



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

A. Pinto Monteiro	Enrique Rubio Torrano
Anselmo Rodrigues	J. Oliveira Ascensão
António Costa	J. Sousa Ribeiro
António Gama Ramos	José Miguel Júdice
Aragão Seia	Mafalda M. Barbosa
Cardona Ferreira	Miguel Pupo Correia
Catarina Castro	Sara Dantas
Elsa Dias Oliveira	



**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

Nº 4 - 2002

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

*Publicação do Centro de Direito do Consumo*

Director  
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



N.º 4 – COIMBRA, 2002

## **Ficha Técnica**

### **CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

**Título: Estudos do Direito do Consumidor – n.º 4**

**Ano: 2002**

**Edição: Centro de Direito do Consumo**

**Director: António Pinto Monteiro**

**Correspondência: Centro de Direito do Consumo  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 Coimbra**

**Depósito Legal n.º 151684/00**

**ISBN 972-98463-3-2**

**Execução Gráfica: G. C. – Gráfica de Coimbra**

## APRESENTAÇÃO

Publica-se o n.º 4 dos *Estudos de Direito do Consumidor*, relativo ao ano de 2002, com o entusiasmo de quem publica obra nova! E dentro do prazo! Mas também com a satisfação antecipada de que este número continuará a corresponder ao interesse de que os demais têm beneficiado. A qualidade dos textos e a autoridade científica de quem os subscreve – na linha das publicações anteriores deste Centro – dão-nos a esperança fundada de que tal objectivo vai cumprir-se de novo.

Destacamos as intervenções que decorreram nas cerimónias de abertura e de encerramento do 4º Curso de Pós-graduação em Direito do Consumidor, a cargo, respectivamente, do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Jorge Alberto Aragão Seia, e do Doutor Enrique Rubio Torrano, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Pública de Navarra, de Pamplona. O primeiro escreve sobre “A defesa do consumidor e o arrendamento urbano”; o segundo sobre “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitário”. Destacamos, igualmente, a conferência do Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. José Miguel Júdece, na cerimónia de abertura do 5º Curso, onde o Autor faz “Uma reflexão sobre o direito do consumo”.

Outros eventos têm decorrido em Coimbra, por iniciativa do CDC. Vêm assumindo uma importância crescente os Colóquios que todos os anos se realizam na Faculdade, mercê da parceria entre o nosso Centro e o CEJ. Desse Colóquio publicamos os trabalhos do Conselheiro Cardona Ferreira, sobre “Os julgados de paz e os litígios de consumo”, do Dr. Miguel Pupo Correia, relativo aos “Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?”, e da Mestre Elsa Dias Oliveira, intitulado “A protecção dos consumidores no comércio electrónico. Lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores através da Internet e tribunal competente”.

De um outro evento no Auditório da nossa Faculdade, organizado pela APDCOB, publicamos o texto do Conselheiro Anselmo Rodrigues, Presidente do Conselho da Concorrência, sobre “O direito da concorrência na distribuição e as autoridades da concorrência”.

Como habitualmente, o Professor Oliveira Ascensão continua a distinguir-nos com a sua colaboração no Curso e na Revista. E os nossos Colegas de Coimbra, Professor Sousa Ribeiro e Mestre Catarina Castro, dão-nos também o seu valioso contributo. Pelo nosso lado, achámos oportuno publicar um texto relativo à evolução do direito do consumidor e à importância de um Código do Consumidor em Portugal.

É com muita satisfação que publicamos, na parte dedicada a trabalhos de estudantes, além de um trabalho do Curso de Coimbra (do 4º Curso), dois outros trabalhos, relativos ao 1.º Curso de Direito do Consumidor na Madeira. Curso que despertou um grande interesse e foi sem dúvida um sucesso, tendo contribuído, a vários níveis, para o aprofundamento da defesa do consumidor na Madeira, em colaboração com o Serviço de Defesa do Consumidor e a Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Regional da Madeira.

Por último, publicamos a habitual informação de índole legislativa e jurisprudencial na área do direito do consumidor.

Ao Instituto do Consumidor renovamos o nosso grato cumprimento.

*Coimbra, Dezembro de 2002*

ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO

O CDC – Centro de Direito de Consumo



O Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é um centro de documentação, investigação e ensino. Foi criado em Janeiro de 1998, por deliberação dos Conselhos Directivo e Científico da Faculdade. E constituiu-se como associação sem fins lucrativos em 26 de Fevereiro de 1998.

Entre os principais objectivos do Centro incluem-se a promoção e o desenvolvimento da investigação de nível universitário na área do direito do consumo, a organização do Curso de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, a realização de congressos, colóquios, seminários ou outras actividades congéneres, a publicação de monografias, lições, textos de seminários e outros trabalhos de divulgação e investigação, assim como a consultadoria a instituições públicas e a outras organizações.

No âmbito da sua actividade o Centro dispõe de professores universitários, assistentes, investigadores e de profissionais na área do direito do consumidor.

O CDC desenvolve a sua actividade nas instalações da Faculdade de Direito. Além do seu próprio *staff*, o Centro conta com o apoio das estruturas e serviços da Faculdade.

Em 15 de Março de 1998 foi assinado, na Faculdade de Direito, um Protocolo entre o CDC e o Instituto do Consumidor, tendo o mesmo sido subscrito pelos Prof. Doutor Avelãs Nunes, Presidente do Conselho Directivo da Faculdade, e Prof. Doutor Pinto Monteiro, Presidente da Direcção do CDC, em nome do Centro, e pelos Dr. Lucas Estêvão, Presidente do Instituto do Consumidor, e Eng. José Sócrates, Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro, que homologou o Protocolo. Este Protocolo, que se publica em anexo, tem a duração de 5 anos, podendo ser renovado por acordo das partes. Em Março de 1998 foi subscrita uma carta de intenções com o Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, o Instituto Ibero-Americano de Direito do Consumidor e o Instituto Argentino de

Derecho del Consumidor, tendo em vista a celebração de um protocolo entre o CDC e aquelas entidades.

Ainda no Brasil, o CDC acedeu a colaborar com a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros, que tem enviado juizes para frequentar o curso do CDC.

Na Europa, e com o mesmo objectivo, foram já efectuados contactos com o Centre de Droit de la Consommation, de Louvain-la-Neuve, e com outros Centros de Direito do Consumo, designadamente de Montpellier, Genève e Roma.

Tem igualmente havido estreita colaboração com a DG XXIV, Política dos Consumidores, da Comissão Europeia.

Em Janeiro de 2000, foi celebrado um protocolo o CDC e a DECO.

Em Outubro de 2000, foi celebrado um protocolo entre o CDC e o Governo Regional da Madeira, bem como um protocolo entre o CDC e a AACCCDC – Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra.

No ano de 2000 o CDC colaborou com o Centro de Estudos Judiciários na organização de um seminário na área do direito do consumo. Colaboração que se repetiu em 2001, com a realização do Seminário “*A protecção do consumidor na ordem jurídica portuguesa*”, que decorreu em Coimbra nos dias 23 e 24 de Março.

Em 2001, teve lugar o Curso Intensivo de Pós-Graduação em Direito do Consumo na Região Autónoma da Madeira, que o CDC organizou ao abrigo do Protocolo firmado com a Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Regional da Madeira. O CDC colaborou ainda com esta última entidade na organização das II Jornadas sobre o Consumo, que tiveram lugar no Funchal a 7 de Dezembro de 2001.

Ao abrigo do protocolo celebrado com a AACCCDC – Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, está actualmente em estudo um projecto envolvendo o CDC, a AACCCDC, o Instituto Galego de Consumo (Xunta da Galicia) e a Escola Galega de Administração Pública.

## Órgãos estatutários

### ASSEMBLEIA GERAL

*Prof. Doutor Rui Moura Ramos – Presidente da Mesa*

*Prof. Doutora Maria João Antunes – Vice-Presidente*

*Mestre José Eduardo Figueiredo Dias – Secretário*

### DIRECÇÃO

*Prof. Doutor António Pinto Monteiro – Presidente*

*Mestre Paulo Mota Pinto – Vogal*

*Mestre Pedro Maia – Vogal*

### CONSELHO FISCAL

*Prof. Doutor João Calvão da Silva – Presidente*

*Mestre Luís Pedro Cunha – Vogal*

*Mestre Paulo Henriques – Vogal*

*Diário da República de 18 de Maio de 1998, III Série, p. 10686 (6)*

#### CDC – CENTRO DE DIREITO DE CONSUMO

“Certifico que, por escritura de 26 de Fevereiro de 1998, lavrada a fl. 17 do livro n.º 48-H do 4.º Cartório Notarial de Coimbra, a cargo da licenciada Maria Dina de Freitas Alves Martins, notária do mesmo, foi constituída uma associação sem fins lucrativos com a denominação em epígrafe, abreviadamente designada por CDC, com sede em Coimbra, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abreviadamente designada por FDUC.

A associação, cujo objectivo principal é a promoção e o desenvolvimento da investigação de nível universitário na área de direito do consumo, a organização do Curso de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, bem como o desenvolvimento de acções no domínio da formação complementar profissional e de pós-graduação, a realização de congressos, colóquios, seminários ou outras actividades congéneres e o incentivo à participação dos seus associados e estudantes em iniciativas do mesmo tipo, em Portugal ou no estrangeiro, publicação de monografias, lições, textos de seminários e outros trabalhos de divulgação e investigação, consultadoria a instituições públicas e outras organizações ou organizações ou entidades, públicas ou privadas, no domínio do Direito do Consumo, concessão de bolsas de estudo ou subsídios de investigação, colaboração com outras entidades, públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou comunitárias, em trabalhos, estudos ou acções para que seja solicitada ou de que tome a iniciativa, constituição e desenvolvimento de um centro de documentação, e a realização de outras acções, estudos ou iniciativas que contribuam para o desenvolvimento, em geral, do direito de consumo.

Podem ser associados do CDC a Universidade de Coimbra, através da sua Faculdade de Direito, os membros do corpo docente da FDUC, os docentes do curso de Direito do Consumo, os professores jubilados ou aposentados da FDUC, pessoas e entidades de reconhecido mérito na área do direito do consumo, sob proposta da direcção, bem como, nos mesmos termos, pessoas e entidades que hajam dado ao CDC contribuição especialmente relevante; são associados fundadores do CDC as pessoas que subscreveram os presentes estatutos, bem como aqueles que se inscreveram até à realização da primeira assembleia geral.

Perde-se a qualidade de associado: por desejo do próprio, uma vez comunicado por escrito à direcção; por falta de pagamento da quotização, nos termos a definir pela assembleia geral; por exclusão deliberada pela assembleia geral, após proposta fundamentada da direcção ou a requerimento de, pelo menos, um terço dos associados.

São causas de exclusão de um associado o desrespeito reiterado dos seus deveres para com a associação ou o não cumprimento injustificado das deliberações legalmente tomadas pelos órgãos do CDC; a adopção de uma conduta que contribua para o descrédito, desprestígio ou prejuízo do Centro.

A deliberação de exclusão de um associado só pode ser tomada se na reunião estiverem presentes, pelo menos, metade dos associados e se a proposta de exclusão for aprovada por dois terços dos votos expressos.

A sua duração é por tempo indeterminado.

Está, na parte respeitante, em conformidade com o original”.

## **Curso de Direito do Consumo**

O CDC organiza anualmente um Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, encontrando-se a decorrer, no ano lectivo 2001-2002, o 4.º Curso. Podem candidatar-se os titulares de uma licenciatura em Direito ou em outras licenciaturas adequadas, bem como, excepcionalmente, pessoas cujo curriculum e experiência ou actividade profissional o justifiquem. O curso funciona à Sexta-feira à tarde e ao Sábado de manhã.

O elenco das disciplinas e módulos do curso é o seguinte:

### **DISCIPLINAS**

- Direito dos Contratos  
– *Prof. Doutor António Pinto Monteiro*
- Direito Internacional e Comunitário do Consumo  
– *Prof. Doutor Moura Ramos*  
– *Mestre Gorjão-Henriques*
- Direito da Publicidade  
– *Mestre Paulo Mota Pinto*

### **MÓDULOS**

- Introdução ao Direito do consumidor  
– *Prof. Doutor António Pinto Monteiro*
- Direito Penal do Consumo  
– *Mestre Augusto Silva Dias*
- Direitos Fundamentais do Consumidor  
– *Prof. Doutor Vieira de Andrade*

- Responsabilidade por Informações  
– *Prof. Doutor Sinde Monteiro*
- Responsabilidade Civil do Produtor  
– *Prof. Doutor Calvão da Silva*
- Time-Sharing  
– *Prof. Doutor Henrique Mesquita*
- Garantias  
– *Prof. Doutor Ferreira de Almeida*
- A Tutela Jurisdicional do Consumo em Portugal  
– *Prof. Doutor Teixeira de Sousa*
- Viagens Organizadas  
– *Prof. Doutor Sousa Ribeiro*
- O Endividamento dos Consumidores, Perspectiva sócio-económica  
– *Prof. Doutora Maria Manuel Leitão Marques*
- Sistema organizatório de protecção do consumidor  
– *Prof. Doutora Maria da Glória Pinto Garcia*
- Protecção do Consumidor de serviços financeiros  
– *Mestre Almeno de Sá*
- Sinais Distintivos  
– *Mestre Nogueira Serens*
- Obrigação Geral de segurança  
– *Mestre Cassiano dos Santos*
- O Sobreendividamento  
– *Dr. Manuel Tomé Soares Gomes*

- Meios processuais de defesa do consumidor  
– *Mestre Maria José Capelo*
  
- Preços  
– *Mestre Carolina Cunha*

### **Outras intervenções**

#### CONFERÊNCIAS DE:

Procurador Geral da República  
Bastonário da Ordem dos Advogados  
*Prof. Doutor Antunes Varela*  
*Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*  
*Prof. Doutor Rui de Alarcão*  
*Prof. Doutor Oliveira Ascensão*  
*Prof. Doutor Menezes Cordeiro*  
*Prof. Doutor Bernd Stauder*  
*Prof. Doutor Guido Alpa*  
*Prof. Doutor Enrique Rubio*  
*Dr. Newton de Lucca*  
*Prof. Doutor Gilles Paisant*  
*Prof. Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo*  
*Dr. Joaquim Carrapiço, Presidente do Instituto do Consumidor*  
*Dr.ª Manuela Flores*  
*Dr. Christian Baldus*

#### DEDATES COM:

Instituto do Consumidor  
Associações de Defesa do Consumidor



**Sessão de Abertura do 4.º Curso  
de Pós-Graduação em Direito do Consumo**



DISCURSO NA SESSÃO DE ABERTURA  
DO 4.º CURSO DE DIREITO DO CONSUMO  
ANO LECTIVO 2001/2002 \*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

1. Começo por dirigir a todos palavras de boas vindas e por agradecer a vossa presença, que muito nos honra e sensibiliza.

Uma palavra muito especial é devida ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, que não só nos distingue com a sua presença nesta cerimónia – ele que é um dos mais altos representantes do Estado português –, como ainda nos vai enriquecer com a sua Lição sobre “*A Defesa do Consumidor e o Arrendamento Urbano*”.

Tema da maior importância, sem dúvida, e que vai ser tratado por quem alia à sua *vivência prática* de experiente e ilustre Magistrado, a ponderação reflectida de um destacado vulto da doutrina portuguesa, autor de importante obra sobre o tema.

Iremos escutar atentamente a sua Lição, Senhor Presidente, e eu de modo muito especial, tendo em conta as nossas responsabilidades acrescidas, quer no âmbito deste Centro, quer como Presidente da Comissão do Código do Consumidor, que em breve concluirá a primeira fase do seu trabalho com a apresentação do Anteprojecto do

---

\* Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 16 de Novembro de 2001, na qualidade de Presidente da Direcção do CDC e Responsável Científico do Curso.

Código do Consumidor – Anteprojecto a ser depois discutido, e *enriquecido*, com o contributo de todos, em especial daqueles com maiores responsabilidades nesta área.

O tema que V. Exc<sup>a</sup> vai hoje tratar assume assim uma importância *acrescida* e um *renovado* interesse. Vamos estar atentos, Senhor Presidente, e mais uma vez lhe agradeço ter aceiteado o nosso convite para ser orador nesta cerimónia.

Permitam-me que destaque também a presença do Senhor Dr. Joaquim Carrapiço, na dupla qualidade em que está nesta mesa: como Presidente do Instituto do Consumidor e como representante do Senhor Secretário de Estado para a Defesa do Consumidor, que se tem dignado estar sempre presente em todos os actos que vêm marcando a vida académica deste Centro, mas que hoje se viu impossibilitado de estar connosco. Peço-lhe, Senhor Presidente, que transmita ao Senhor Secretário de Estado o nosso apreço e as nossas cordiais saudações.

Mas não queria deixar de lhe dirigir também a si, Senhor Dr. Joaquim Carrapiço, um cordial cumprimento e de lhe manifestar, uma vez mais, o nosso reconhecimento pelo importante apoio que desde a primeira hora o Instituto do Consumidor, a que V. EXC<sup>a</sup> se digna presidir, vem prestando ao nosso Centro.

Ao Senhor Representante do Senhor Governador Civil, ao Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra, ao Senhor Presidente do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, aos Senhores Presidentes e Representantes do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, das Associações de Defesa do Consumidor aqui presentes, Cooperativas de Consumo e CIACS, às distintas autoridades presentes, aos Senhores Magistrados e Advogados, aos Estudantes, aos Colegas e a todos em geral, as nossas saudações e gratos cumprimentos pela sua vinda.

Senhor Presidente do C.D., Senhor Presidente do C.C., os últimos são os da Casa! Mas não quero deixar de vos exprimir publicamente o nosso sincero agradecimento pela vossa reiterada presença nos actos académicos que temos promovido, o que muito nos honra e estimula.

2. À semelhança do que tem sucedido nos anos anteriores, esta cerimónia procura ser um *elo de ligação* entre quem *chega* e quem *parte*. Os alunos do Curso anterior *passam o testemunho* aos que acabam de entrar nesta Casa. Festejamos o *passado*, com as certidões que dentro em pouco entregaremos; mas festejamos também, cheios de esperança, o *futuro*, com os novos alunos do 4.º Curso de pós-graduação em Direito do Consumo.

Estes actos, de significado académico *tão elevado*, não podiam deixar de ser testemunhados pelas *mais altas* autoridades universitárias: o Magnífico Reitor da Universidade de Coimbra e os Senhores Presidentes do Conselho Directivo e do C.C. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Os alunos do Curso *anterior* que estão em condições de receber o Certificado são 16; mas não estão hoje todos aqui, pela impossibilidade de alguns deles se deslocarem a Coimbra. Os segundos, os que estão já inscritos no *novo* Curso e iniciam, aqui e agora, o seu percurso nesta pos-graduação em Direito do Consumo, são 38: perto de 70% são do sexo feminino e ultrapassa os 70% a percentagem de juristas.

Chegam de todo o país, assim como do estrangeiro, sendo de destacar, a este propósito, com muita satisfação, a presença de 7 alunos brasileiros, 4 advogados e 3 magistrados, dois deles Juizes de Direito e um outro Juiz Desembargador, ao abrigo da colaboração que vimos mantendo com a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros.

A todos eles, a todos os alunos do Curso de Direito do Consumo, o nosso cumprimento caloroso: parabéns aos que hoje homenageamos, palavras de esperança e boas vindas aos que iniciam agora o seu percurso. E uma renovada palavra de muito apreço aos Colegas do Curso, pela sua dedicação e competência.

3. Não gostaria de concluir sem acrescentar mais três palavras singelas, relativas a outros aspectos da vida deste Centro.

A primeira, para registar mais uma publicação, o n.º 2 dos *Estudos de Direito do Consumidor*, de 2000, estando para breve a saída do n.º 3, respeitante a 2001 – e aproveito desde já para solicitar

ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça o texto da sua conferência para publicação nos nossos *Estudos*.

