁹ DONISI, C., “Il tema d’interpretazione delle condizioni generali di polizza”, *Assic.*, marzo-abril, 1979, año XLVI, fasc. 2, pág. 52.

¹⁰ CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A.M. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575 (38.235); *D.J.*, 1992-2-697.

¹¹ DANZ, E., *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*, R.D.P., Madrid, 1955, pág. 55; STIGLITZ, R. S., “Declaración emitida sin seriedad en etapa de ejecución de contrato (Pronunciamiento del asegurador acerca del derecho del asegurado)”, *L.L.*, 1981-A-12.

¹² VON TUHR, A., “Teoría general del derecho Civil alemán”, *Depalma, Bs. As.*, 1948, Vol. II-2 pág. 93; MUÑOZ, L., “Teoría general del contrato”, Cárdenas, México, 1973, nro. 119, pág. 176, especialmente cuando señala que la exteriorización de la voluntad ha de hacerse en forma adecuada, o sea idónea, en relación sobre todo con el contenido del contrato de que se trata, de suerte que el lenguaje deberá expresar con claridad el pensamiento del autor de la declaración conforme al significado objetivo que tenga en la vida de relación.

¹³ CNCiv., Sala G, 24-XI-1983, “Gadea, J. c/Coop. Familiar de Vivienda”, *J.A.*, 1984-IV-330; CNCom., Sala E, 4-III-1986, “Wattman S.A. c/Exim S.R.L.”, *J.A.*, 1987-I-118.

¹⁴ CNCiv., Sala D, 18-VIII-1978, “González de Cueva c/Acepa S.C.A.”, *L.L.*, 1979-A-250; CNCom., Sala C, 29-V-1981, “De Atucha c/Terrabusi de Reyes de Roa E.”, *E.D.*, 94-775; CNCiv., Sala D, 2-IV-1981, “Pizzolo S.A. c/Somogy M.”, *E.D.*, 93-495; CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A.M. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575 (38.235-S).

En la dirección indicada, se tiene expresado que el empleo de contratos tipo, redactados por el empresario e impuestos a la contraparte, exige una cuidadosa redacción, de clara comprensión para el hombre corriente de negocios, que no puede ser sorprendido en la ejecución, por aplicaciones resultantes de complejas interpretaciones que no resultan de una secuencia natural de las cláusulas insertas en el contrato (CNCom., Sala B, 19-III-1965, “Sigal, A. c/Establecimientos Industriales”, *E.D.*, 70-142; CNCiv., Sala C, 8-VI-1976, “Salgayi, A. c/Defilippo S.C.A.”, *L.L.*, 1977-A-169; CNCiv., Sala D, 17-X-1979, “Torre c/Kanmar S.A.”, *E.D.*, 85-703; CNCiv., Sala G, 22-X-1981, “Durán, R. c/Amsa S.A.”, *E.D.*, 96-687; CNCom., Sala E, 11-IV-1983, “García, A. c/La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros”, *E.D.*, 105-271; CNCiv., Sala G, 24-XI-1983, “Gadea, J. c/Cooperativa Familiar de la Vivienda”, *E.D.*, 107-685).

¹⁵ CASSOTANA, M., “Il problema dell’interpretazione delle condizioni generali di contratto”, en *Le Condizioni di Contratto*, T. I, a cura di Massimo Bianca, Giuffré, Milano, 1979, págs. 126 y sigs.

¹⁶ BETTI, E., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., nro. 45, pág. 266, para quien la directiva impone un criterio de autorresponsabilidad fundado en el deber de hablar en forma abierta e inequívoca que recae en quien asume la iniciativa de una declaración contractual. Cfr., CNCom., Sala B, 22-VII-1970, “Fyma c/Columbia S.A.”, *E.D.*, 39-7776, donde con relación al contrato de seguro se señala que, si alguna duda plantea la póliza, corresponde estar por la obligación del asegurador, ya que éste redactó el contrato y estuvo, además, en condiciones de señalar con precisión el límite de sus obligaciones.