A segunda palavra é para dar conta de que decorreu ao longo deste ano, no Funchal, o 1.º Curso de Direito do Consumo na Madeira, no âmbito do protocolo celebrado entre o nosso Centro e o Serviço de Defesa do Consumidor da Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Autónomo da Madeira. Foram 30 os alunos que frequentaram este Curso, todos eles licenciados em Direito, tendo constituído uma experiência muito bem sucedida.

A última palavra é para recordar um outro evento: à semelhança do que sucedeu no ano passado, também em 2001 colaborámos com o CEJ na organização, nesta Faculdade, em 23 e 24 de Março, de um Seminário sobre “A protecção do consumidor na ordem jurídica portuguesa” e onde foi designadamente debatido o problema e as implicações da Directiva 1999/44/CE, sobre garantias na venda de bens do consumo no direito português, assim como o contrato de crédito ao consumo, o problema do sobreendividamento e a resolução alternativa de litígios na área do consumo.

4. Senhor Presidente do Conselho Directivo, Senhor Presidente do C.C. da Faculdade de Direito, temos procurado servir, ontem como hoje, com os nossos Colegas da Direcção deste Centro, Drs. Paulo Mota Pinto e Pedro Maia, e com todos os Colegas que colaboram connosco, a Faculdade de Direito, de que nos orgulhamos de fazer parte, e a Universidade de Coimbra, a que nos honramos pertencer.

Senhor Presidente do STJ, agradeço mais uma vez a distinção que nos concedeu aceitando o convite que lhe dirigi. A V. Exc<sup>a</sup> e a todos os presentes o nosso renovado agradecimento. Aos Estudantes do Curso, as maiores felicidades!

# A DEFESA DO CONSUMIDOR E O ARRENDAMENTO URBANO\*

JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA

Juiz Conselheiro  
Presidente do STJ

## 1. Introdução.

### 1.1. *O despertar do consumismo e a protecção dos consumidores.*

O progresso científico e tecnológico registado no mundo, principalmente nas últimas três ou quatro décadas, trouxe consigo um extraordinário aumento da quantidade de bens postos à disposição das pessoas e, mercê de uma melhoria generalizada do nível de vida das populações, tem-se assistido, nas modernas sociedades desenvolvidas, a um crescimento difuso do consumo sem paralelo na História da Humanidade.

A força propulsora desta evolução assenta na economia de mercado, caracterizada por uma livre concorrência que procura regular os preços e a qualidade, pelas sofisticadas técnicas de *marketing* e pelas sugestivas campanhas publicitárias, a criarem nos consumidores cada vez mais necessidades e impulsos de aquisição dos mais variados artigos para as mais desencontradas aplicações.

---

\* Adaptação do discurso proferido na abertura do 4.º Curso de Pós-Graduação em Direito de Consumo, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 16 de Novembro de 2001.

Neste imenso universo de relações sociais e comerciais, o que salta mais frequentemente à evidência é a desigualdade de poder entre os que compram e os que vendem produtos e serviços para consumo e uso pessoal. De um lado, o particular ou as famílias que adquirem bens de subsistência, de utilidade ou de mera recreação; do outro lado, o fornecedor, normalmente profissionalizado, com maiores conhecimentos técnicos e enquadrado por grandes grupos económicos, que vende ou cede a título oneroso a utilização desses bens.

E do confronto desta disparidade de poder económico e financeiro resulta para o mero consumidor uma posição de fragilidade na defesa dos seus interesses<sup>1</sup>, que só pode ser compensada com a intervenção dos poderes públicos ou com o apoio de entidades associativas vocacionadas para a salvaguarda dos direitos dos consumidores.

A esta conclusão chegou o Presidente Kennedy, em 15 de Março de 1962, no seu discurso sobre o estado da União, ao defender a criação de leis que assegurassem aos consumidores o pleno exercício dos seus direitos, pois considerava-os como o grupo económico mais importante e, simultaneamente, o menos ouvido. Este apelo foi correspondido, tanto nos Estados Unidos, como na Europa ocidental, no Japão e na Austrália, começando então a surgir um direito do consumo e inúmeros organismos de defesa do consumidor<sup>2</sup>.

Mais tarde, a própria Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução de 16 de Abril de 1985<sup>3</sup>, estabeleceu um conjunto de linhas orientadoras da protecção dos consumidores, tendo particularmente em conta as necessidades dos países em vias de desenvolvimento, de modo a que estes, nomeadamente, alcancem e mantenham uma adequada protecção aos seus consumidores, facilitem a produção e a distribuição de produtos, controlem as práticas comer-

---

<sup>1</sup> Cfr. EIKE VON HIPPEL, *Defesa do Consumidor*, Bol. n.º 273, 5 e seg.ª.

<sup>2</sup> Cfr. JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, 2.

<sup>3</sup> The United Guidelines for Consumer Protection, A/RES/39/248, *Consumer Law in the Global Economy*, org. Ian Ramsay, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, England, 1997, 371-379.

ciais abusivas que possam afectar os consumidores, fomentem o desenvolvimento de grupos de consumidores e a cooperação internacional em matéria de protecção do consumo, bem como a criação de condições que proporcionem aos consumidores grandes possibilidades de escolha a preços mais baixos.

Por outro lado, partindo do princípio de que a protecção do consumidor é demasiado importante para ser deixada apenas ao critério de cada Estado-membro, o Tratado da Comunidade Europeia, na sequência do Tratado de Amesterdão, consagra o seu art.º 153.º à defesa dos consumidores, impondo à própria Comunidade a obrigação de contribuir para a protecção dos seus direitos. E, nesta linha de orientação, a Resolução do Conselho de 28 de Junho de 1999<sup>4</sup>, relativa à política comunitária em matéria de consumidores para 1999-2001, estabelece como prioridades «assegurar um nível elevado de protecção dos consumidores» e «promover os interesses destes», convidando a Comissão a executar o seu plano de acção para aquele triénio, dando particular realce à saúde, à segurança e aos interesses económicos e jurídicos dos consumidores.

## 1.2. *O intervencionismo estatal no arrendamento urbano.*

Entre os bens de consumo ou de utilização individuais encontramos os serviços, em que podem incluir-se as relações locativas, designadamente as de imóveis para habitação<sup>5</sup>. Com efeito, tomar de

---

<sup>4</sup> Resolução 1999/C 206/01, in <http://www.dgsi.pt/cele.nsf/9c.../>, 10-10-2001.

<sup>5</sup> Cfr. JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, 5.

O art.º 1154.º do CC português define contrato de prestação de serviço aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição. No entanto, a noção de serviço para o direito do consumo é principalmente de natureza económica e compreende todas as prestações avaliáveis em dinheiro, com exclusão do fornecimento de bens – cfr. JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, 4.

Mas, se dúvidas houvesse quanto à inclusão do arrendamento nas relações de consumo, a nossa Lei n.º 24/96, de 31/7 (Lei de Defesa do Consumidor), tê-las-ia dissipado ao contemplar, no seu art.º 2.º, n.º 1, não só os bens e os ser-

arrendamento uma casa implica a celebração de um contrato com o locador, daí resultando direitos e obrigações para ambas as partes cuja efectivação nem sempre é pacífica.

E porque também neste domínio, ao longo dos tempos, se tem considerado existir uma parte mais fraca, naturalmente inerme perante uma contraparte economicamente mais poderosa, o Estado há muito que sentiu necessidade de intervir legislando, fundamentalmente com o intuito de proteger o inquilino na sua relação com o senhorio, a fim de tornar mais fácil aos cidadãos de menores recursos o acesso a uma habitação condigna e, ao mesmo tempo, garantir uma certa pacificação social e política.

A História mostra-nos que, sobretudo em situações de crise sócio-económica, têm sido impostas diversas medidas legislativas, por vezes fortemente contractivas dos direitos dos locadores imobiliários, tais como o congelamento de rendas, a seguir à implantação da República<sup>6</sup>, a obrigatoriedade de os senhorios arrendarem prédios devolutos e a proibição de despejos com fundamento em não convir a continuação do arrendamento, por ocasião da primeira Grande Guerra<sup>7</sup>.

Em 1948, com a reforma do arrendamento operada pela Lei n.º 2030, de 22 de Junho, foi disciplinada a transmissão do arrendamento por divórcio e por morte do arrendatário, permitiu-se uma subida das rendas fora de Lisboa e do Porto, sujeita embora a complexos e limitadores cálculos, mas nestas duas grandes cidades subsistiu o congelamento.

Na sequência da crise político-militar de Abril de 1974, surgiram também fortes restrições à liberdade contratual dos senhorios, nomeadamente a proibição do aumento das rendas, o estabelecimento do dever de arrendar, a suspensão, nalguns casos, da denúncia do arrendamento e a legalização de ocupações de casas de habitação, mediante a celebração de contratos de arrendamento obrigatórios.

---

viços, mas também a «transmissão de direitos» – cfr. JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à Política de Consumo*, Lisboa, 1999, 187.

<sup>6</sup> Pelo Decreto de 11 de Novembro de 1910.

<sup>7</sup> Decreto n.º 1079, de 23-11-1914, Lei n.º 828, de 28-9-1917, e Decreto n.º 4499, de 27-6-1918.

Verifica-se, portanto, que todo este vasto acervo legislativo tutelador das relações de arrendamento urbano, pelas suas implicações sociais, foi precursor da política legislativa de protecção ao consumidor desenvolvida só a partir das décadas de 1960-1970<sup>8</sup>.

Porém, urge questionar o condicionalismo em que se estabelece e mantém a relação locatícia imobiliária, para tentarmos surpreender o que há de específico no arrendamento, em termos de necessidade de protecção legal.

Desde logo, importa saber que espécie de consumidor é o arrendatário e se a figura do locador, com todo o seu «senhorio», corresponde ao opulento e tecnicamente bem apetrechado fornecedor, geralmente tomado como paradigma pelo direito do consumo.

## 2. O locador.

### 2.1. Caracterização perante o direito do consumo.

O arrendamento urbano está definido no art.º 1.º do seu regime jurídico<sup>9</sup> como o contrato pelo qual uma das partes concede à outra o gozo temporário de um prédio urbano<sup>10</sup>, no todo ou em parte, mediante retribuição.

Este arrendamento pode ser destinado à habitação, à actividade comercial ou industrial<sup>11</sup>, ao exercício de profissão liberal<sup>12</sup> ou a

---

<sup>8</sup> O mesmo se verifica no arrendamento rural, que continua a consagrar normas fortemente protectoras do arrendatário, considerado a parte mais fraca dos intervenientes do contrato – ver, designadamente, os artigos 4.º (cláusulas nulas), 5.º (prazos de arrendamento), 7.º (renda), 8.º (actualização de rendas), 9.º (tabelas de rendas), 10.º (redução de rendas) e 19.º (oposição à denúncia). Para mais informação, cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, MANUEL CALVÃO e CRISTINA ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Rural*, 3.ª ed.

<sup>9</sup> Todos os artigos citados sem indicação do diploma a que pertencem são do Regime do Arrendamento Urbano (RAU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro.

<sup>10</sup> Entende-se por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro – art.º 204.º do CC.

<sup>11</sup> Quando se trate de prédios ou partes de prédios urbanos ou rústicos tomados para fins directamente relacionados com uma actividade comercial ou industrial, nos termos do art.º 110.º.

outra aplicação lícita do locado<sup>13</sup>. Quando o fim do contrato não tenha sido objecto de estipulação, a lei só permite que o prédio seja utilizado para habitação – art.º 3.º.

O arrendamento de prédios urbanos pauta-se, em geral, pelo regime que lhe é próprio, e pelo da locação civil naquilo em que não contenda com o disposto naquele – art.º 5.º, n.º 1.

A nossa Lei de Defesa do Consumidor<sup>14</sup>, no seu art.º 2.º, n.º 1, considera *consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*.

Temos aqui, interligadas e com vocação para a aplicação generalizada, as definições de consumidor e de fornecedor. Este caracteriza-se essencialmente por ser um profissional a exercer uma actividade económica com o intuito de obter proventos. Com esta literalidade, a nossa lei parece não admitir que um fornecedor possa não ser um profissional nem que actue a título gracioso.

Contudo, no mercado do arrendamento para habitação, frequentemente o locador não é um profissional nessa matéria, nem dispõe de uma posição de superioridade económica ou social em relação ao inquilino. Muitas vezes, o senhorio é uma pessoa em débil situação financeira que, não fazendo do arrendamento sua profissão, vive de rendas baixíssimas que consegue cobrar do arrendatário. Neste tipo de situações, perante a restrição legal ao carácter profissional da actividade económica, não poderá o arrendamento ser considerado como verdadeira relação de consumo, pelo menos para efeitos de aplicação das regras de protecção do consumidor<sup>15</sup>. Só quando o arrendamento

---

<sup>12</sup> O art.º 121.º manda aplicar a estes arrendamentos os seus art.º 110.º a 120.º relativos aos arrendamentos para comércio ou indústria.

<sup>13</sup> Ver art.º 123.º. Sobre os conceitos de actividade comercial, actividade industrial, profissão liberal e outra aplicação lícita do locado, cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., 137 e seg.ª.

<sup>14</sup> Lei n.º 24/96, de 31-7.

<sup>15</sup> Para JEAN CALAIS-AULOY (*Droit de la Consommation*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, 5), a circunstância de não ser profissional o fornecedor de um bem ou de um serviço pode conduzir a uma atenuação ou mesmo eliminação das

for celebrado entre um locador profissional e um locatário que destine o imóvel a uso não profissional é que a nossa lei reconhece plenamente um contrato de consumo<sup>16</sup>.

Em todo o caso, como vimos, o arrendamento urbano beneficia de um regime específico que visa a harmonização dos interesses do arrendatário em confronto com os do senhorio, sem esquecer o objectivo do Estado de garantir o direito constitucional dos cidadãos a uma habitação adequada, nos termos do art.º 65.º da Constituição da República Portuguesa.

Aliás, o Decreto-Lei preambular que aprovou o Regime do Arrendamento Urbano prevê, no seu art.º 16.º, a constituição de associações de inquilinos nos termos hoje previstos no art.º 17.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. O objectivo da criação destas colectividades é o de viabilizar a participação representativa dos arrendatários na definição legal e administrativa dos seus direitos e interesses específicos, indo a lei ao ponto de lhes atribuir legitimidade para assegurarem a defesa judicial dos seus membros em questões relativas à habitação.

## 2.2. As obrigações do locador.

Uma vez que o arrendamento é um contrato de execução continuada, convergindo nele os interesses ligados ao direito de propriedade e toda a dimensão humana e social do direito à habitação, sendo por isso desejável uma certa estabilidade no equilíbrio dessa

---

regras protectoras, mas não afasta a qualidade de consumidor a quem adquire o produto ou utiliza o serviço para fins não profissionais.

<sup>16</sup> Neste sentido, cfr. DENIS-M. PHILIPPE, *Le Contrat de Prestation de Services-Tentative de Définition – Perspectives de Réglementation*, in *Les Prestations de Services et le Consommateur, Actes du Colloque Organisé le 17 Novembre 1989 à Louvain-la-Neuve*, ed. J. LAFFINEUR, Story Scientia, Bruxelles, 1990, 22.

MÁRIO FROTA distingue vários tipos de contratos de consumo, entre os quais os imobiliários em sentido amplo, abrangendo, designadamente, os de arrendamento, subarrendamento e hospedagem – *Os contratos de Consumo – Realidades Socio-Jurídicas que se Perspectivam sob Novos Influxos*, Revista Lusfada, n.ºs 1-2, 1999, 347.

relação, a lei impõe a ambas as partes determinadas obrigações, destinadas não só a preservar a coisa locada, mas também a assegurar a continuidade do contrato e o cumprimento, recíproco e satisfatório, de todas as prestações.

As obrigações fundamentais do locador de um imóvel são as de:

- a) entregar ao locatário a coisa arrendada;
- b) assegurar-lhe o gozo do arrendado para os fins a que ele se destina <sup>17</sup>.

A primeira imposição decorre da própria natureza jurídica do contrato, tal como resulta dos art.<sup>os</sup> 1022.º do CC e 1.º do RAU, pois é necessário que o arrendatário esteja em poder do locado para dele conseguir retirar as utilidades e as comodidades que o contrato de arrendamento lhe permite. Já a obrigação de proporcionar ao arrendatário o gozo da coisa constrange o senhorio a abster-se da prática de qualquer acto que impeça ou diminua esse gozo – art.º 1037.º do CC.

Por outro lado, no caso de a coisa locada apresentar algum vício, existe uma solução adequada para o problema dentro do complexo normativo aplicável a esta figura contratual. Isto é, se o prédio revelar alguma anomalia que obste à realização cabal do fim a que o arrendado é destinado, ou não tiver as qualidades necessárias a essa finalidade ou asseguradas pelo senhorio, considera-se o contrato não cumprido, em duas situações:

- 1) se o defeito datar, pelo menos, do momento da entrega e o locador não provar que o desconhecia sem culpa;
- 2) se o defeito surgir posteriormente à entrega, por culpa do locador – art.º 1032.º do CC.

### **3. O arrendatário.**

#### *3.1. O arrendatário como consumidor.*

A pessoa a quem o locador cede temporariamente o gozo de um prédio só pode ser considerada consumidora, segundo a Lei n.º 24/96,

---

<sup>17</sup> Nos termos dos art.<sup>os</sup> 1031.º, al.<sup>s</sup> a) e b), e 1023.º do CC e 1.º.

de 31 de Julho, se destinar esse imóvel a um uso não profissional e se, ao contrário, quem lhe cede esse uso exercer profissionalmente uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Deste modo, a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor depende essencialmente de ser profissional quem fornece produtos, presta serviços ou transmite direitos e de não ser profissional quem beneficia destas prestações. O vocábulo *profissão*, correntemente mais associado a pessoas singulares, é utilizado, em direito do consumo, para designar as actividades de produção, distribuição ou de prestação de serviços, tanto de uma grande empresa societária como do pequeno comerciante, abrangendo inclusivamente as empresas do Estado que se dedicam a semelhantes actividades<sup>18</sup>.

Assim sendo, fará sentido excluir do âmbito de aplicação do direito do consumo o arrendamento para o exercício de actividade comercial ou industrial e de profissão liberal, visto se destinar a um uso profissional do arrendatário e, por isso, não se justificar a aplicação das normas protectoras do consumidor. Efectivamente, não parece ajustado fazer disciplinar estes arrendamentos com um regime tão proteccionista como aquele que existe para a habitação, pois tratando-se do exercício de profissões destinadas, por natureza, a obter lucros, verifica-se um maior equilíbrio de posições entre locador e locatário, especialmente em termos de capacidade negocial, que dispensaria uma intervenção tão intensa da lei<sup>19</sup>.

### 3.2. *As obrigações do arrendatário.*

As obrigações do locatário em geral, incluindo o arrendatário, encontram-se enumeradas no art.º 1038.º do CC e podem ser agrupadas entre as que procuram assegurar a retribuição do senhorio, as que visam preservar a situação jurídica da coisa locada e as que têm por finalidade a conservação material do local arrendado.

---

<sup>18</sup> JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, 5.

<sup>19</sup> Cf. MÁRIO FROTA, *A APDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo Lança Repto ao Parlamento em Matéria de Arrendamento*, Revista do Consumidor, n.º 29, Dez. 2000, 102.

### 3.2.1. O pagamento da renda.

Em primeiro lugar temos, desde logo, a obrigação que o locatário de imóvel assume perante o senhorio de pagar a renda, ou seja, a sua prestação pecuniária periódica, normalmente mensal, segundo o calendário gregoriano, fixada em *escudos*, brevemente substituídos por *euros*, como contrapartida da utilização da casa que aquele se comprometeu a assegurar-lhe.

Se o arrendatário não pagar a renda, no tempo e no lugar próprios, nos termos do art.º 1039.º do CC, nem fizer o depósito liberatório (art.º 22.º), proporciona ao senhorio fundamento para resolver o contrato, nos termos do art.º 64.º, n.º 1, al. a).

A retribuição do locador pela dação de um imóvel em arrendamento, como elemento essencial do negócio e com um significado económico por vezes extremamente pesado para o orçamento familiar de certos estratos populacionais, tem sido um dos aspectos onde o legislador mais tem intervindo, não deixando a sua regulação apenas às vicissitudes do mercado. Com efeito, embora admita várias tipos de renda, com maior ou menor liberdade de estipulação, a verdade é que o Estado não fica indiferente à progressão dos seus montantes, nem às respectivas consequências para a economia e para o acesso à habitação.

#### a) *Renda livre.*

A renda pode ser livremente estabelecida no início do contrato, ao sabor do jogo da oferta e da procura, em mercado aberto (art.º 78.º), muito embora a sua actualização só possa ocorrer pelas formas previstas nos termos do art.º 31.º:

- anualmente, em função de um determinado coeficiente, a que se refere o art.º 32.º;
- por convenção das partes, quando a lei o permita;
- na sequência de obras de conservação ou beneficiação, nos termos do art.º 38.º e seg.º;
- quando o arrendatário disponha de outra residência – art.º 81.º-A.

b) *Renda condicionada.*

Além da renda livre, a lei prevê a renda condicionada, calculada com base na aplicação de uma taxa, fixada conjuntamente pelo Ministério das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, ao valor actualizado do fogo, no ano da celebração do contrato (art.º 79.º)<sup>20</sup>. O objectivo desta modalidade de renda é garantir ao proprietário um ganho não especulativo, numa proporção equilibrada com o capital investido e tendo em conta as despesas inerentes ao seu direito de propriedade.

O regime de renda condicionada é obrigatório, nos termos do art.º 81.º, para os arrendamentos: 1) constituídos por força de direito a novo arrendamento; 2) de fogos construídos para fins habitacionais do Estado e outros entes públicos que tenham depois sido vendidos aos respectivos moradores; 3) de fogos construídos por certas cooperativas que tenham beneficiado de financiamentos públicos; 4), agora por força do art.º 7.º, n.º 2, nos arrendamentos que não tenham observado a forma escrita e em que esta seja suprida com a exibição do recibo de renda.

c) *Renda apoiada.*

Esta modalidade de renda foi instituída com a Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro, para os prédios construídos ou adquiridos com destino ao arrendamento habitacional, pelo Estado e seus organismos autónomos, institutos públicos, autarquias e instituições de solidariedade social com o apoio financeiro do Estado (art.º 9.º).

Actualmente, o regime da renda apoiada encontra-se estabelecido no Decreto-Lei n.º 166/93, de 7 de Maio, de idêntico âmbito de

---

<sup>20</sup> Nos termos do art.º 80.º, o valor actualizado é o seu valor real, fixado nos termos do Código das Avaliações. Porém, enquanto este não entrar em vigor, por força do disposto no art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15-10, o referido valor, nos arrendamentos habitacionais, é achado à luz dos art.ºs 4.º a 13.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 13/86, de 23-1, com a ponderação de factores como o conforto do fogo, o seu estado de conservação, o preço da habitação por metro quadrado e o coeficiente de vetustez.

Nos arrendamentos não habitacionais, aquele valor é determinado pelo produto da capitalização das rendas pelo factor 15.

aplicação e com referência expressa também às Regiões Autónomas e aos municípios (art.º 1.º).

Em termos resumidos, este regime destina-se aos arrendamentos de carácter social e consiste na determinação objectiva de uma quantia a pagar pelo arrendatário, em função do valor real do fogo e do rendimento do agregado familiar. A actualização desta renda faz-se de harmonia com a variação do rendimento mensal corrigido do agregado familiar, podendo verificar-se periódica e regularmente ou logo que ocorra uma alteração desse rendimento, nos termos do art.º 8.º do referido diploma legal<sup>21</sup>.

Noutra perspectiva, a lei<sup>22</sup> prevê a concessão anual de um subsídio de renda aos inquilinos sujeitos à correcção extraordinária das rendas e aos que sejam deficientes, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%. Este subsídio é calculado em função de três variáveis: o rendimento do agregado familiar, a dimensão deste e a renda paga.

Particularmente na hipótese de deficiência, poderá questionar-se se o facto determinante da concessão do subsídio não deveria ser também igual incapacidade do cônjuge do arrendatário ou de outro elemento do seu agregado familiar, como pareceria socialmente mais justo<sup>23</sup>.

#### d) A quitação.

Uma vez embolsada a renda, o senhorio deve passar ao inquilino o correspondente recibo, sendo este um direito de qualquer pessoa que cumpre uma obrigação, nos termos do art.º 787.º do CC. Neste caso, porém, o documento de quitação reveste uma redobrada impor-

<sup>21</sup> Art.º 82.º e Decreto-Lei n.º 166/93, de 7-5.

<sup>22</sup> Art.ºs 22.º a 27.º da Lei n.º 46/85, de 20-9, mantidos em vigor pelo art.º 12.º, Decreto-Lei n.º 68/86, de 27-3.

<sup>23</sup> A propósito de um caso concreto levado perante o Provedor de Justiça, este recomendou já ao Ministro do Equipamento Social o alargamento do âmbito de aplicação do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 68/86, de 27-3, de modo a abranger não só a situação do arrendatário deficiente, mas igualmente a do seu cônjuge ou da pessoa que com aquele viva em condições análogas às dos cônjuges – in *Relatório à Assembleia da República 2000*, Lisboa, 2001, 477-480.

tância, pois, além de provar o pagamento, serve também para demonstrar a existência do próprio contrato, quando este não tenha sido formalizado por escrito, nos termos do art.º 7.º.

Por vezes, acontece que o senhorio nem acorda em formalizar o contrato por escrito, nem está disposto a passar recibo, embora não prescindia do recebimento certo e atempado do montante da renda. Isto sucede, com alguma frequência, principalmente nos chamados arrendamentos para estudantes, próximos de alguns pólos universitários, conforme tem sido noticiado pela comunicação social <sup>24</sup>.

Neste caso, o arrendatário fica numa situação difícil, uma vez que, sem qualquer documento que prove a sua qualidade de inquilino, corre o risco de o senhorio negar a relação locativa e invocar, por exemplo, a existência de um comodato. Perante isto, o que o locatário tem a fazer, antes de mais, é tentar convencer o senhorio, de preferência por escrito, a formalizar quer o contrato, quer a quitação. Se não conseguir, deverá denunciar o caso às autoridades competentes.

Com efeito, o locador que recusar passar o recibo da renda, cobre rendas superiores às fixadas na lei ou, na celebração do contrato de arrendamento, receba quantia superior ao mês de caução, incorre na prática de um crime de especulação punível com prisão de seis meses a três anos e multa não inferior a 100 dias, nos termos do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, e do art.º 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

#### e) *Outros encargos.*

Nos prédios constituídos em propriedade horizontal há lugar ao pagamento dos encargos com as partes comuns, normalmente suportadas pelo dono do imóvel.

No entanto, podem as partes no contrato acordar que tais despesas fiquem a cargo do arrendatário, sem que o seu pagamento se integre na renda, não obstante dever ser feito simultaneamente com esta <sup>25</sup>. Tais despesas têm de ser devidamente especificadas no texto

<sup>24</sup> Vg. *Estudantes Alertados Contra Abusos dos Senhorios*, jornal *Público*, de 28-9-2001, 45; *Estudantes do Técnico Exigem Quartos Melhores*, jornal *A Capital*, 19-10-2001, 5.

<sup>25</sup> Cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., 245-248.

do contrato ou de um seu aditamento ou por remissão para o regulamento da propriedade horizontal, que deve ser anexado ao contrato de arrendamento, nos termos dos art.ºs 8.º, n.º 3, 41.º e 42.º.

O não pagamento destes encargos pelo inquilino, que a tanto se obrigou, quiçá a troco de uma renda mais baixa, não constitui motivo de resolução do contrato, nem se lhe aplica a disciplina jurídica da mora prevista no art.º 1041.º do CC <sup>26</sup>.

### 3.2.2. Obrigações relacionadas com a conservação do arrendado.

No que respeita às preocupações de conservação material do imóvel, elas estão reflectidas nas al.ª b) a e) e, em parte também, na al. h) do art.º 1038.º do CC:

b) Facultar ao locador o exame da coisa locada. Ainda que o seu incumprimento não chegue para fundamentar o despejo, compreende-se a razão de ser desta imposição ao inquilino, nomeadamente para o senhorio poder averiguar o estado de conservação do arrendado e tomar conhecimento das eventuais deteriorações que apresente, provocadas quer pelo uso, quer pelo tempo, a fim de promover a sua reparação.

c) Não aplicar a coisa a fim diverso daqueles a que ela se destina, o que poderia implicar maior desgaste da construção do que seria, razoavelmente, de esperar. Os possíveis fins contratuais do arrendamento urbano previstos no art.º 3.º repartem-se por: habitação, comércio ou indústria, profissão liberal ou outra aplicação lícita do prédio. Importa ainda considerar que não prejudica o uso residencial do prédio arrendado o exercício de qualquer indústria doméstica dentro dos limites traçados no art.º 75.º.

Se o arrendatário usar o prédio para fim ou ramo de negócio diferente daquele a que se destina, dá ao senhorio um bom motivo para accionar a resolução do contrato de arrendamento e o consequente despejo – art.º 64.º, n.º 1, al. b).

---

<sup>26</sup> Neste sentido, cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., 247.

d) Não fazer uso imprudente da coisa arrendada, devendo o arrendatário procurar preservá-la no estado em que a recebeu, sem prejuízo, obviamente, das deteriorações decorrentes de uma prudente utilização, de harmonia com os fins do contrato (art.º 1043.º do CC). A lei admite mesmo pequenas deteriorações no prédio que sejam necessárias para conforto e comodidade do arrendatário, mas este deve repará-las à sua custa antes da restituição do prédio, salvo acordo em contrário com o senhorio – art.º 4.º.

e) Tolerar as reparações urgentes, bem como quaisquer obras ordenadas pela autoridade pública. As obras de conservação e as de beneficiação encontram-se, em regra, a cargo do locador, nos termos do art.º 12.º e seguintes. Trata-se, portanto, de respeitar um importante princípio de cooperação entre o senhorio e o inquilino, no interesse de ambos.

h) Avisar imediatamente o locador, sempre que tenha conhecimento de vícios da coisa ou que a ameça algum perigo. Estamos perante um dever de informação que impende sobre o arrendatário, por ser quem está em condições privilegiadas para se aperceber de qualquer deterioração que ponha em causa a conservação do prédio e a sua utilização.

### 3.2.3. Obrigações relativas à situação jurídica do arrendado.

Finalmente, no que concerne à estabilidade da situação jurídica da coisa arrendada, a lei – art.º 1038.º, al.ª f) a i) – impõe ao arrendatário alguns comportamentos de *facere* e de *non facere*, no sentido de garantir ao senhorio que o estatuto jurídico do local arrendado não é alterado sem o seu consentimento e que o mesmo lhe será restituído no fim do contrato:

f) Não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, a menos que a lei ou o locador o permitam. Fica assim bem claro que, em princípio, o arrendatário apenas tem o direito de usar a coisa locada, ou seja, gozar as suas utilidades e não o de usar e fruir, como aconteceria se pudesse explorar livremente os seus frutos com a cedência, a qualquer título, da utilização do local arrendado.

### f) 1. *Subarrendamento*

Esta obrigação veda ao arrendatário, efectivamente, a possibilidade de subarrendar sem permissão legal ou sem a autorização do locador. O subarrendamento é uma sublocação de imóvel e consiste na celebração pelo arrendatário, como sublocador, de um contrato de arrendamento com um sublocatário – art.º 1060.º do CC. A prova deste subcontrato é feita nos mesmos termos que a do contrato de arrendamento.

No entanto, salvo convenção em sentido diferente, o sublocador não pode cobrar do subarrendatário um montante de renda superior ao que é devido pelo contrato de arrendamento, acrescido de 20 por cento, nos termos do art.º 1062.º do CC, sob pena de o senhorio poder resolver o contrato ao abrigo da al. g) do n.º 1 do art.º 64.º.

Por outro lado, se não respeitar este limite da renda ou se recusar a passagem de recibo, o arrendatário, como sublocador, incorre na prática do crime de especulação a que se refere o citado art.º 14.º do Decreto-Lei Preambular, uma vez que lhe são aplicáveis, em geral, as normas do arrendamento destinadas ao locador.

### f) 2. *Hospedagem*

Esta proibição de o arrendatário ceder o gozo da coisa e de a sublocar sem autorização do senhorio, não impede que nos arrendamentos para habitação possam residir com o locatário todos os que com ele vivam em economia comum – art.º 76.º, n.º 1, al. a).

Além destas pessoas, e salvo estipulação em contrário, também podem habitar no locado, no máximo, três hóspedes, nos termos do art.º 76.º, n.º 1, al. b).

A hospedagem é um contrato consensual, contrariamente ao subarrendamento, que está sujeito à forma legal prescrita pelos art.ºs 1060.º do CC e 7.º. E, contanto que não tenha sido afastada por cláusula contratual, não está condicionada à autorização do senhorio, se não ultrapassar o limite de três hóspedes. Se, por exemplo, a qualquer desses hóspedes nascer um filho, há quem entenda que mesmo assim não se ultrapassou o limite legal, a não ser quando essa criança, pelo seu crescimento, possa assimilar-se

a um adulto<sup>27</sup>. No entanto, afigura-se mais conforme à letra e ao espírito da lei, para todos os efeitos, reconhecer que os hóspedes passaram a ser quatro, uma vez que o recém-nascido também beneficia dos serviços e do alojamento em geral, ainda que por intermédio dos pais<sup>28</sup>. Deste modo, para que a hospedagem a quatro se mantenha<sup>29</sup>, sem cair no fundamento de resolução do contrato de arrendamento previsto na al. e) do n.º 1 do art.º 64.º, deve ser obtida autorização do locador.

A própria lei se encarrega de fixar uma definição de *hóspedes*, considerando como tal unicamente as pessoas a quem o arrendatário proporcione habitação e preste habitualmente serviços relacionados com esta, ou forneça alimentos, mediante retribuição – art.º 76.º, n.º 2. Estas prestações, tomadas separadamente, são próprias de vários contratos: arrendamento, aluguer e prestação de serviços. Mas, para este efeito, todas elas contribuem, articuladamente, para a caracterização da hospedagem.

Esta figura jurídica caiu um pouco em desuso, o que, pelo menos em parte, se deve à circunstância de a lei ter passado a prever os arrendamentos de duração limitada, com prazo não inferior a cinco anos (art.º 98.º e seg.º), permitindo assim uma maior maleabilidade no mercado do arrendamento. No entanto, a hospedagem é ainda muito utilizada por estudantes, principalmente junto dos grandes centros universitários, enquanto duram os respectivos cursos. Todavia, na prática, em lugar de uma verdadeira hospedagem, com os referidos elementos característicos, o que muitas vezes existe é um autêntico arrendamento, ou subarrendamento, com serventia de cozinha e casa de banho, mas sem prestação de serviços, designadamente de limpeza, nem fornecimento de refeições, nem tratamento de roupa<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª ed., 248-249.

<sup>28</sup> Cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., 471.

<sup>29</sup> Pode até dar-se o caso de, em vez de uma, nascerem duas ou três crianças e então seria muito difícil continuar a sustentar o não aumento dos hóspedes na mesma proporção.

<sup>30</sup> Cfr. ALBERTO FRANCO e ANTÓNIO RAMALHO, *Alugar Quartos Ainda É Negócio. Quartos com Vista sobre a Cidade, Consumos*, <http://www.ic.pt/arquivo/revis-ta82/consumos1.html>, 25-7-2001.

g) Comunicar ao locador, dentro de uma quinzena, a cedência do gozo da coisa por algum dos referidos títulos, quando permitida ou autorizada. Mais uma vez, o direito do senhorio a ser informado da alteração da situação jurídica da coisa locada e, mais importante ainda, para que ele não possa resolver o contrato com fundamento na violação das obrigações imposta pela al. f) do art.º 1038.º do CC, por força do disposto no art.º 64.º, n.º 1, al. f).

h) Avisar imediatamente o locador sempre que tenha conhecimento de que terceiros se arrogam direitos em relação à coisa arrendada. Visa esta obrigação proporcionar ao senhorio a defesa, em tempo útil, da integridade do seu direito sobre a coisa arrendada, no pressuposto legal de que o locatário está em melhores condições para se aperceber de qualquer ameaça.

i) Restituir a coisa no fim do arrendamento. Atenta a natureza temporária deste vínculo contratual, a devolução do seu objecto mais não é do que uma consequência natural da cessação daquele. Se não restituir a coisa no termo do contrato de arrendamento, o arrendatário constitui-se na obrigação de indemnizar, devendo, a este título, pagar a renda até à efectiva restituição, nos termos do art.º 1045.º do CC.

A obrigação de indemnizar também pode ser imposta ao arrendatário, se ocorrer a perda ou a deterioração do arrendado e se ele, por exemplo, não tiver feito uma utilização prudente deste, no respeito pelo fim do contrato, de harmonia com o preceituado no art.º 1044.º do CC.

#### 3.2.4. Outras obrigações do arrendatário.

Além das obrigações já referidas, impostas ao arrendatário pelo art.º 1038.º do CC, importa atentar noutras resultantes de causas de resolução do contrato previstas nas alíneas do n.º 1 do art.º 64.º, ainda não abordadas:

c) O locatário não pode aplicar o prédio arrendado, reiterada ou habitualmente, a práticas ilícitas, imorais ou desonestas. Quer isto dizer que o uso dado pelo locatário ao arrendado tem de ser normal, não pode violar interesses ou direitos individuais e absolutos dos particulares. A ilicitude deve ser aferida à luz do princípio geral

contido no art.º 483.º do CC e a gravidade da violação pelo princípio da boa fé contratual previsto no art.º 762.º, n.º 2, do CC.

As práticas imorais e desonestas, mesmo que não cheguem a causar escândalo, atentam contra os bons costumes e a moral social instituída e, por isso, não podem ter lugar no arrendado, sob pena de o senhorio poder resolver o contrato.

d) Deve também o inquilino abster-se de levar a cabo, sem consentimento escrito do senhorio, quaisquer obras que alterem substancialmente a estrutura externa do prédio ou a disposição interna das suas divisões, assim como não deve praticar actos que o deteriorem consideravelmente. Estão excluídas desta proibição as deteriorações decorrentes de uma prudente utilização do prédio (art.º 1043.º do CC) e aquelas que o art.º 4.º permite ao locatário para seu conforto e comodidade.

h) Se o prédio estiver arrendado para a prática do comércio, de indústria ou de profissão liberal, o inquilino não pode tê-lo encerrado por mais de um ano, a não ser em caso de força maior ou de ausência forçada não superior a dois anos.

Com este preceito procura-se evitar que o encerramento prolongado acabe por depreciar o local arrendado, pela degradação a que fica sujeito com a não utilização. A demonstração de uma situação de encerramento deve atender, em cada caso, a todo o circunstancialismo envolvente, nomeadamente a natureza do local arrendado, o fim do arrendamento, o grau de redução da actividade, se tal diminuição é definitiva ou temporária e as respectivas causas <sup>31</sup>.

i) Não pode o locatário manter o prédio arrendado desabitado por mais um ano e, sendo o arrendamento para habitação, deve ter nele a sua residência permanente.