¹⁷ CNCom., Sala D, 19-X-1987, “Banco Liniers S.A. c/Chirón, J.”, *J.A.*, 1989-I-665; CNCiv., Sala G, 22-X-1981, “Durán R. c/A.M.S.A.”, *J.A.*, 1983-I-242; CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 15-V-1987, “Sucesión de Natale c/Caja Nac. de Ahorro y Seguro”, *J.A.*, 1988-II-123; CNCom., Sala C, 28-V-1985, “Diner’s Club Argentina c/Guido Finkelberg”, *J.A.*, 1985-III-533; Cám.2ª Civ. y Com., Córdoba, 2-VI-1987, “Zabala, J.”, *J.A.*, 1987-IV-688; Cám. Civ. y Com. Junín, 26-X-1988, “Zabaleta, D. c/Pantepirino de Ragozzini, N.”, *J.A.*, 1989-I-51.

¹⁸ CN Com. Sala B, 176/2001, “Ingral S.A. c/Sintelar S.A.”, JA: 2002-II– síntesis

¹⁹ Romagnoli G., “Clausole vessatorie e contratto d’impresa”, Cedam, Roma, 1977

²⁰ CCiv y Com Santa Fe, sala I, 26/5/2009, “Vaca H.H. c/Asociación Mutual Personal Jerárquico Banco Nación”, LLLitoral, 2009-924.

Sobre el particular, se tiene decidido que: En el marco de la ley 24.754 y de la resolución 301/99 del Ministerio de Salud y Acción Social no se encuentran motivos para exceptuar a una entidad de medicina prepaga de la obligación de efectuar las prestaciones contempladas en el Programa Nacional de Diabetes (PRONADIA) Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay. Voto:Disidencia: Fayt, Maqueda. S. 1078. XL.; “Sartori, Karina Mabel c/ Cemic Empresa de Medicina Prepaga s/ amparo” 27/12/2005, T. 328, P. 4747; N. 289. XLIII; REX, “Núñez de Zanetti, Mónica Viviana c/Famyl S.A. Salud para la Familia s/reclamo contra actos de particular” donde se estableció que por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de

aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida que conciernan al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley 24.901, E.D. 10-1-08. J.A. 25-6-08 ; C. 595. XLI; RHE, “Cambio Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007, T. 330, P. 372, donde se sostuvo que la adhesión a cláusulas predisuestas de una empresa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final indica que debe darse tanto a la ley 24.754 como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, E.D. 10-1-08.; J.A. 25-6-08

²¹ ROPPO, V., “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1994, n° 12, pág. 47.

²² Raymond Guy, “Droit de la consommation”, Litec, París, 1996, n° 417, pág. 207

²³ Betti E., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., Madrid, 1959, t. I, nro. 39, pág. 56; Stiglitz R.S., “Autonomía de la voluntad y revisión del contrato”, Depalma, Bs. As., 1992, pág. 56, donde sostenemos que los beneficios que obtienen las partes se hallan en relación de causalidad o de equivalencia con los perjuicios que sufren, así como que esa equivalencia es subjetiva, en razón de que esta noción expulsa toda referencia a la igualdad objetiva de los valores.

Cf. Cariota Ferrara L., “El negocio jurídico”, Aguilar, Madrid, 1956, t. I, nro. 61, pág. 189; Pino A., “La excesiva onerosidad de la prestación”, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 56.

²⁴ Lo expresado en el texto parece evocar el presupuesto objetivo de la lesión (“ventaja patrimonial evidentemente *desproporcionada*”, art. 954, del Cód. Civ. anterior), o el de la teoría de la imprevisión (“cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara *excesivamente onerosa*”, art. 1198, del Cód. Civ. anterior).

²⁵ Es que se hace ineludible reformular la función de las normas dispositivas y reparar en ellas *como fórmulas no siempre factibles de ser sorteadas por reglas de autonomía*, como aquellas que, por su función en la economía del contrato, por la lógica interior que las anima y por la finalidad del negocio, *carecen de eficacia supletoria*, y se suman, por su trascendencia en punto al equilibrio procurado por las partes, al derecho necesario.

²⁶ MIKLITZ, H., “La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 decembre 1976. Une résumé après 11 ans”, *Actas del Primer Congreso Europeo sobre Cláusulas Generales Abusivas*, Coimbra, Portugal, 19/21-V-1988, ponencia.