Estão aqui previstas duas possíveis situações: a do prédio desabitado e aquele em que o arrendatário não tem ali a sua residência permanente, ou seja, o centro da sua vida familiar e social e da sua economia doméstica. Só no primeiro caso, o do prédio desabitado, é que a lei estabelece o limite mínimo de mais de um ano. A falta de residência permanente, susceptível de fundamentar a resolução do

---

<sup>31</sup> Cfr. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., 380.

contrato, não precisa de durar um período superior a um ano, bastando que se verifiquem aqueles indícios a partir dos quais ela se evidencia, tais como: o facto de o arrendatário não dormir no locado, não tomar nele as suas refeições, não receber ali os seus amigos, nem a correspondência.

j) Se a ocupação do prédio pelo arrendatário foi determinada pela prestação de serviços pessoais ao senhorio, não pode deixar de os prestar se não quer dar fundamento para a resolução do contrato de arrendamento. Tem-se aqui em vista, designadamente, a união de contrato de arrendamento com o contrato de trabalho, pelo que, cessado este, e não havendo lugar a renovação automática deste arrendamento, desaparecem as razões da sua manutenção <sup>32</sup>.

#### 4. Conclusão.

A principal característica comum à tutela das relações de consumo em geral e à do arrendamento é a preocupação de proteger aquela que se apresenta como sendo a parte mais frágil na defesa dos seus direitos e interesses.

As relações entre o *fornecedor* e o *consumidor* de habitação locativa há muito que são modeladas e conformadas pela vontade política do legislador, tendo em conta os superiores interesses da sociedade em garantir habitação acessível aos rendimentos dos particulares.

Este protecționismo tem-se baseado, fundamentalmente, em três grandes linhas de força: 1) a contenção do aumento das rendas à custa do rendimento esperado pelo senhorio, subtraindo este sector à regulação resultante do puro jogo da oferta e da procura; 2) a limitação bastante acentuada das possibilidades de despejo, com a fixação de fundamentos taxativos, que asseguram a estabilidade do vínculo locativo; 3) a preocupação com a qualidade dos fogos em geral e com as respectivas condições de habitabilidade.

---

<sup>32</sup> Cfr. F. M. PEREIRA COELHO, *Arrendamento - Direito Substantivo e Processual*, Coimbra, 1988, 287-288.

Este último aspecto tem sido menos conseguido, em virtude de o baixo rendimento imobiliário dos senhorios, muitos deles também de modestos recursos, não lhes permitir a realização das necessárias reparações dos imóveis <sup>33</sup>.

Nalgumas situações, os encargos dos locadores, nomeadamente em contribuições para o condomínio, contribuição autárquica e taxas de esgotos, são superiores às rendas que vão logrando receber dos arrendatários.

Parece, pois, evidente a necessidade de uma intervenção legislativa, em larga escala, para resolver os problemas com que se debate o mercado do arrendamento e, acautelando os interesses de todas as

---

<sup>33</sup> Vários incentivos têm sido criados:

– o Regime Especial de Participação na Recuperação de Imóveis Arrendados, abreviadamente designado RECRRIA, visa apoiar a execução das obras definidas no art.º 11.º, que permitam a recuperação de fogos e imóveis em estado de degradação, mediante a concessão de incentivos pelo Estado e municípios – cfr. Decreto-Lei n.º 329-C/2000, de 22 de Dezembro. A Portaria n.º 56-A/2001, de 29 de Janeiro, fixou o regime de cálculo de participação a fundo perdido do Programa RECRRIA;

– o Decreto-Lei n.º 105/96, de 31 de Julho, alterado pelo art.º 3º do Decreto-Lei n.º 329-B/2000, de 22 de Dezembro, criou o Regime de Apoio à Recuperação Habitacional em Áreas Urbanas Antigas, abreviadamente designado por REHABITA;

– o Decreto-Lei n.º 106/96, de 31 de Julho, estabeleceu o Regime Especial de Participação e Financiamento na Recuperação de Prédios Urbanos em Regime de Propriedade Horizontal, abreviadamente designado por RECRIPH;

– o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 320/2000, de 15 de Dezembro, estabeleceu o regime jurídico da concessão de crédito à aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento;

– o Decreto-Lei n.º 45/ 2001, de 10 de Fevereiro, estabeleceu um regime emolumentar aplicável às operações de mudança de regime de crédito e de instituição de crédito, quer isoladamente, quer em simultâneo, no âmbito do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro, que aprovou o regime jurídico de concessão de crédito à habitação, e legislação complementar, e que foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 137-B/99, de 22 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 1-A/2000, de 22 de Janeiro;

– o Decreto-Lei n.º 27/2001, de 3 de Fevereiro, regulou o novo regime das contas poupança-habitação e o Decreto-Lei n.º 28/2001, de 3 de Fevereiro, regulou os benefícios fiscais a atribuir a contas poupança-habitação.

partes interessadas, proceder ao seu redimensionamento, sobretudo em confronto com a expansão desse outro mercado de aquisição de casa própria mediante o recurso fácil ao crédito bancário.

Para tanto, e em complemento do regime jurídico do arrendamento, as normas de direito de consumo poderão desempenhar um papel decisivo na consecução de uma melhoria geral da habitação, designadamente em aspectos como: a defesa da qualidade e da dimensão dos espaços habitacionais, a protecção da saúde e da segurança física ameaçadas por fogos degradados, a formação, a educação e a informação para o consumo e para a prevenção de danos, e bem assim a protecção dos interesses económicos e jurídicos dos arrendatários, sobretudo dos mais carenciados.

**Sessão de Abertura do 5.º Curso  
de Pós-Graduação em Direito do Consumo**



DISCURSO NA SESSÃO DE ABERTURA  
DO 5.º CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO DO CONSUMIDOR  
ANO LECTIVO 2002/2003 \*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

1. Começo por apresentar palavras de saudação e boas vindas, agradecendo a presença de todos, que muito nos honra e sensibiliza.

Registo com muita satisfação a presença amiga do Dr. Carlos Leitão, Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra; do Dr. Sampaio Melo, Procurador-Geral Distrital; do Dr. Daniel Andrade, em representação do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados; do Dr. Rui Magalhães, representante da “República do Direito”; da Dr<sup>a</sup> Cristina Ferreira, representante da DECO de Coimbra; do Dr. Castro Martins, Presidente da ACOP; da Dr<sup>a</sup> Isabel Cabeçadas, Presidente do Centro de Arbitragem de Conflitos do Consumo de Lisboa; e de tantos e tantos amigos, entre os quais o Conselheiro Armando Pinto Bastos e o Conselheiro Sousa Dinis.

E registo muito especialmente a presença, na Mesa, da Dr<sup>a</sup> Maria Cristina Portugal, Vice-Presidente do IC e membro da Comissão do Código do Consumidor: aproveito para saudar pessoalmente V. Exc<sup>a</sup>,

---

\* Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 15 de Novembro de 2002, na qualidade de Presidente da Direcção do CDC e Responsável Científico do Curso.

dizer-lhe do meu grande agrado em tê-la hoje aqui connosco, V. Exc<sup>a</sup> que tem também colaborado neste Curso, e manifestar publicamente, através de si, o meu reiterado apreço e reconhecimento ao IC, pelo importante apoio que desde a primeira hora vem prestando ao nosso Centro, e – como os últimos são os primeiros – a presença amiga do Senhor Bastonário da ordem dos Advogados, Dr. José Miguel Júdice.

Senhor Bastonário e meu prezado Amigo Dr. José Miguel Júdice: V. Exc<sup>a</sup> está *em sua Casa*, na Casa onde se formou, onde foi Assistente, onde publicou os seus primeiros trabalhos jurídicos, onde deu, afinal, os primeiros passos no mundo do Direito. Casa que nunca deixou de ser sua, e que hoje visita, não como um estranho, mas como um *filho* ... um filho que trabalha longe mas que tem sempre a casa no seu pensamento, no seu coração. Também nós estamos consigo e acompanhamos *com orgulho* a sua carreira! Agradeço-lhe ter aceitado o convite que lhe dirigi para ser orador nesta sessão de abertura do 5.º Curso de Direito do Consumidor. Na sua qualidade de Bastonário da Ordem dos Advogados, vai V. Exc<sup>a</sup> *enriquecer-nos* com a sua própria *vivência prática* dos problemas, ou de alguns dos problemas com que se debate o consumidor. Vamos escutá-lo com toda a atenção. Afinal, é neste domínio, no domínio do direito do consumidor, que mais se faz sentir a *distância*, a grande distância que *separa* a “law in the books” da “law in action”...

2. À semelhança do que tem sucedido nos anos anteriores, esta cerimónia procura ser um *elo de ligação* entre quem *chega* e quem *parte*. Os alunos do Curso anterior *passam o testemunho* aos que acabam de entrar nesta Casa. Festejamos o *passado*, com as certidões que dentro em pouco entregaremos; mas festejamos também, cheios de esperança, o *futuro*, com os novos alunos do 5.º Curso de pós-graduação em Direito do Consumidor.

Estes actos, de significado académico *tão elevado*, não podiam deixar de ser participados por um *tão vasto e qualificado* auditório. Com a presença do Senhor Pró-Reitor da Universidade de Coimbra e meu prezado Colega, Doutor Sousa Ribeiro, em representação do Magnífico Reitor, e do Senhor Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Direito, Doutor Manuel Porto.

Alguns dos alunos do Curso *anterior* vão hoje receber o seu Certificado; não estão todos aqui, pela impossibilidade de alguns deles se deslocarem a Coimbra. Os segundos, os que estão já inscritos no *novo* Curso e iniciam, aqui e agora, o seu percurso nesta pós-graduação em Direito do Consumo, são cerca de 30.

Chegam de todo o país, assim como do estrangeiro, sendo de destacar, a este propósito, com muita satisfação, a presença de 8 alunos brasileiros, 5 advogados e 3 juízes, ao abrigo da colaboração que vimos mantendo com a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros.

Parabéns aos que concluíram já o seu Curso e estão aqui hoje, com *ar festivo*, a dizer-nos adeus – voltem sempre, esta continuará a ser uma vossa Casa; bem vindos aos que acabam de chegar e porventura com *ar hesitante* olham para nós tentando adivinhar o que os aguarda – oxalá o Curso possa *corresponder* à motivação que vos trouxe até nós!

Pelo nosso lado, com a *dedicação*, a *pedagogia* e o *saber* dos Colegas – a quem renovo palavras de muita satisfação e apreço –, tudo faremos para mantermos o ensino no Curso ao nível *superior* a que nos habituou esta Faculdade.

3. Não gostaria de concluir sem acrescentar mais três palavras singelas, relativas a outros aspectos da vida deste Centro.

A primeira, para registar mais uma publicação, o n.º 3 dos *Estudos de Direito do Consumidor*, de 2001, estando para breve a saída do n.º 4, respeitante a 2002 – e aproveito desde já para solicitar ao Senhor Bastonário o texto da sua conferência para publicação nos nossos *Estudos*.

A segunda palavra é para dar conta de que se procedeu à avaliação dos alunos que frequentaram o 1.º Curso de Direito do Consumo na Madeira, no âmbito do protocolo celebrado entre o nosso Centro e o Serviço de Defesa do Consumidor da Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Regional da Madeira. Foram 30 os alunos que frequentaram este Curso, todos eles licenciados em Direito, tendo constituído uma experiência *muito bem sucedida*.

A última palavra é para recordar um outro evento: à *semelhança* do que sucedeu nos anos anteriores, também em 2002 colaborámos

com o CEJ na organização, nesta Faculdade, em 21 de Junho, de um Colóquio sobre “Justiça e defesa do consumidor” e onde foram debatidos dois grandes temas: “Os julgados de paz e os litígios de consumo”; e “A protecção do consumidor no comércio electrónico”.

4. Senhor Pró-Reitor, Senhor Presidente do Conselho Directivo, Senhor Bastonário, Senhora Vice-Presidente do IC, minhas Senhoras e meus Senhores, temos procurado servir, ontem como hoje, com os nossos Colegas da Direcção deste Centro, Drs. Paulo Mota Pinto e Pedro Maia – que saúdo vivamente —, e com todos os Colegas que colaboram connosco, a Faculdade de Direito, de que nos orgulhamos de fazer parte, e a Universidade de Coimbra, a que nos honramos pertencer. Mas estamos *abertos* a outros *mundos*, a outras *vivências* – este ano, com o Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados, o ano passado, com o Senhor Presidente do STJ —, para com todos *dialogarmos*, para com todos, sem exclusões, debatermos problemas do direito do consumidor. Agradeço mais uma vez, Senhor Bastonário, a distinção que nos concedeu aceitando o convite que lhe dirigi. A V. Exc<sup>a</sup> e a todos os presentes o nosso renovado agradecimento. Aos Estudantes do Curso, as maiores felicidades!

Muito obrigado.

## UMA REFLEXÃO SOBRE O DIREITO DO CONSUMO\*

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

*Bastonário da Ordem dos Advogados*

1. É uma grande honra e uma enorme responsabilidade estar aqui a inaugurar este curso, para fazer uma intervenção a título pessoal e que por isso só a mim responsabiliza.

2. Não podia recusar o convite que foi feito pelo Professor Doutor António Pinto Monteiro, grande jurisconsulto e querido Amigo. A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra foi o sonho da minha juventude: se os sonhos pudessem tornar-se em realidade e assim fizessem sentido, e se eu tivesse sido capaz, seria hoje um dos Professores desta casa.

3. Passaram quase 30 anos desde que dei a última aula nestes Gerais. Agora, sou definitivamente um prático do Direito: sou só isso, mas sou isso tudo.

4. O dia a dia da minha vida profissional passa-se a dizer para os meus botões: será que o inventor desta lei alguma vez pôs os pés num tribunal? Será que o legislador concreto alguma vez teve de responder

---

\* Discurso na Sessão de Abertura do 5.º curso de pós-graduação em Direito do Consumo. Este texto corresponde ao resumo que orientou a intervenção oral. É já velho hábito de quem faz alegações em matéria de facto e que não pensa útil que tudo seja levado escrito, mas acha perigoso que nada sirva de ajuda para a memória. Apenas algumas pequenas alterações foram feitas para tentar melhorar a compreensão de quem resolva, improvavelmente, lê-las.

à singela mas recorrente pergunta de um Cliente: posso ou não fazer e quais os riscos?

5. O campo do Direito do Consumo e nele o da responsabilidade civil (sobretudo a extra-contratual) é um bom exemplo para esta reflexão de um prático cansado de tantas vezes se irritar com os legiferantes e os legisladores. E neste caso com uma circunstância agravante que é a da entrada – sem subtileza – do politicamente correcto no terreno do Jurídico.

6. Quero por isso fazer desde já o aviso – para não correr o risco de vir mais tarde a ser responsabilizado como produtor, modesto embora, de ideias, quando uma nova Directiva se lembrar disso .... – de que sou profundamente crítico do regime das Directivas 85/374/CEE e 1999/34/CE e dos Decretos-Lei de transposição n.º 383/89 e 131/2001, o mesmo pensando da Lei n.º 24/96, no que estatuem, sem cautela e sem critério, sem sensatez e sem ponderação, quanto a presunções, ónus da prova e – sobretudo – responsabilidade objectiva.

7. A minha tese é – quanto às razões que estiveram na origem primacial destes normativos – que se criou um fortíssimo lobby de consumidores na Europa e nos EUA, provavelmente justificado por séculos de abusos e seguramente reforçado por uma descrença generalizada quanto aos remédios tradicionais (mas sem ter havido o cuidado de tentar perceber as razões do relativo fracasso de tais remédios). E este lobby condiciona de forma dificilmente suportável o processo político-legislativo nos EUA e na EU.

8. Confrontados com a pressão dos consumidores organizados, os burocratas legisladores de Bruxelas – sobre-dotados, sobre-formados, sobre-informados, sobre-preparados, mas também sub-experientes, sub-prudentes, sub-sensatos, sub-vividos – partiram à desfilada para um mundo em que os maus são castigados, os bons compensados, os grandes punidos e os pequenos louvados. O que prova que nos brilhantes cérebros que preparam legislação por esse Mundo fora, há mais leituras de “cartoons” da fase heróica dos “Superman”, “Spiderman” e quejandos do que se esperaria de intelectuais.

9. Mas nada disto passaria do estádio das elucubrações estimulantes ainda que artificiais se a evolução dos sistemas políticos por essa Europa fora não tivesse evoluído para o que gosto de chamar a política do, no e para o supermercado. As eleições são no nosso tempo disputadas

tendo em mira a conquista dos consumidores, a conquista do que em cada um dos eleitores é um consumidor e já não – como em período anterior – com um ênfase nos produtores. Os partidos deixaram de se diferenciar, ao contrário de épocas pretéritas em que se organizavam com base numa relação especial com certas categorias de produtores ou em função do lugar que os eleitores ocupavam no processo produtivo.

10. Os partidos – cada vez mais (banalmente) iguais – ganham se e na medida em que conseguirem em cada processo eleitoral convencer os consumidores que são mais capazes de responder às suas preocupações, aos seus receios e até aos seus ódios de estimação. Cada partido quer poder afirmar que é mais sensível aos interesses dos consumidores do que o rival <sup>1</sup>. E neste combate pelo coração e pela vontade dos consumidores <sup>2</sup> os produtores ficam a perder inevitavelmente.

11. Um Mundo perfeito, então, em todo o caso? Infelizmente – e essa é a minha tese seguinte – nada disso se passa. Os consumidores estão a pagar em cada produto que compram o custo desta enorme vantagem e, se as coisas correrem verdadeiramente mal, acabam por nada receber efectivamente.

12. Realmente enquanto tudo corre bem os consumidores vão pagando sem se aperceberem o custo dos seguros e dos riscos de que a legislação se venha a concretizar num caso concreto. Mas quando um problema verdadeiramente sério surge, na prática nada acabam por receber.

13. É que, com a mesma simplicidade com que inventam insensatas protecções aparentes dos consumidores, os mesmos burocratas legiferantes e os mesmos políticos – desta vez cedendo a lobbies de produtores e de associações sindicais – criam regimes de protecção de empresas afectadas por situações anómalas a que chamam pudica (mas descaradamente) de protecção de credores. E, evidentemente, se há um problema

---

<sup>1</sup> O processo genético da Lei n.º 83/95 é quanto a isso paradigmático, mas dele não cumpre tratar aqui e agora, apenas se referindo por ser em minha opinião, o caso mais exemplar para ilustrar como se não deve legislar.

<sup>2</sup> Seria aliás muito interessante aplicar aos políticos legisladores o Decreto Lei 383/99, sobretudo se revisto pelo Decreto-Lei 131/2001, que acabou com a limitação da responsabilidade, no que se refere às características dos produtos eleitorais que colocam no mercado antes das eleições...

sério de indemnizações, esta protecção se encarregará de transformar em vento e fumo os direitos dos consumidores; e se assim não acontecer, as falências se encarregam de resolver o que os tais regimes especiais não conseguirem.

14. Feito este aviso, importa passar ao tema, tentando explicar as razões desta minha politicamente incorrecta (sobretudo num curso sobre Direito do Consumo...) atitude perante um conjunto normativo que costuma apenas receber hossanas. Sinto-me, no entanto, confortado no facto de os Juízes portugueses, mais sensatos e experientes do que os legisladores, terem optado em mais de 13 anos, e de acordo com o meu melhor conhecimento<sup>3</sup>, por nunca encontrar uma situação integrável no diploma legal. O que talvez torne esta minha reflexão numa texto teórico e sem interesse prático.

15. Mas já que aqui estamos, sempre vou dizendo que a primeira e principal razão de oposição da minha parte nasce logo no artigo 1.º do Dec. Lei n.º 383/89, ao estatuir de forma inequívoca (mais equívoca me parece ser a redacção do artigo 1.º da Directiva transposta) a responsabilidade independentemente de culpa, não se ficando sequer pela – ainda assim discutível – mera inversão do ónus da prova da inexistência de culpa.

16. O que isto significa é uma alteração radical de um sistema, seguramente imperfeito mas implantado com equilíbrios e coerências, tornando-o desconexo e contraditório: Países como Portugal organizaram os seus sistemas de responsabilidade, entre outros aspectos do mesmo sentido, com base na lógica da proibição da exclusão da responsabilidade e até das apertadas condições para a sua limitação, da inexistência de “discovery”, da enorme latitude com que se atribuem indemnização por lucros cessantes.

17. Este sistema é manifestamente favorável aos interesses da hipotética vítima de uma lesão eventual. Mas, em contrapartida, tudo se estrutura e pressupõe uma rigorosa exigência de culpa, da sua não presunção nos casos de responsabilidade delitual e das raras e contadas

---

<sup>3</sup> É preciso que eu tenha cuidado, visto que a responsabilidade solidária do fornecedor de informação pode vir a ser estendida sem a cautela de evitar a retroactividade a produtos como este em próxima Directiva...

hipóteses de inversão do ónus da prova, para além da quase inexistência de “punitive damages”. Pode discutir-se se é realmente um bom e equilibrado modelo, mas ninguém deixará de lhe reconhecer coerência.

18. Com esta legislação que aqui critico – se os tribunais a aplicarem da forma insensata que os legiferantes desejaram – nem sequer a prova da falta de culpa pode salvar uma entidade que, como se verá melhor adiante, apenas marginalmente tenha participado no processo que termine por um dano. E essa espada cai-lhe em cima, mesmo que não tenha qualquer relevante participação na distribuição da mais valia gerada pelo produto (pense-se num componente que seja uma “commodity” de valor mínimo), que não tenha qualquer participação no “assembling” e que não controle as informações ao consumidor. Ou pense-se, como se verá adiante, no importador.

19. E esta alteração ocorre sem que se tenha ponderado minimamente os efeitos devastadores que pode ter no equilíbrio e coerência do sistema, idênticos afinal aos que ocorreriam num edifício em que por razões estéticas ou de conforto se destruísse uma parede mestra.

20. Realmente, um sistema que despreza a culpa – por oportunismo, facilitismo, moralismo ou qualquer outro motivo<sup>4</sup> – abre uma caixa de Pandora que depois se não fechará com facilidade, nunca faltando grupos de pressão para justificar posteriores novas protecções para lesões para as quais seja impossível ou apenas incómodo encontrar culpado.

21. Depois disso, claramente que também discordo do regime previsto em matéria de ónus da prova para a exclusão da responsabilidade, nos poucos e contados casos em que é admitida. Só quem nunca andou pelos tribunais é que pensa que será possível, perante um Juiz que “goste desta lei”, provar coisas tão extraordinárias como o que está escrito (e com o texto com que o está) no artigo 5.º do Dec. Lei n.º 383/89 e em especial nas suas alíneas b) (“...tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência de defeito

---

<sup>4</sup> Um exemplo semelhante reside na Directiva que destroi em certas condições o princípio estruturante do Estado de Direito que é o segredo profissional dos Advogados, hoje em nome da luta contra o branqueamento de capitais, amanhã para outros fins que a pressão da opinião pública julgue valiosos.

no momento da entrada do produto em circulação”), c) (por exemplo “não ter fabricado para venda ou a definição do “âmbito da actividade profissional”), d) (“conformidade com normas imperativas”), e) (“estado dos conhecimentos científicos e técnicos”). O ónus da prova é para um prático o cerne do Direito. Pouco importa que o meu Cliente tenha razão se, tendo de provar factos, o não conseguir ou a prova for praticamente inviável. O que este sistema cria é uma segunda linha de destruição : quem se salvar da primeira irá morrer na segunda, pois com toda a probabilidade é praticamente impossível admitir que se consiga – para além de uma dúvida razoável, convém não esquecer esta expressão que nasceu para proteger aquele que é acusado e agora se vira perversamente contra ele – provar o que é exigido.

22. Discordo de seguida do facto do legislador português (que não tem uma tradição equivalente à da “material breach” do mundo anglo-saxónico) não ter tido cautela em qualificar os danos relevantes para efeitos de constituição do dever de indemnizar. Tudo isto é agravado pelo facto do artigo 4.º definir os “defeitos” de um modo insensatamente ilimitado (“...é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar...”, numa tradução do texto da Directiva que me parece aliás que lhe deturpa o sentido).

23. Desta aparente falta de cautela pode resultar uma tendência para interpretação do texto de um modo diferente da Directiva (mas que me parece mais rigorosa em função da letra do Decreto Lei), ou seja que se não estiver garantida a segurança total, ainda que os defeitos sejam marginais, se constitui um dever de indemnizar. Não desconheço que sendo marginais os defeitos com muita probabilidade os montantes indemnizatórios se revelarão eles também marginais. Mas não é seguro que assim seja e, cumpre tê-lo sempre presente, os efeitos em matéria de custos de apólices de seguro e de litigância podem ser incomensuráveis, dando azo como adiante se referirá a processos judiciais de pura extorsão.

24. Também me parece inadmissível – sobretudo num País periférico, importador (e que muito importa de fora da EU), com língua não veicular e sem capacidade negocial para fixar foro competente e lei aplicável – o regime da solidariedade previsto no artigo 6.º, que na prática significa uma responsabilidade exclusiva do importador comunitário. De facto, é totalmente insensato exigir de uma pequena empresa

portuguesa que distribui produtos importados dos EUA, do Brasil ou do Extremo-Oriente, que o faz com base em contratos em língua inglesa e sujeitos aos tribunais do país exportador, uma cautela absoluta para se assegurar de que tudo o que distribui “oferece a segurança com que legitimamente se pode contar”, seja lá o que isso quiser e puder significar. Só quem nunca contactou com o mundo da distribuição, com a forma como se negociam contratos de concessão comercial ou de distribuição, com a relação de forças entre as partes, é que pode esperar que seja viável a quem quer ganhar um contrato sequer perguntar quanto mais obter respostas sobre estas matérias; sobretudo se vier de um pequeno e irrelevante país. Só quem não lê sequer os jornais é que admite como provável que um fabricante – ainda que tenha consciência da existência de defeitos – informe o seu pequeno distribuidor português de tal facto, ou que o importador tenha laboratórios (ou margens de lucro para os contratar) para atestar a qualidade e a segurança “com que se pode legitimamente contar”, seja lá – repete-se – o que isto for. Como é evidente os legisladores europeus encontraram uma solução fácil para se não maçarem a perseguir os produtores faltosos de fora da União Europeia ou para contrariar legislações locais menos orientadas para os consumidores. À custa de quem está à mão, por muito injusto que isso seja. Mas esses mesmos legisladores sangraram-se em saúde quanto a acidentes nucleares, pois nesses casos são os Senhores Estados quem em regra seria atingido.

25. Parece-me depois absolutamente insensato o regime do n.º 2 do artigo 7.º. Pela latitude com que está escrito este normativo tende a conduzir a decisões profundamente absurdas e injustas, que podem servir com facilidade para verdadeiras oportunidades de extorsão e de chantagem, tendo em consideração os elevados custos da litigância. Por esta porta entra tudo o que se deseja, sempre que alguém cause um dano e não tiver como indemnizar. Basta chamar à acção um produtor ou um importador, com uma vaga hipótese de responsabilização objectiva, para se conseguir algo. É essa aliás a experiência que se retira por exemplo dos EUA. Se num dado momento um conjunto de consumidores descobrir uma oportunidade de incomodar uma empresa com pedidos de indemnização invocando danos reais ou imaginários, se para litigar puder obter apoio judiciário (como acontece com facilidade no âmbito da Lei n.º 83/195), a empresa vai seguramente preferir fazer um acordo e pagar,

porque lhe fica mais barato do que defender num ambiente jurídico e judiciário tão minado.

26. Isto é assim e basta para a minha crítica. Mas mais ainda, julgo que não faz qualquer sentido ontológico admitir a hipótese de exclusão de responsabilidade quando concorre culpa do lesado e não admitir sequer a hipótese – ainda que muito remota – de que a culpa de terceiro possa excluir ou ao menos atenuar a responsabilidade. A redacção portuguesa padece, aliás, de um defeito ao não explicitar, como a Directiva, no n.º 1 a situação de causação conjunta com terceiro “from whom the injured person is responsible”, permitindo eventuais riscos interpretativos sobre o conceito relevante de “terceiro”.

27. Finalmente realço a opção do legislador de 2001 de – a pretexto da transposição de uma Directiva que nada tinha a ver com isso – acabar com o limite máximo do artigo 9.º do Dec. lei n.º 383/89. Tal limite já era em si mesmo muito elevado para um país como Portugal, pois seguramente que fora pensado para economias com outra dimensão e para volumes de vendas em média muito superiores. Mas acabar com ele é, mais uma vez, colocar uma espada de Damocles sobre as empresas portuguesas, que só não é seguramente maior porque as companhias de seguros ainda não o devem ter notado.

28. Convém terminar para que algum debate possa ter lugar. Confessando que esta minha posição é totalmente vazia de interesses egoístas. Como Advogado que faz da litigância o seu dia a dia, considero maravilhosas leis como estas. Sem chegarmos ao ponto do que se passa com os “trial lawyers”, que são hoje um dos mais poderosos lobbies americanos em defesa dos interesses dos consumidores (e dos contingency fees...), não tenho dúvidas em afirmar que a advocacia europeia só tem a ganhar com esta onda de political correctness. Sejam por isso louvados tão previdentes legisladores.

Doutrina



# CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO COMUNITARIO; EN PARTICULAR, EL DESISTIMIENTO NEGOCIAL DEL CONSUMIDOR

ENRIQUE RUBIO TORRANO  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Pública de Navarra

## 1. Introducción

He elegido como tema de la conferencia de clausura de este importante Curso de post-grado en Derecho de Consumo *La contratación a distancia y la protección en el Derecho comunitario europeo; en particular, el desestimiento negocial del consumidor*. Pretendo con esta lección ofrecer algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 y el Decreto-Lei 143/2001 sobre protección del consumidor en materia de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, con especial atención al derecho de resolución o desistimiento del consumidor.

La importancia de esta norma comunitaria y la correspondiente norma transpuesta portuguesa puede ser subrayada desde varios puntos de vista. En primer término, inciden en un modo de comercialización de productos y servicios de importancia económica creciente. La contratación a distancia por los consumidores – que hasta hace poco se limitaba a la tradicional venta por correspondencia y por catálogo – ha aumentado gracias a la utilización de nuevas técnicas de

comunicación (vgr. ventas por televisión o por teléfono) y probablemente se incrementará con la generalización de otras cuyo uso no se ha extendido todavía para la mayor parte de los consumidores (contratación telemática). En segundo lugar, hay que destacar – como aspecto que puede demandar la atención del legislador preocupado por proteger los intereses económicos de los consumidores – la superación de la necesidad de que oferente y aceptante se encuentren físicamente para la formación del contrato, cuando hasta hace muy poco tiempo esta simultaneidad física parecía inevitable (Juste Mencía). Ello puede colocar al consumidor en una situación que demanda una especial protección, pues, por ejemplo, el comprador no contempla el objeto de su compra.

El legislador – al que no le resulta indiferente la generalización de las técnicas de comunicación a distancia como medio de distribución, ni la posible desprotección en que pueda encontrarse el consumidor – debe combinar la tutela de éste con el impulso de crecimiento del mercado hasta conseguir la pretensión de un mercado único. La permanente aspiración institucional de eliminar las barreras comerciales entre los Estados miembros en orden a crear un auténtico mercado interior – de forma que las mercancías más baratas circulen libremente de las áreas con precios bajos a aquéllas donde su precio es mayor – se puede ver extraordinariamente favorecida, no sólo por la supresión de barreras económicas o jurídicas establecidas por los Estados miembros o las empresas (objeto de las normas comunitarias sobre libre circulación y derecho de la competencia), sino también por la eliminación de la distancia geográfica para contratar. De ahí que no sea de extrañar que la Unión Europea haya manifestado su inquietud ante una posible regulación de estos medios por parte de las legislaciones nacionales y haya querido intervenir mediante la introducción de una nueva normativa que impulse el desarrollo de estos mercados.

Las razones expuestas explican el alcance de la cláusula de mínimos presente en esta Directiva y en todas aquéllas cuya promulgación obedece a la protección del consumidor (*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor: art. 14*).

## 2. Ámbito de Aplicación

El estudio del ámbito de aplicación puede realizarse a través del examen de los elementos personales, de cómo se hayan delimitado los contratos incluidos y excluidos en atención al objeto y, finalmente, del rasgo común a todos ellos: la falta de presencia física entre las partes.

### A) Elementos personales: proveedor y consumidor

La Directiva y el Decreto-Lei definen la posición que ambas partes ocupan en el proceso de distribución de bienes y servicios. Así, el consumidor será *toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional* (art. 2.2 de la Directiva y 1º.3 a del Decreto-Lei). Se trata de una noción de “consumidor jurídico”, frente al llamado “consumidor material”, identificado éste no ya por haber contratado, sino por usar de hecho los bienes o disfrutar de los servicios. Se parte de una noción concreta de consumidor, frente a la abstracta que vendría a coincidir con la de ciudadano. El concepto de consumidor, incorporado a las normas jurídicas, proviene de una previa noción económica del mismo, de forma que quien consume se sitúa en el último estadio del proceso económico, realiza un acto patrimonial, frente a los actos capitalistas característicos de las etapas anteriores de este proceso.

La parte frente a la que se protege al consumidor es el proveedor, *toda persona física o jurídica que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional* (art. 2.3 de la Directiva y 3º.3 b del Decreto-Lei). La norma no hace referencia alguna a la actividad comercial del proveedor. Tal vez la intención del legislador comunitario fue huir de conceptos como el de empresario o comerciante que, acuñados por las normas nacionales, permitan evitar las normas imperativas de protección. Hay que observar que los servicios profesionales se encuentran incluidos en el ámbito de la Directiva, aspecto que debe ser tenido en cuenta por los legisladores nacionales a la hora de la transposición. Ahora bien, debe notarse que la renuncia a definir al proveedor en función de un género de actividad determinado no impide que aquél se aproxime a la figura del empresario.

### B). Contratos sobre productos o servicios. Contratos excluidos.

Como regla general todos los contratos celebrados a distancia entre proveedor y consumidor se encuentran sometidos a la disciplina de la Directiva y al Decreto-Lei. No obstante, algunos quedan fuera de la regulación (art. 3.1 de la Directiva y 3º.1 del Decreto-Lei); otros escapan de la mayor parte de las normas protectoras del consumidor (art. 3.2 de la Directiva y 3º.2 del Decreto-Lei) sin perjuicio de aquellas normas comunitarias que pudieran regular en su totalidad o parcialmente determinados bienes o servicios (art. 13).

En el largo proceso de conformación de la Directiva se ha abierto camino la exclusión de los "servicios financieros". La fórmula finalmente escogida puede dar lugar a dudas sobre qué contratos se regirán o no por lo dispuesto en la Directiva. El art. 3.1 se remite a la lista "no exhaustiva" de servicios enumerados en el Anexo II, en la que ciertamente se acoge un criterio amplio de "servicio financiero". Se mantiene, por otro lado, la exclusión de los contratos mediante distribuidores automáticos y locales comerciales automatizados (presentes desde la Propuesta de 1992); no obstante tratarse de contratos celebrados sin presencia física de las partes, las particularidades de esta forma de distribución pueden ser contempladas por reglas especialmente dedicadas a este supuesto. Lo mismo cabe decir de la exclusión de los contratos celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de teléfonos públicos.

La exclusión de los contratos celebrados para la construcción y venta de inmuebles y de los que se refieren a derechos sobre ellos (con excepción del arrendamiento) arranca de la Posición Común de 1995. En el estado actual de la práctica comercial, el legislador ha considerado que no será frecuente la utilización de técnicas de comunicación a distancia, especialmente cuando la adquisición de tales derechos requiere ordinariamente de solemnidades que hoy parecen incompatibles con ella.

Cierran los supuestos de exclusión total aquellos que se celebran en subastas. Es también la Posición Común del Consejo la que introduce este supuesto, debido a las "modalidades prácticas de una subasta".

### C). Contratos y técnicas de comunicación a distancia.

Una vez señalados los sujetos que contemplan las normas examinadas, y aclarado que, salvo las excepciones expresamente recogidas, todos los contratos en razón del objeto quedan sometidos a ellas, resta examinar cuál es el elemento que los califica para quedar sometidos a estas normas, completando de este modo su ámbito de aplicación. El elemento determinante no es otro que el contrato a distancia que aparece definido como aquél *celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato (art.2.1 de la Directiva y 2º a del Decreto-Lei)*. La definición debe completarse con la de técnica de comunicación a distancia, como *todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor (art. 2.2 de la Directiva y 2º b del Decreto-Lei)* Es, por tanto, la distancia física entre partes la que atrae la aplicación de la Directiva y de la norma portuguesa.

A este respecto, cabe hacer algunas observaciones. El único dato relevante es la distancia en sentido geográfico, y no el hecho de que oferta y aceptación se “distancien” en el tiempo. Ha de hacerse notar que expresiones como “la contratación telefónica” se asimila a la contratación entre presentes.

Una de las principales características del modelo de regulación asumido por el legislador es la renuncia a definir el contrato en términos de “incitación a contratar” y de “pedido”, es decir, no se adentra en las declaraciones de voluntad. La definición de contrato a distancia permite concluir que sus normas reguladoras afectan no sólo a la perfección, sino también a las etapas previas a la misma.

Para que sea posible la comunicación de las declaraciones de las partes, es necesario en ocasiones el concurso de una tercera persona, que facilita el uso de la técnica de comunicación. Este es el sujeto que la Directiva y el Decreto-Lei denomina “operador de técnicas de comunicación”, definido como *toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad profesional consista en poner a disposición*

de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia (art.2.5 de la Directiva y art. 2º .c del Decreto-Lei). Este sujeto no se resulta parte en los contratos a distancia. Las relaciones entre “operadores” y partes se regirán por las relaciones contractuales que tengan por objeto aquella puesta a disposición de la técnica de comunicación y serán más o menos complejas según la técnica que aquéllos provean

### 3. Normas de protección al consumidor

La Directiva y la norma portuguesa ofrecen una serie de medidas protectoras al consumidor, que giran en torno a la información que el proveedor debe suministrar antes de la perfección del contrato y durante su ejecución, y se extienden hasta la trascendental facultad, reconocida a favor del consumidor, de resolverlo en un plazo determinado. En ambos casos, las normas responden a la necesidad de tutelar a quien contrata sobre un objeto que no tiene a la vista.

La exposición que sigue se inicia con el examen de la información que debe proporcionarse antes de la celebración del contrato; a continuación, se tratará de la necesidad de aceptación previa a la entrega (la norma prohíbe los suministros no solicitados); y, finalmente, se abordará el derecho de resolución o desistimiento del contrato.

#### A) Información y deberes precontractuales

Las características propias de la contratación a distancia dan lugar a particulares manifestaciones de la llamada buena fe precontractual. Esta impone un deber específico por la especial desigualdad informativa que se produce entre una persona – que además actúa profesionalmente- que conoce directamente el producto o servicio, y otra – en quien concurre la circunstancia de ser consumidor – que no puede realizar una comprobación personal de las características de aquél. Estos datos pueden y deben influir en la aplicación de la doctrina del error y el dolo, entre otros vicios (Juste Mencía). Por eso resulta razonable que el legislador haya introducido estos deberes en

la norma, de modo que pasarán a ser deberes de origen legal (art. 4.2 de la Directiva y art. 4º.2 del Decreto-Lei)

a). Limitaciones a la utilización de determinadas técnicas de comunicación.