²⁷ De suerte tal que la cláusula abierta se apodera, tal como es formulada, no sólo de las condiciones abusivas con las que de ordinario se opera en el mercado contractual, sino también de aquellas que no resultan familiares al tráfico actual –se las conoce sólo por hallarse incorporadas a otras legislaciones–, pero que importan una desnaturalización de la esencia misma del vínculo contractual y que pueden llegar a ser introducidas en el futuro, vía predisposición.

²⁸ El art. 1 inc. 2 de la Directiva 93/13 de la C.E.E. dispone que: “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas...no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva”.

²⁹ Sí lo sería, en cambio, lo relativo a la **determinación del objeto**. Vale como ejemplo, en el contrato de seguro, la determinación del riesgo, que precisamente constituye el objeto del contrato (individualización y delimitación), y que se realiza en base no sólo en consideración a una afirmación genérica (individualización) sino a exclusiones de cobertura (delimitación del riesgo), tema donde se concentran y acumulan las cláusulas abusivas.

³⁰ En el mismo sentido que el expuesto en el texto, lo decide el artículo 1262 inciso 2 de la “Propuesta para la modernización del derecho de las Obligaciones y contratos”, España, 2009

³¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del derecho Civil*, Barcelona, 1978, t. II, p. 43.

³² Señala Ghestin que la eliminación de las cláusulas abusivas no tiende a investir al juez de la misión de restablecer y hacer reinar una equivalencia rigurosa en las relaciones contractuales, sino a corregir los abusos engendrados por el desequilibrio de fuerzas en la negociación del contrato (GHESTIN, J., “Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe”, ps. 54 y ss.). Pareciera como que la fórmula propuesta por el admirable profesor de la Universidad de París, consistiera en que, dando por supuesto el desequilibrio, la justicia se alcanzaría con un pronunciamiento que disminuya el abuso sin necesidad de suprimirlo. Más allá de que, por las razones expuestas hasta aquí, no compartimos la solución, no imaginamos de qué manera es posible, en la práctica, “corregir los abusos” y no eliminarlos, cuando el efecto de la nulidad de la/s cláusula/s abusiva/s, consiste en tenerlas por no convenidas o no escritas y sustituidas por la norma legal aplicable.

³³ CN Com sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores c/CIADEA SA”, LL: 2008-B-695, donde luego de reproducir las categorías expuestas en el texto, se afirmó que “cuando el móvil perseguido por la concedente al ejercer sus atribuciones contractuales no guarda armonía con la buena fe, surge la norma del art. 1071 del Código civil para poner en su quicio las prerrogativas individuales, y restablecer en el conflicto concreto el equilibrio de las fuerzas a favor de la concesionaria, parte eminentemente débil de la relación”.

³⁴ CNCom., Sala B, 25/10/1995, “Bascher, J. c. Omega Coop. de Seg.”, inédito.

³⁵ Díez-Picazo L., “Fundamentos del Derecho civil Patrimonial”, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 586

³⁶ Stolfi G., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., Madrid, 1959, n° 22, pág. 82

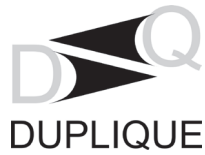
³⁷ Llambías, J. J., *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Bs. As., 1987, *Parte General*, cit., t. II, n° 1894, pág. 579; CN Civ sala A, 21/10/2002, “E.G. c/K.E.”, DJ: 2003-I-311, donde se resolvió la nulidad parcial de un acuerdo sobre honorarios, con fundamento en que el contenido del mismo era susceptible de división, sin que se destruyera la esencia del conjunto.

³⁸ ST Misiones, 24/3/99, “I.F.A.I. c/Yerba Alem S.A.”, LL Litoral, 2000-979

³⁹ MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Ejea, Bs. As. 1971, T. II, pág. 491; CARIOTA FERRARA, L., *El Negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1954, T. II, n° 88, pág. 303.

⁴⁰ STIGLITZ, R. S., “Contenido del contrato”, en *Contratos. Teoría General* (STIGLITZ, R. S., director), cit., T. I, n° 16, pág. 365.

Patrocínio:



Apoio Institucional