Tales limitaciones están basadas en la necesidad de preservar el derecho a la intimidad y a la tranquilidad de los consumidores. El principio general es el de no permitir el envío de informaciones contra la voluntad del consumidor. A estos efectos, la Directiva y el Decreto-Lei ordenan a los Estados miembros la adopción de medidas para que las técnicas que reúnan esas características *sólo puedan utilizarse a falta de oposición manifiesta del consumidor* (art. 10.2 de la Directiva y art. 11º del Decreto-Lei)

Semejante régimen se extiende a toda información sobre los contratos a distancia, y no exclusivamente a las ofertas contractuales en sentido técnico. No obstante, estas normas no prohíben directamente la promoción publicitaria de contratos cuya celebración no se realice a través de técnicas de comunicación: si la contratación promocionada se realiza posteriormente con presencia física de las partes, sus actos preparatorios quedan, en rigor, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

La publicidad molesta – que ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia alemana a partir de la ley alemana de competencia desleal – queda prohibida con base en estos cuatro fundamentos: 1. El ataque a la libertad de decisión del consumidor; 2. El establecimiento de un sistema de competencia no basado en las propias prestaciones; 3. La vulneración del derecho a la intimidad del destinatario de la publicidad; 4. El riesgo de generalización de estas técnicas en el mercado.

b). Presentación y contenido mínimo de la información. Información y oferta contractual.

La información debe presentarse de forma que su finalidad sea inequívoca, su contenido sea claro y comprensible mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada y se respeten los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales y de protección de incapaces y menores (art. 4.2 de ambos textos legales).

Respecto del contenido de la información, se exige la comunicación de una serie de datos: identidad del proveedor, características del producto, precio, gastos de entrega, modalidades de pago, plazo de validez de la oferta o del precio, etc. (art.4.1 de ambos textos). La renuncia por parte del legislador comunitario a entrar en la disciplina de cada una de las declaraciones contractuales queda suplida por el hecho de que ahora se exige únicamente la existencia de información previa al contrato, sin que la misma forme parte de la llamada “incitación a contratar”, regulada en los primeros borradores de la Directiva. La *incitación a contratar* ha sido definida como “toda comunicación a distancia –sea pública o individualizada- que contenga los elementos esenciales, de manera que su destinatario pueda suscribir directamente un compromiso contractual”. En rigor, una información que contenga los datos citados, cuando vaya acompañada de la intención de vincularse por parte del proveedor, responde a los caracteres que entre nosotros presentan las ofertas. El sistema resulta más eficaz, al menos en tres aspectos: 1. Evita entrar en la calificación de las declaraciones contractuales, que pueden tener matices distintos en los diversos ordenamientos. 2. Se hace innecesario el esfuerzo por distinguir la “incitación” de la publicidad, para hacer obligatorio el contenido de la información únicamente en la primera. 3. Con esta norma resulta indiferente de quién parta la iniciativa para la celebración del contrato: previamente a su celebración, el proveedor debe suministrar toda la información citada.

B) Exigencia de aceptación previa a la entrega de las mercancías. La prohibición de envíos no solicitados.

El legislador comunitario establece la necesidad de demanda previa del bien para que le sea suministrado al consumidor, siempre que la entrega lleve incorporada petición de pago

La Directiva sobre contratos a distancia ha prohibido la realización de envíos no solicitados a los consumidores (art. 9), considerada desde los inicios de la política comunitaria de protección de aquéllos como una práctica comercial abusiva. De esta manera, se puede sostener que el envío de productos sin que se haya celebrado con anterior-

ridad un contrato con presencia física de las partes sólo puede tener su causa en el previo concurso de oferta y aceptación a distancia.

C) Normas de protección al consumidor, posteriores a la aceptación.

a) Cumplimiento del contrato. Pagos adelantados y mediante tarjeta. Confirmación de la información.

1º. – Respecto a la entrega del bien o prestación del servicio ofrecido por el empresario, la norma se ocupa del plazo máximo de ejecución, así como de los supuestos de “falta de disponibilidad del bien o del servicio objeto del pedido”.

En cuanto al plazo de ejecución, el art. 7 de la Directiva y el art. 9º. 1 del Decreto-Lei contienen un precepto que obliga a iniciar la ejecución en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a aquél en el que el consumidor le haya comunicado su pedido. Es posible, sin embargo, indicar en la oferta un plazo distinto que, a mi juicio, puede ser incluso superior al legalmente establecido, siempre que tal circunstancia se indique claramente en ella. Si el bien o el servicio no se encuentran disponibles, el consumidor deberá ser informado de ello, y podrá recuperar las sumas abonadas en el mismo plazo de 30 días. (art. 7.2 de la Directiva y art. 9º. 2 del Decreto-Lei)

2º. La autorización de pagos adelantados no sólo se deduce de la desaparición del antiguo art. 8 de la Propuesta de 1992, sino que aparece admitida expresamente en los citados arts. 4 de la Directiva y del Decreto-Lei (si se prevé pago adelantado, debe informarse de la dirección del proveedor) y 7 de la Directiva y 9º.2 del Decreto-Lei (en caso de no disponibilidad del bien, debe devolverse el precio en 30 días).

3º. La Directiva, en su art. 8, obliga a los Estados miembros a que establezcan medidas de protección del consumidor en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago: posibilidad de solicitar la anulación del pago realizado como consecuencia de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva y abono en cuenta o restitución de las sumas previamente desembolsadas. Por ello, el

Decreto-Lei portugués, en su art. 10º, contempla el pago mediante tarjeta de crédito o de débito y desarrolla la restitución de las cantidades abonadas mediante utilización fraudulenta de aquéllas. Dicha restitución corresponde a la entidad bancaria o financiera emisora de la referida tarjeta, a través de crédito en cuenta o, caso de no ser posible, por cualquier otro medio adecuado, en el plazo máximo de 60 días a contar de la fecha en que el consumidor defraudado formuló fundadamente su petición. Este deber de restitución de la entidad financiera o bancaria no perjudica el derecho de regreso de dicha entidad contra los autores del fraude o contra el proveedor del bien o servicio, cuando se demuestre que éste conocía o, atendidas las circunstancias del caso, debía conocer que dicha utilización era fraudulenta.

b) El derecho de resolución. A él voy a dedicar la segunda parte de mi intervención

#### **4. El desistimiento negocial del consumidor en la contratación a distancia**

A) Ratio del derecho de desistimiento negocial del consumidor en la contratación a distancia.

En Derecho español, la definición de ventas distancia se halla en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de 15 de enero de 1996. Según su art. 38.1, se entiende por ventas a distancia *las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza*. También las define, como hemos visto, la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y el Decreto-Lei 143/2001 portugués.

La contratación a distancia se caracteriza legalmente como un sistema especial de contratación en el que no existe un contacto personal y directo – presencial – entre los sujetos contratantes en la conclusión del negocio. Antes bien, en este sistema de contratación los contratantes se encuentran geográficamente distantes a la hora de contratar, por lo que se valen de una técnica de comunicación a distancia para realizar sus respectivas oferta y aceptación.

Así las cosas, la contratación electrónica es una forma o modalidad singular de contratación a distancia (de hecho, el Anexo I de la Directiva 97/7 menciona expresamente entre las técnicas de comunicación a distancia el correo electrónico). Por esta razón ha de sostenerse que a los contratos electrónicos les son de aplicación las reglas reguladoras de la contratación a distancia y, en particular, por lo que aquí interesa, las que reconocen un derecho de desistimiento negocial al consumidor o cliente que participa en este sistema de contratación. Mas no todo contrato electrónico – en cuanto que a distancia – queda sometido a la normativa reguladora de la contratación a distancia; determinados supuestos negociales, pese a ser celebrados a distancia, quedan expresamente excluidos de esta normativa (vid. art. 38.3; la disposición adicional 10ª de la LOCM; el art. 3.1 de la Directiva 97/7; y art. 3º.1 del Decreto-Lei 143/2001).

Preguntarse por la *ratio* o fundamento racional y lógico del derecho de desistimiento negocial que la Directiva 97/7 y el Decreto-Lei 143/2001 confieren al consumidor que contrata a distancia es tanto como preguntarse por las especiales circunstancias que concurren en la técnica de comercialización en que consisten los contratos celebrados a distancia y, en definitiva, por las finalidades de política jurídica a que obedece la promulgación de este sistema de contratación. Pues bien, tanto la Directiva, como el Decreto-Lei portugués, parecen partir del hecho de que la contratación a distancia es una forma o sistema de contratar que, pese a sus ventajas – que las tiene –, comporta riesgos evidentes para el consumidor que una y otra normativa tratan de contrarrestar, fundamentalmente, mediante la atribución a éste de un derecho de desistimiento negocial. Tradicionalmente, la doctrina ha venido considerando que entre los riesgos anudados a la contratación a distancia hay uno fundamental, que se conoce como “riesgo de incumplimiento”, con lo que se quiere aludir al riesgo de que el consumidor reciba un producto defectuoso o no coincidente con el solicitado, dado que la forma en que se celebra este sistema de contratación, el consumidor *no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato* (según se recoge en el considerando 14 de la Directiva 97/7).

No creo, sin embargo, que éste sea el único y principal riesgo que puede correr el consumidor que celebra un contrato a distancia. Aquél se concreta en el fondo en una especial situación de vulnerabilidad negocial caracterizada por dos notas fundamentales. De un lado, por un “déficit de información”, pues, a diferencia de lo que acontece en la contratación ordinaria o tradicional (esto es, la celebrada en los establecimientos comerciales de los empresarios), éstos sólo conocen del producto o del servicio contratado las indicaciones que se hacen en una presentación comercial elaborada por el empresario y plasmada, bien en un catálogo, en un espacio televisivo o radiofónico, bien, más recientemente, en la páginas web de Internet. De otro, por un “déficit de reflexión”, dado que, al dirigirse la oferta del empresario al consumidor fuera de los lugares en los que habitualmente se celebran los contratos (los establecimientos mercantiles) se propicia enormemente la conclusión de negocios irreflexivos, es decir, no suficientemente meditados y, por tanto, faltos de plena consciencia negocial. De ahí que coincida con quienes aprecian una cierta “identidad de razón” en todas las modernas técnicas de contratación que se celebran extramuros del mercado tradicional, al tiempo que ponen de relieve que el argumento generalmente utilizado de la falta de correspondencia del bien con la oferta en los contratos a distancia (“riesgo de incumplimiento”) pierde peso si se considera que para esas situaciones ya están previstas las normas sobre saneamiento por vicios ocultos, garantía del fabricante o integración publicitaria del contrato (Miranda Serrano).

Por todo ello, las normas comunitaria y portuguesa, reguladoras de la contratación a distancia, de lo que tratan es, fundamentalmente, de atenuar los “déficits de información y de reflexión” que se acaban de mencionar. En ellas, ocupa un lugar muy destacado – el eje central de esta regulación – el derecho de desistimiento negocial, que la Directiva – así como el Decreto-Lei portugués – denominan, impropia-mente, derecho de resolución y de rescisión. Habrá que concluir que la *ratio* de este derecho estriba básicamente en “neutralizar y hacer ilusoria la ventaja obtenida por el empresario con el factor distancia” (Vattier Fuenzalida), reconduciendo el contrato celebrado a distancia a la situación típica del contrato entre presentes. Se trata de tutelar ese bien jurídico que es la *deliberatio* y autodeterminación negocial del

cliente que contrata a distancia, para, a la larga, estimular y fomentar este sistema de contratación. Parece lógico que los consumidores tengan menos reparos en decidirse a contratar a distancia cuando son conocedores de que la Ley les reconoce un derecho a desligarse del contrato celebrado, que, durante un cierto plazo de tiempo, sin alegar causa alguna (*ad nutum*). El derecho de desistimiento se configura legalmente, por tanto, como un derecho de ejercicio discrecional: el consumidor no sólo está exento de aducir motivos justificadores de su decisión de poner fin a la relación jurídica obligatoria, sino que, además, está protegido contra toda estimación de su comportamiento por parte del proveedor. Así lo señala la Directiva 97/7 cuando dice que el consumidor podrá rescindir (*rectius*, desistir) del contrato “sin indicación de los motivos” (art. 6.1) y el Decreto-Lei 143/2001, en el art. 6.1 final.

El reconocimiento de este derecho de desistimiento pone de manifiesto la insuficiencia de los remedios tradicionales de nuestro Derecho privado codificado para resolver los principales problemas que para el contratante débil se derivan en la actualidad de esta técnica o sistema de contratación (particularmente – como advierte Miranda Serrano – en orden a la teoría de los “vicios del consentimiento”, más preocupada de la “libertad física” del contratante que de su “libertad psíquica” y, desde luego, ajena a los riesgos que para la autodeterminación negocial de los consumidores conllevan hoy los modernos métodos comerciales entre los que hay que incluir expresamente la contratación a distancia). Si bien el legislador mercantil decimonónico español ofreció un solo precepto para determinar el momento en el que había que entender perfeccionado el contrato celebrado entre personas que no se encontraban físicamente presentes en el momento de su conclusión – contrato entre ausentes- (art. 54 Ccom), el Código civil portugués dedica los artículos 224-235 a la perfección del contrato.

#### B) Sobre la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento.

Antes de entrar a analizar el régimen jurídico que de este derecho de desistimiento negocial se contiene en la Directiva 97/7 y en el Decreto-Lei 143/2001 portugués, conviene hacer una precisión acerca

de su naturaleza jurídica. Tanto la Directiva – que habla también de rescisión, en la Exposición de Motivos – como el Decreto-lei portugués, se refieren a la resolución. A mi juicio, lo más correcto es hablar de derecho de desistimiento *ad nutum*, que ha sido definido como un “derecho potestativo, ejercitable extrajudicialmente por una o ambas partes contractuales sin necesidad de alegar justa causa, cuyo efecto es la extinción del contrato con eficacia –por regla general- *ex nunc*” (M.Klein). No constituye un caso de rescisión por cuanto que, como es sabido, es presupuesto de esta modalidad de ineficacia negocial la producción de una lesión o perjuicio económico en el sujeto legitimado para su ejercicio. Tal perjuicio puede existir o no en la contratación a distancia; sin embargo, es irrelevante en la medida en que el derecho de desvinculación negocial no se supedita en modo alguno a su producción. Tampoco este derecho puede ser calificado de resolución – al menos, en Derecho español, pues la resolución en Derecho portugués tiene una tipificación legal, artículos 432 a 436, más amplia que podría admitir el supuesto – ya que la resolución presupone que haya habido incumplimiento contractual por una de las partes contratantes, siendo obvio que en la contratación a distancia no se concede el derecho de desvinculación negocial al consumidor como remedio o sanción frente a un incumplimiento del empresario.

Cabe pensar – y así lo han sostenido algunos autores – que el contrato a distancia es un contrato perteneciente a la categoría de los que han dado en llamarse “contratos de perfección diferida o aplazada”. En mi opinión, se trata más bien de un contrato que se encuentra perfeccionado desde que se aúnan las dos voluntades negociales, siendo desde entonces un contrato eficaz por el que las partes quedan obligadas a cumplir sus respectivas prestaciones, pudiendo incluso ser ejecutadas antes del transcurso del plazo – 7 ó 14 días, según el ordenamiento comunitario o portugués – dentro del cual puede ejercitarse el derecho de desistimiento negocial. Ahora bien, la eficacia del contrato a distancia – no diferida o aplazada, sino inmediata – es una eficacia provisional, puesto que el consumidor puede provocar su claudicación mediante el ejercicio de su derecho de desistimiento negocial.

El desistimiento negocial del consumidor es, por lo demás, una declaración de voluntad unilateral y recepticia. Al ser una declaración

de voluntad, le son aplicables los principios generales que el Ordenamiento jurídico establece en relación con este tipo de declaraciones: podrá ser revocada y se someterá a las reglas relativas a la capacidad del declarante y a los vicios del consentimiento. Es unilateral pues emana de una sola parte y para su efectividad no es necesario que sea aceptada por el empresario o por su representante. Su carácter recepticio se explica por el hecho de que para que surta efectos habrá de ser conocida por la otra parte, con independencia de que lo sea con anterioridad o posterioridad al plazo en el cual el consumidor tiene la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento negocial. Lo relevante es que la declaración de voluntad se emita dentro del periodo legal previsto.

### C) Régimen jurídico del derecho de desistimiento.

La regulación del derecho de desistimiento se centra en dos aspectos fundamentales: de una parte, en la determinación de las condiciones necesarias para su ejercicio; y, de otra, en las consecuencias o efectos que nacen una vez ejercitados.

#### 1.º Condiciones para el ejercicio del derecho de desistimiento

El legislador comunitario y el portugués se han ocupado fundamentalmente de determinar el plazo dentro del cual el derecho de desistimiento puede ejercitarse, así como el momento a partir del cual ha de iniciarse el cómputo de dicho plazo.

#### a. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento y *dies a quo*.

Tanto el Decreto-Lei, como la Directiva, son claros en la determinación del plazo de caducidad mínimo – susceptible de ser ampliado por pacto, pero no rebajado – dentro del cual puede ejercitarse el derecho de desistimiento. Ahora bien, mientras para el Decreto-Lei 143/2001 se trata de un plazo de 14 días (se entienden naturales, con arreglo al art. 279 Cc), la Directiva contempla un plazo de 7 días laborables.

El día desde el cual se inicia el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es, en ambas normas, el día de

la recepción de la cosa, siempre que se hayan cumplido los deberes de información por parte del empresario. Si se trata de contrato de prestación de servicios, ese día se cuenta desde la celebración del mismo.

Se produce, pues, una estrecha relación – tanto en la Directiva, como en el Decreto-Lei – entre el *dies a quo* y el cumplimiento de tales deberes. Si el proveedor no ha cumplido dichos deberes, el plazo será de tres meses, que comenzarán a contar: para los bienes, a partir del día en que el consumidor los reciba; y para los servicios, desde el día de la celebración del contrato. Si la información contemplada en el art. 5 es facilitada por el proveedor en el plazo de tres meses y el consumidor no ha ejercitado ese derecho, dispondrá de 14 días para resolver el contrato a partir de la fecha de recepción de tales informaciones; en la Directiva el plazo es de 7 días laborables.

## 2.º Forma de la declaración del desistimiento negocial

La declaración de desistimiento negocial no está sujeta a forma. Nada dice la Directiva a este respecto. Ello supone, en principio, que se podrá desistir válidamente del contrato de cualquier modo: por carta, telegrama, fax, llamada telefónica, correo electrónico, etc. No obstante, pueden cifrarse en dos las modalidades más frecuentes de ejercicio del derecho de desistimiento. De una parte, la que tiene lugar mediante el envío del documento de desistimiento. Éste es, con toda probabilidad, el modo más fácil de ejercitar el derecho de desistir: basta estampar la firma y enviar el documento dentro del plazo legal para desligarse de la relación contractual (si el documento es electrónico, la firma estampada deberá ser, lógicamente, electrónica). Será conveniente que el envío del documento de desistimiento se realice con acuse de recibo; de este modo se evitarán futuros conflictos, al tiempo que se dispondrá de un eficaz medio de prueba para demostrar el ejercicio temporáneo del derecho. De otra parte, la que se instrumentaliza a través de la devolución de las mercancías recibidas. Se trata de una declaración tácita por cuanto que la devolución de la mercancía es, a todas luces, un acto concluyente e inequívoco de que se quiere poner fin a la relación negocial. Obviamente, esta manifestación tácita del ejercicio del derecho de

desistimiento sólo es aplicable a los contratos relativos a la entrega de cosas, ya que resulta del todo inapropiada para los contratos relativos a la prestación de servicios. El Derecho portugués, sin embargo, efectúa una previsión a este respecto, en el art. 6.º 5 en el que se señala que, *sin perjuicio de lo establecido en el art. 5, se considera ejercitado el derecho de resolución por el consumidor a través del envío, en los plazos previstos, de una carta registrada con aviso de recepción comunicando al otro contratante o persona al efecto designada la voluntad de resolver el contrato*. Cabe preguntarse si esta previsión normativa tiene carácter imperativo o simplemente indicativo del modo de proceder a la hora de comunicar al proveedor la intención de resolver el contrato. Me inclino a pensar que en una interpretación favorecedora de los intereses del consumidor, siempre que quede suficientemente acreditada la recepción de esta voluntad por el proveedor, se podrá acudir a otras formas distintas de las contempladas en el Decreto-Lei 143/2001.

#### D) Efectos del derecho de desistimiento

La Directiva 97/7 establece dos consecuencias fundamentales derivadas del ejercicio válido del derecho de desistimiento negocial: para el proveedor, la obligación de devolver al consumidor las sumas abonadas sin retención de gastos (una obligación que, como especifica la propia Directiva, deberá realizarse “lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de 30 días”); para el consumidor, la obligación de devolver la mercancía o el producto adquirido sin que le pueda ser imputado otro gasto que el “coste directo de la devolución” (art. 6. 2) de la Directiva y art. 8.1 del Decreto-Lei 143/2001.

Además, el legislador comunitario se ocupa de dictar una norma especial para regular las consecuencias que se derivan del ejercicio del desistimiento cuando el precio del bien adquirido o del servicio contratado por el consumidor hayan sido obtenidos a través de un crédito. Dicha norma es el art. 6. 4, según el cual *los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que: en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el*

*tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en el caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1. Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito. El Derecho portugués ha desarrollado esta previsión comunitaria en su art. 6. 3, en los términos siguientes: Siempre que el precio del bien o servicio fuera total o parcialmente cubierto por un crédito concedido por el proveedor o por un tercero, el contrato quedará automática y simultáneamente resuelto, sin derecho a indemnización, si el consumidor ejerce su derecho de libre resolución de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6º.1.*

El Decreto-Lei ofrece una novedad significativa respecto del texto de la Directiva; a saber, establece la obligación del consumidor que resuelve el contrato de conservar los bienes de forma que pueda devolverlos al proveedor o a la persona designada al efecto en el contrato en las debidas condiciones de utilización, dentro del plazo de 30 días contados desde su recepción (art. 6. 2 del Decreto-Ley 143).

La norma comunitaria, que, como acabamos de decir, no detalla, a diferencia de algunas propuestas anteriores, la forma de ejercicio del derecho de desistimiento, sí se detiene, en cambio, en destacar cuáles son sus efectos. Así, cuando el consumidor desiste del contrato, se entiende que debe devolver el producto – la norma no especifica las condiciones de la devolución o cuándo se entiende realizada- sin que le pueda ser imputado otro gasto que el “coste directo de la devolución” (art. 6. 1, reiterado en el 6. 2). Por parte del proveedor, se deberán devolver, como hemos dicho, las sumas abonadas sin retención de otros gastos que los anteriormente señalados. A diferencia de lo indicado para el consumidor, aquí se detalla que la devolución debe realizarse cuanto antes, “y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días”.

El énfasis de la norma en que no se impute al consumidor otro gasto que el directo de devolución podría llevar a pensar que el legislador comunitario alienta la transposición de aquélla en el sentido de que el proveedor deba soportar el coste de la depreciación sufrida en la cosa por el uso o el riesgo de pérdida o menoscabo no imputable al consumidor. En la propuesta de Directiva de 1993 se decía

que la cosa debía ser de devuelta “en su estado original”; su desaparición en el texto actual podría ser interpretado en el sentido señalado. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que lo que pretende el legislador comunitario es que el adquirente del bien compruebe si éste resulta o no de su conveniencia. No se debe deducir, por tanto, un poder mayor que el de devolverlo al empresario, sin que se justifique causar un mayor daño a éste que el de la falta de consumación definitiva de la venta proyectada.



# OS JULGADOS DE PAZ E OS LITÍGIOS DE CONSUMO

J. O. CARDONA FERREIRA

Juiz Conselheiro Jubilado

## I. As bases desta comunicação

Cumprimento os ilustres Directores do Centro de Estudos Judiciários e do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, felicito-os pela organização deste colóquio e agradeço-lhes o amável convite que me foi feito.



Tive oportunidade de ler um excelente texto do Doutor João Pedroso, sobre Justiça de proximidade, na Revista Crítica de Ciências Sociais (n.º 60, Outubro de 2001). Ali se diz, por exemplo, “... as barreiras ao acesso à Justiça são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efectivação da democracia ...”.

Isto é preocupação e linguagem de hoje.

Mas, há quase seis séculos (!), por entre 1424/1428, o Infante das Sete Partidas, D. Pedro, escrevia, de Bruges, a seu irmão, o Rei D. Duarte, chamando a atenção do monarca, designada e justamente, para os atrasos da Justiça, dizendo, além do mais que “... em vossa terra (...) a muitos feitos aquelles que tarde vencem ficam vencidos...” (J.P. Oliveira Martins, “Os Filhos de D. João I”, 6.ª ed., 396).

Parafrazeando o Poeta, diria, mudam-se os tempos, mas não se mudam as vontades esclarecidas de mudar os rumos das dificuldades patenteadas pelos sistemas tradicionais de Justiça.

Juiz de carreira que fui, há muitos anos que a minha maneira de ser e de estar me leva a preocupar-me com tudo isto. Juiz não pode ser, não é, um autómato despachador de processos.

Há anos que me manifesto no sentido de uma evidente necessidade de *refundação* do Serviço de Justiça. Verdadeira refundação do Serviço de Justiça em Portugal, a meu ver, em tantos séculos de História, houve *uma e*, isto, após as Guerras Liberais do primeiro quartel do século XIX, aliás mercê de homens de excepção que a empreenderam.

Só que os tempos mudaram. E a essência do sistema *não* acompanhou os ventos da História e, muito menos, se lhes antecipou como conviria.

Fenómeno internacional, dir-se-á, e é verdade. Mas o mal dos outros não serve para eliminar o nosso.

O que está em causa é, pura e simplesmente, a *segurança* individual e social e, daí, a *tranquilidade*: os conflitos não podem depender da “lei” do mais forte, mas da correcta e oportuna decisão de Órgãos imparciais.

Creio que o direito à tranquilidade (e à segurança), que tem de ser parte fundamental da *cidadania*, vem a radicar no *direito à felicidade* a que a Declaração de Independência dos E.U.A., se referia, e muito bem, em 1776: “The pursuit of happiness”.

E, na linha do que, esquematicamente, acabo de referir, o que pretendo reflectir é que, *se o direito à tranquilidade é nuclear no acervo da cidadania, a confiança dos cidadãos em Órgãos de resolução, correcta e oportuna, de inevitáveis conflitos, é essencial à sua tranquilidade*, vale dizer, à qualidade de vida, à felicidade.

E, isso, tem sido reconhecido, designadamente, em textos internacionais, por uma ou outra forma, citando – só a título de exemplos: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789 (proclamação do primado da lei – art. 5.º – o que, aliás, teria um longo caminho a percorrer); Declaração Universal dos Direitos do Homem, Nações Unidas, 1948 (direito a julgamento equitativo e público – art. 10.º); Convenção Europeia dos Direitos do Homem,

Conselho da Europa, 1950 (direito a processo equitativo e público, em prazo razoável – art. 6.º); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho da Europa, de Nice, 2000 (direito a julgamento equitativo, público, em prazo razoável – art. 47.º) – sobre esta Carta: v.g., Resolução da Assembleia da República n.º 69/2000, in D.R., 1.ª série A, de 28.10.2000.

E não nos podemos esquecer de que tudo isto está reflectido no art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, no âmbito dos direitos e deveres fundamentais: assegurando, a todos os Cidadãos, acesso ao Direito e aos Tribunais e julgamentos em prazo razoável e mediante processo equitativo.

## II. As dificuldades do sistema jurídico-judiciário tradicional

Entretanto e não obstante as boas intenções legislativas, que vem acontecendo na realidade do sistema jurídico-judiciário tradicional?

Como tenho reflectido sobre o assunto, pelos fins do primeiro quartel do século XIX (quando, aliás, como disse, a meu ver, se fez a única verdadeira refundação jurídico-judiciária em Portugal), porventura para se combater o arbítrio casuístico do “ancien régime”, optou-se por um formalismo fechado que, no devir histórico-sociológico, descambou em burocracismo antinómico de humanização e simplicidade. De todo o modo, o sistema foi funcionando razoavelmente porque não havia uma generalização na procura de realização de direitos e, ainda, porque certas instituições sociais, como a Família, a Escola, a Religião, eram sentidas e aceites como meios naturais de prevenção e de resolução de diferendos. Mas, quando essas instituições foram afectadas por crise geral societária e deixaram de ser suficiente anteparo na possível procura dos Tribunais e quando se generalizou esta procura, o sistema jurídico-judiciário não estava preparado para responder a esse fenómeno. Não estava, nem o está suficientemente, porque continua a enfermar de muito regulamentarismo e suporta avalanches de litígios, cada vez mais complicados, que obrigam a que se dedique bastante tempo ao estudo desses casos complicados. Repito: não é só avalanche *quantitativa*; diria que é, principalmente, a necessidade de atenção e estudo das

*novas e complexas questões jurídico-judiciárias. Reconheço, mesmo, que muitas causas particularmente graves e difíceis justificam um ritual diferente do comum das causas – ainda que o formalismo que conhecemos necessite de expurgação do que está a mais. Há que distinguir o essencial do accidental.*

### III. Meios Alternativos

E é tudo isto, que fica brevemente referenciado, que justifica o aparecimento da necessidade de encontrar e implementar meios alternativos ao sistema judicial tradicional comum, de resolução de litígios. Meios que mudem:

- A visão essencial dos problemas;
- O modo de resolver;
- A eficácia (inclusive oportunidade) decisória.

As respostas, a estes três desafios, pode fazer-se:

- privilegiando uma perspectiva não adversarial, chamando os próprios interessados à procura concertada de decisões;
- actuando com proximidade, informalidade, simplicidade; sem prejuízo de independência, imparcialidade, competência;
- e, assim, encontrando soluções com eficiência, oportunamente.

É por tudo isto e, porventura, muito mais, que o Conselho da Europa recomenda a implementação de Meios Alternativos [v.g. Recomendação n.º R (86) 12, do Comité de Ministros, de 16.09.1986].

E a União Europeia a propósito, exactamente, de Direito de Consumo, designadamente: Recomendação da Comissão de 30.03.1998 (98/257/CE), relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo; Recomendação da Comissão de 04.04.2001 (2001/310/CE), relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor.

Em verdade, os problemas do Direito de Consumo, posto que se referem a todas as pessoas, *já que todos somos consumidores*, adquiriu uma importância de grande relevância na vida dos cidadãos, perturbados, na sua confiança, pelas demoras e pelos custos da

instituição judiciária tradicional, sem possibilidades de responder, em tempo útil, aos problemas comuns do dia-a-dia: o que *é verdade ao nível de cada Estado como no espaço comunitário*.

Em verdade, creio que a proclamada *coesão social* também passa por aqui, havendo necessidade de medidas que viabilizem soluções concertadas, não só estabelecendo mas divulgando e generalizando uma *rede* operacional organizada de instituições ao nível tranfronteiriço, pelo menos intracomunitário e, muito especialmente, em zonas próximas das fronteiras posto que é natural o intercâmbio consumista, designadamente, nos espaços da União Europeia. Naturalmente, aquilo que se pode chamar o Mercado Comum só terá a ganhar agilizando-se procedimentos decisórios de potenciais conflitos motivadores de falta de confiança dos consumidores.

#### IV. Enquadramento substantivo

Uma breve nota, neste conjunto de ideias, para referir algo sobre o Direito substantivo.

Aqui, como em tantos outros sectores sócio-jurídicos, a moldura legal substantiva, ainda que sempre susceptível de evolução (o Direito nada deve ter de estático, já que a Sociedade também o não é), parece muito positiva.

A partir da *Constituição da República*, mormente art.s 60.º e 81.º h), os consumidores têm direitos nucleares reconhecidos.

E a *Lei de Defesa do Consumidor* – hoje, Lei n.º 24/96, de 31.07 – prescreve uma série importante de direitos concretos, *designadamente*:

Art. 10.º – direito à prevenção e acção inibitória;

Art. 12.º – direito à reparação de danos, desde a reparação da coisa, à sua substituição, redução de preço ou resolução do contrato; com o pormenor explícito que me parece muito importante, indemnização por danos patrimoniais e *não patrimoniais* em matéria contratual – o que tenho por exacto em termos gerais, mas sabe-se que nem sempre assim tem sido entendido (v.g. P.Lima e A.Varela, "Anotado", I, 4.ª ed., 501);

Art. 14.º – direito à protecção jurídica e a uma Justiça acessível e pronta [cfr. art. 3.º g)].

## V. Mas, como realizar “Justiça acessível e pronta”?

Já ficou uma referência às dificuldades dos meios judiciais tradicionais comuns. Mas, a meu ver, *não se pode desistir da necessária simplificação desses meios.*

Por outro lado, é necessário divulgar e praticar os modos de *comunicação* entre consumidor e fornecedor ou produtor e, daí, os modelos que já existem, ao nível comunitário, de formulário de reclamação.

Mas, no imediato há, fundamentalmente, que desenvolver os chamados *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, que sejam tão competentes e imparciais, quanto próximos e informais, e eficientes.*

O art. 14.º n.º 1 da Lei n.º 24/96 preconiza que a Administração Pública deve promover a criação e apoiar *Centros de Arbitragem.*

Sou dos que subscrevem, convictamente, a criação de Centros de Arbitragem, que, no concernente à problemática sobre a qual agora nos ocupamos, creio que existem em Lisboa, Coimbra e Figueira da Foz, Porto, Vale do Ave, Braga, Algarve, Açores e, ainda, sobre Serviços de Reparação Automóvel e sobre Seguros Automóvel.

Mas só Centros de Arbitragem?

Não, *não apenas.*

Estes Centros são muito importantes, pressupondo, sempre, *prévia aceitação de ambas as partes*, o que nem sempre é possível.

Com estas instituições *são, perfeitamente, conviventes os Julgados de Paz, que têm as características intrínsecas dos Meios Alternativos e o carácter institucional de Tribunal*, “ex vi” do art. 209.º n.º 2 da C.R. e do modo não optativo como são objecto da Lei n.º 78/ /2001, de 13.07 (art. 9.º) – e aos quais os Centros de Arbitragem não deixarão de poder ser alternativa.

Ou seja: *com todo o respeito mútuo que tem de existir entre as instituições que se assumam como servidoras dos cidadãos*, tradicionais ou alternativas ou, quanto a estas entre si, o que tem de haver é harmonização e conjugação; não é a perspectiva, que teria por absolutamente inadequada, de umas se suporem únicas detentoras do dever ou poder ser.

## VI. Os Julgados de Paz, hoje

Se os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo são poucos – e são – os Julgados de Paz, nesta data (Junho de 2002), ainda são menos.

É minha convicção que os Julgados de Paz constituem um projecto que merece ser prosseguido e implementado com firme dinâmica.

São uma instituição útil para os Cidadãos e só isso já justificaria que venham, progressivamente, a cobrir o território nacional, quer no Continente, quer nas Regiões Autónomas, quer nas zonas mais rurais, quer nas mais citadinas.

Ao contrário do que já vi escrito, é exactamente nestes tempos complexos, de dispersão, que as pessoas mais têm necessidade de ver junto de si quem represente e transmita confiança institucional, naturalmente sob “roupagem” actualizada e conforme os locais, desde o mestre-escola, ao pároco, ao “Dr. João Semana”, ao Juiz, etc., etc.

O Julgado de Paz integra-se nessa ideia: a *proximidade*, aliás, geradora de mútua proximidade.

Basta ler o art. 2.º da Lei n.º 78/2001, para se ver a validade dos princípios gerais dos Julgados de Paz, vocacionados para a participação cívica dos interessados, estimulando a justa composição dos litígios tanto quanto possível por acordo, na base de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia-processual.

Naturalmente, os Julgados de Paz *não podem ser um sub-sistema* incoerente com a sua inserção intrínseca nos Meios Alternativos. Por isso me parece que deveriam vir a ter competência executiva, desde logo das suas próprias decisões (sem prejuízo da revisão geral do processo executivo), certa competência penal (sem aplicabilidade de penas de prisão) e estrutura recursória própria, além de possível alargamento de competência declarativa cível. A minha visão dos Julgados de Paz vai no sentido de os aproximar mais dos Juizados Especiais brasileiros que lhes serviram de paradigma.

Outros pormenores existem a justificar repensamento, a meu ver, como a regra de remessa para o foro comum só porque acontece um incidente processual ou é caso de prova pericial.

Enfim, haverá muito a reponderar. Mas, *há uma raíz essencial a preservar e desenvolver. Os Julgados de Paz são verdadeiras Casas de Cidadania.*

E, naturalmente, não será curial “funcionalizar” os Julgados de Paz; mas, isso, sem prejuízo da *harmonização entre humanização e competência.*

Tudo isto vem ao caso porque, a meu ver, *hoje*, nas zonas que abrangem, já têm competência para tentar mediações e, se necessário, realizar julgamentos no âmbito da problemática do Direito de Consumo, naturalmente dentro do valor da alçada da 1.<sup>a</sup> instância, excepto, no que concerne a processos cautelares e, parece, acções tecnicamente inibitórias. Mas tudo o mais creio abrangível pelas alíneas a), b), h), i) e j) do art. 9.º da Lei n.º 78/2001. E, isto, sem prejuízo de maior competência “de jure constituendo”.

## VII. As Recomendações da União Europeia e Os Julgados de Paz

Sem esquecer que as Recomendações já referidas são isso mesmo, simples recomendações, não deixam de ser muitíssimo importantes.

A Recomendação da Comissão n.º 98/257/CE, de 30.03.1998, prescreveu 7 princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial (entenda-se por via alheia aos meios tradicionais judiciais comuns) de litígios de consumo:

- independência;
- transparência;
- contraditório;
- eficácia;
- legalidade;
- liberdade;
- representação.

Estes princípios são todos muito importantes, mas a própria Comissão emitiu, na mesma data, um texto explicativo da matéria de Resolução extrajudicial dos conflitos de consumo donde, a meu ver, no ponto 4, ressalta a primacial importância de:

- transparência;
- independência;
- respeito pelo direito.

Por outro lado, o D.L. n.º 146/99, de 04.05, acerca do Registo de Procedimentos de Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo (a que se reporta também a Portaria n.º 328/2000, de 09.06), no seu preâmbulo, que diz seguir de perto a Recomendação 98/257/CE, frisa os princípios:

- imparcialidade;
- objectividade;
- eficácia;
- transparência.

Mais tarde, a Recomendação 2001/310/CE, da Comissão da U.E., de 04.04.2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, enfatiza os princípios:

- imparcialidade;
- transparência;
- eficácia;
- equidade.

Tudo isto para dizer que *os Julgados de Paz portugueses reflectem, estrutural e essencialmente, os princípios recomendados pela U.E.*

A única dúvida que se poderia pôr diria respeito ao princípio dito da “liberdade”, mas seria *tomar a nuvem por Juno*.

Como se sabe, *tudo o que é jurídico deve ser interpretado, não apenas lido*.

O princípio dito de “liberdade” referencia, basicamente, que os cidadãos não podem ser impedidos de se socorrer de órgãos jurisdicionais competentes.

Ora, os Julgados de Paz, como se disse, têm as características de funcionamento e de objectivos cívicos recomendados para Meios Alternativos, *acrescendo* que são, formalmente, um certo tipo de Tribunais “lato sensu”, daí que a sua competência não seja optativa – mas tal *não* impede, como já se aflorou, que os interessados – se

estiverem de acordo, o que, sendo nós latinos e portugueses, nem sempre acontecerá – dizia, que os interessados se decidam por outros Meios Alternativos.

Donde, e a meu ver, os Julgados de Paz fazem a *síntese*, quase óptima, entre Meios Alternativos e instituições de que são, essencialmente, diferentes.

### IX. Finalizando

São os pequenos litígios que estragam a qualidade de vida das pessoas, mesmo enquanto consumidores, que todos somos.

O que está em causa é, assim o direito à vida de que é indissociável a qualidade.

O direito ao bem estar e à tranquilidade passa pela solução oportuna dos diferendos.

Ao fim e ao cabo “*the pursuit of happiness*”.

Este é, jurídico-judicialmente, o sentido dos Julgados de Paz. Tenhamos o bom senso de melhorar, mas de prosseguir.

Muito obrigado.

## O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA DISTRIBUIÇÃO E AS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA

JOSÉ ANSELMO DIAS RODRIGUES

Juiz Conselheiro

Presidente do Conselho da Concorrência

Quando me propuseram que interviesse nesta conferência sobre o tema da Distribuição e a que eu acrescentei e das autoridades da concorrência, hesitei sobre a forma como deveria tratá-lo, se o devia fazer com o rigor jurídico que se impunha ao magistrado, e então, a minha intervenção não podia deixar de circunscrever-se àquilo que está regulamentado, ou se, pelo contrário o devia fazer enquanto presidente do Conselho da Concorrência, qualidade em que fui convidado, e por isso devia impor alguma controvérsia, questionando a bondade do sistema e das soluções encontradas.

Resolvemos fazê-lo nesta última veste.

Ao tratar o tema da Concorrência na distribuição nas vamos fazê-lo na perspectiva da aplicação da Lei da Concorrência (Dec.-Lei 371//93) à distribuição. É óbvio que a distribuição, como qualquer outra actividade comercial, industrial ou de prestação de serviços, onde não haja restrição legal, estão sujeitos àquela lei.

As regras da concorrência, seja quando proibem acordos ou práticas concertadas, seja quando proibam práticas que constituam

abuso de posição dominante, seja quando condicionam a concentração de empresas, são naturalmente aplicáveis às empresas distribuidoras.

Não é, pois, sob estes aspectos que vamos fazer incidir a nossa intervenção.

Ela vai essencialmente voltar-se para os abusos de dependência económica, as práticas restritivas individuais, designadamente, a venda a preços predatórios e análise sobre a organização das autoridades da concorrência competentes para conhecer de tais práticas, e as alterações do Dec.-Lei 370/91, com a introdução do art.º 4.º-A, sobre práticas negociais abusivas.

Vejamos, então.

O Dec.-Lei 422/83, de 03 de Dezembro, com o objectivo de “garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e preço e a de estimular as empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico, veio pela primeira vez, de uma forma efectiva, regular a concorrência no nosso país.

Previam-se, nesse diploma, como restritivas da concorrência, quer as práticas individuais – imposição de preços mínimos, aplicação de preços e condições discriminatórias, relativamente a prestações equivalentes e recusa de venda de bens e serviços –, (art.º 3.º), quer os acordos, decisões de associações, práticas concertadas e abusos de posição dominante.

O conhecimento de qualquer destas práticas era da competência da Direcção-Geral da Concorrência e Preços a quem competia conhecer e investigar e do Conselho da Concorrência a quem competia decidir.

Foi diferente a opção do legislador em 1993, altura em que reconsidera a problemática da competência para apreciação daquelas práticas, prevendo umas no Dec.-Lei 370/93 – práticas restritivas individuais em – que resolveu atribuir a competência para o seu

conhecimento à Inspeção-Geral das Actividades Económicas e à Comissão de Coimas a sua punição, prevendo outras – acordos, decisões, associação, abuso de posição dominante –, noutra diploma, onde introduziu uma nova figura – a do abuso de dependência económica, na linha, de resto, do que acontecia em França.

Com efeito o Dec.-Lei 371/93, no seu artigo 4.º dispõe que é proibida “a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontra relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do art.º 2.º.

Tal figura, como se disse no parecer n.º 2/93 do Conselho da Concorrência surge justamente da necessidade de se preservar, por um lado, o rigor da interpretação das disposições em matéria de abusos por parte das empresas em posição dominante e relacionamento horizontal, e, por outro, da conveniência em, sob o ponto de vista do funcionamento global do mercado, se reprimirem os abusos de carácter predominantemente vertical, praticados por empresas que, apesar de não terem uma posição dominante, são parceiros económicos obrigatórios.

Quer dizer a possibilidade de poder haver abusos por parte de empresas com grande poder económico, mesmo não tendo posição de domínio, levou a pensar no abuso de dependência económica.

As potencialidades de tal figura, não obstante as questões de interpretação que coloca sobre o que deva entender-se por “estado de dependência económica” ou “alternativas equivalentes” ou “exploração abusiva” desse estado de dependência económica. tendo presentes as situações de dependência dos fornecedores em relação a grandes distribuidores e dos grandes produtores face aos pequenos distribuidores, tem-se revelado uma figura de grande potencialidade na introdução dos limites à liberdade de actuação dos agentes económicos.

E assim que assistimos à sua consagração por parte de outros países europeus, como a Alemanha ou a Espanha, além da França e se vê discutida a sua configuração no âmbito das organizações internacionais, como a OCDE ou a Comissão Europeia.

Infelizmente a prática veio dar razão ao Conselho da Concorrência que no parecer atrás referido afastava o receio de alguns de que este novo regime viesse a substituir indiscriminadamente: as regras sobre as práticas individuais, cujo conhecimento lhe foi retirado, perpetuando intervenções minimalista no mercado.

Não estava em causa saber se se estava ou não em face de práticas, pela sua natureza, restritivas da concorrência e, por isso naturalmente submetidas aos órgãos com competência para conhecer dessa matéria.

O que estava em causa era aliviar o Conselho da Concorrência e a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência daquilo que era considerado como bagatelas infraccionais e que por isso deviam ser entregues ao conhecimento doutras entidades mais vocacionadas, para delitos económicos – a Inspeção-Geral das Actividades Económicas e a Comissão de Coimas.

O resultado foi que inúmeras violações da lei da concorrência que constituíram verdadeiros abusos de dependência económica, não forem conhecidos e perseguidos.

No nosso caso, o Conselho da Concorrência, só recentemente nos casos Unicer e Centralcer, aplicou tal figura.

Não o foram pela Inspeção-Geral, porque esta não estava preparada para conhecer infracções que escapavam, pela sua natureza e necessidade de análise económica à preparação dos agentes daquela Inspeção. Não o foram igualmente pela Direcção-Geral, precisamente porque com receio da tal interpretação nunca houve o cuidado de integrar tais infracções na norma entretanto criada e referida no art.º 4.º que consagrou a figura do abuso de dependência económica.

Porque tais infracções se davam essencialmente no domínio das relações entre distribuidores e fornecedores introduziu-se, uma alteração ao Dec.-Lei 370/93 introduzindo um art.º 4.º-A (sintomaticamente o número do artigo utilizado foi o 4) criando a figura das práticas negociais abusivas, figura que sem grande esforço caberia perfeitamente na de abuso de dependência económica.

Em todo o caso a figura do abuso de dependência económica continua a existir, não só porque pode haver casos não previstos naquele art.º 4.º-A, mas que cabiam no abuso de dependência económica como ainda, porque incompreensivelmente, não foi feito um esforço, para encontrar os critérios que conduzissem à mesma figura das práticas negociáveis abusivas, não já na relação distribuidor-fornecedor, mas na relação fornecedor-distribuidor.

No que diz respeito a esta última, tudo continuou na mesma.

Quer dizer, quis-se resolver um problema de política comercial resultante de eventuais erros na permissão de criação de grandes superfícies (não nos cabe aqui julgá-lo) com uma solução de política de concorrência, esquecendo-se, que em muitos casos a pressão dos grandes distribuidores sobre os fornecedores resulta da agressividade da política comercial e de concorrência entre as grandes empresas.

Não se olhou para as causas mas para os efeitos.

Mas tal diploma teve ainda, em nosso entender, um efeito mais pernicioso.

É que ele ao arrepio do que fora estabelecido com o primitivo Dec.-Lei 370/93 e constitui prática exercida na Europa veio atribuir à Direcção-Geral do Comércio e Concorrência competência para instruir e decidir processos não só em relação a essa práticas abusivas, onde a natureza da infracção podia justificar a sua intervenção, mas todas as outras práticas restritivas individuais em relação às quais pela sua fácil verificação, os agentes da Inspeção-Geral estavam mais habilitados para o fazer, sem os riscos de não conhecimento ou absolvição por parte dos tribunais em resultado da imperfeição da instrução dos processos.

Quer dizer, tendo-se tirado aos órgãos de defesa da concorrência (Conselho e Direcção-Geral) com o diploma em 1993, competência para conhecer tais infracções, que do ponto de vista concorrencial se poderiam considerar bagatelas, e colocando-se mesmo os receios já atrás referidos em relação ao próprio abuso de dependência económica, vem cair-se no pólo oposto, ou seja inundou-se a Direcção-

-Geral de processos, perpetuando como se dizia no parecer do Conselho “as intervenções minimalistas no mercado”.

É claro que com isso se diminui a já parca capacidade, por falta de meios, de intervenção da Direcção-Geral do Comércio e Concorrência em relação aos processos abrangidos pelo Dec.-Lei 371/93 (ou seja a Lei de Defesa da Concorrência).

Os números de processos de contra-ordenação entrados no Conselho são elucidativos.

Em 1993 foram recebidos 13 processos, em 1995, 3 processos, em 1999, 2 processos, em 2001 um processo e em 2002 até à presente data 0 (zero) processos.

Em contrapartida incluem por largas dezenas o número de processos referentes aquelas práticas abusivas.

Julgamos, por isso, que qualquer política de concorrência, deveria ter em conta a necessidade de reforçar os meios afectos à entidade com competência para investigar as infracções da lei da concorrência.

E essa necessidade será ainda maior medida em que venha a ser aprovado o regulamento comunitário que vem substituir o Regulamento 17/62, que atribui competência às autoridades nacionais da concorrência para aplicar o art.º 81.º e 82.º do Tratado de Roma.

Com efeito, está em vias de ser aprovado um regulamento, que vem sendo tratado como de modernização da aplicação do direito da concorrência, que vem atribuir competência às autoridades nacionais para aplicar as leis comunitárias.

Não é que isso já não fosse reconhecido entre nós, como é noutros países.

De facto, o Conselho da Concorrência sempre defendeu que as autoridades nacionais de concorrência (Conselho da Concorrência, Direcção-Geral de Concorrência e Tribunais) tenham competência para aplicar as leis da concorrência comunitária, mas com algumas limitações.

Em primeiro lugar, as autoridades nacionais uma vez instaurado o procedimento por violação daquelas leis tinham de suspender esse procedimento logo que fosse instaurado pela Comissão procedimento pelos mesmos factos.

Em segundo lugar as autoridades tendo o poder de aplicar a lei comunitária, por razões de ordem interna não podiam aplicar as coimas previstas na legislação comunitária que pelo seu valor, excediam os limites legais portugueses.

O presente regulamento, não obstante as dificuldades que vai suscitar, resolve, em princípio, os problemas que se colocavam.

E dizemos, em princípio, porque a sua aplicação vai colocar inúmeros problemas pelo que não nos surpreendíamos se, por ineficácia, no final, não viéssemos a ser colocados perante soluções semelhantes àquelas que hoje são adoptadas.

Com efeito, o regulamento de modernização relativo à aplicação das regras da concorrência, tendo em vista uma maior descentralização da aplicação da lei comunitária prevê que as autoridades de concorrência dos diversos Estados e os respectivos tribunais dispõem de competência para aplicar os art.ºs. 81.º e 82.º do Tratado de Roma (ex. artigos 85.º e 86.º) onde se prevêem regras de concorrência, semelhantes às previstas na Lei Nacional, mas aplicáveis quando estejam em causa práticas que punham em causa a concorrência em vários estados da união, cuja violação sujeita os seus autores às sanções aí previstas.

Mas logo no art.º 4.º se dispõe que para efeitos de aplicação do art.º 81.º e 82.º, a Comissão dispõe de poderes previstos no presente regulamento, entre os quais se prevê (n.º 1 do art.º 4.º) a possibilidade de definir por regulamento os tipos de acordos, decisões de associação de empresas e práticas concertadas previstas no art.º 81.º, n.º 1, que estão sujeitas a obrigação de registo por parte das empresas.

A Comissão pode ordenar a aplicação de medidas provisórias, como se dispõe no art.º 8.º: “Em caso de urgência devido ao risco de um prejuízo, grave e irreparável para a concorrência, a Comissão,

actuando por sua própria iniciativa, pode por decisão, com base em apuramento *prima facie* de uma infracção, ordenar medidas provisórias”. O que quer dizer tem o poder de ultrapassar as competências das autoridades nacionais.

Além disso, o art.º 11.º do Regulamento agora em aprovação, atribui cumulativamente o poder de aplicar a lei da concorrência à Comissão e às autoridades decisoriais (a Comissão e autoridades nacionais – aplicarão as regras de concorrência comunitárias em estreita colaboração)”.

Mas mais grave do ponto de vista de uma verdadeira descentralização é que as autoridades nacionais ficam debaixo da “tutela” da Comissão.

De facto, nesse mesmo artigo (n.º 4) diz-se que “o mais tardar trinta dias antes de adoptarem uma decisão ... as autoridades dos estados-membros ... informarão a Comissão. E acrescenta-se no n.º 6: “o lançamento pela Comissão dos trâmites conducentes à aprovação de uma decisão de aplicação nos termos do Capítulo III priva as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência da sua competência.

Ora, precisamente, nesse capítulo III o art.º 7.º prevê a possibilidade da Comissão, sem grandes limitações, julgar da violação das regras de concorrência comunitária. A redacção desta norma é de tal modo abrangente que nela cabem todos os poderes sem que fique delimitado, com rigor, o que cabe às autoridades nacionais e às autoridades comunitárias.

Igualmente no art.º 16.º se dispõe que “as decisões que tomarem sobre acordos ... que já sejam objecto de processo ou decisão da Comissão, os Tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão adoptada pela Comissão ou que sejam contrárias à decisão prevista no processo iniciado pela Comissão...”.

Veja-se, como os tribunais ficam sujeitos não às decisões de outros Tribunais, mas de uma autoridade administrativa.

E podiam apontar-se muitas outras situações de potencial conflito.

Significa isto que só uma grande cooperação entre as autoridades de concorrência poderá permitir uma aplicação uniforme ou tanto quanto possível uniforme da lei comunitária.

Dai que na declaração conjunta – Comissão e Conselho Europeu de Sevilha se lançassem os alicerces para a criação de uma rede das Autoridades Nacionais e Comunitárias.

Mas a criação e a sustentação de uma rede dessa natureza que permita uma aplicação uniforme exige não só custos enormes com as autoridades nacionais de concorrência, como a existência de uma cultura de concorrência nos funcionários encarregados da sua aplicação, das empresas, dos tribunais e até dos agentes políticos.

Se isso não for conseguido, naturalmente, a Comissão tenderá a ocupar o vazio deixado pelas autoridades nacionais.

É, por isso, que neste momento em que se pensa mexer na lei da concorrência e no estatuto das autoridades da concorrência nos parece absolutamente necessário que as soluções a encontrar sejam devidamente ponderadas, por forma a dar resposta a esta e outras questões, que são prementes se se quiser finalmente ter uma verdadeira política de concorrência.



# AS FUNÇÕES DA MARCA E OS DESCRITORES (*METATAGS*) NA INTERNET

J. OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito de Lisboa

**Sumário:** 1. Os descritores ou palavras-chave (*metatags*); 2. Função da marca; 3. A extensão do âmbito da marca a partir da identidade das marcas e dos produtos e serviços; 4. Conteúdo do direito e propriedade; 5. A liberdade de referências e os descritores; 6. O uso da marca; 7. A marca de (grande) prestígio.

## 1. Os descritores ou palavras-chave (*metatags*)

Qual o conteúdo do direito à marca?

A tendência ampliativa que é característica hodierna do Direito Intelectual verifica-se também aqui, levando a um empolamento crescente deste direito. O limite estaria na outorga dum monopólio sobre um sinal. Mas os pontos duvidosos são muitos e estão longe de estar apaziguados.

Propomo-nos reexaminar o tema tomando como banco de ensaios o que chamamos os *descritores*. Com isto traduzimos os *metatags* da língua inglesa. A função destes é assinalar o conteúdo dum sítio na Internet, de maneira a atraírem os instrumentos de busca (ou navegadores).

Os instrumentos de busca estão programados para detectarem no texto as palavras que pesquisam. Mas os descritores oferecem-lhes uma via alternativa. Localizam-se num sector específico do código-fonte da linguagem HTML que é “invisível” para o internauta. O navegador reconhece-os porém e referencia consequentemente o sítio em questão como concernente a esse conteúdo.

Os descritores ou palavras-chave de cada sítio exprimirão tendencialmente o conteúdo desse sítio: é essa a sua função. Mas o titular do sítio, particularmente se este for comercial, procurará os descritores mais sugestivos, para incrementar a frequência ou acesso do sítio. E as próprias empresas que fornecem os instrumentos de busca fazem negócios com os titulares dos sítios, sobre a atribuição de palavras-chave, a ordem da apresentação de sítios com idêntico objecto e assim por diante.

As técnicas de atracção vão-se aperfeiçoando. Por exemplo: se se repetir muitas vezes o mesmo descritor, o instrumento de busca é particularmente atraído.

E entra-se mesmo na falácia. Podem-se usar descritores que nada tenham que ver com o conteúdo do sítio mas atraiam o internauta, que pode quedar-se por lá. Assim acontece com a palavra *sexo*.

Os descritores podem ser quaisquer palavras. Podem nomeadamente ser marcas ou palavras coincidentes com marcas. Essas marcas podem pertencer ao titular do sítio ou ser marcas alheias. E podem ter titulares diferentes conforme os países, embora todos estejam pela Internet igualmente sujeitos à acção do descritor.

Também com marcas se podem tecer enganos. O mais radical consiste em afixar marcas de concorrentes. Assim, quando um internauta busca esse concorrente – normalmente o líder do sector – irá parar a sítio alheio. Com o que se torna possível o desvio de clientela.

Os descritores suscitam múltiplos problemas. Mesmo a sua utilização indevida pode ser encarada por muitos pontos de vista – uso abusivo de nomes de pessoas, concorrência desleal, violação dos direitos do consumidor... Por exemplo, a hipótese referida do uso de marca de concorrentes para desvio de clientela suscita questões de concorrência desleal.

Só nos vai interessar porém o que respeita ao direito das marcas. Se o descritor corresponder a uma marca alheia, qual será a consequência? E isto abstraindo de haver ou não um concurso com ilícito de qualquer outra natureza.

Parece-nos um excelente banco de ensaios sobre o conteúdo da marca, como diremos a seguir. Mas há que não confundir com outras temáticas que, embora vizinhas, devam ser mantidas de todo distintas. Sobretudo da que respeita aos *nomes de domínio*. Embora se suscite também na Internet, obedece a pressupostos, orgânicos e regras de todo diferentes, pelo que a mistura das análises só prejudicaria.

## 2. Função da marca

É lícito usar como descritor ou *metatag* um nome correspondente a uma marca de que se não seja titular? Vamos supor imediatamente que se trata de marca registada por outrem.

Assim, por exemplo, pode o sítio que vende produtos de beleza ter como descritor as marcas por que são conhecidos esses produtos de beleza?

Recordemos que a questão é debatida mesmo fora da Internet e para outros sinais distintivos, além da marca. A agência de viagens pode ostentar na fachada a marca Varig? E a mediadora de seguros, no que respeita às denominações sociais das empresas cujos serviços medeia? <sup>1</sup>

Sem termos de examinar toda a problemática suscitada, situemo-nos perante a utilização de marcas em descritores.

Não podemos todavia deixar de relacionar o tema com a *magna quaestio* da função da marca.

---

<sup>1</sup> Assim, o Tribunal do Benelux, em 20.XII.93, considerou uso ilícito fazer publicidade da marca Mercedes Benz um revendedor que legalmente podia vender esses carros, por dar a ideia de uma especial ligação. Na mesma data considerou também uso ilícito encher garrafas de Butagaz, a pedido de clientes, com outro gás. Cfr. GRUR Int, 7/94, 630.

## I – Função de indicação da origem

É corrente colocar como função originária da marca a de indicar a origem do produto (que mais tarde, se estenderia ao serviço também). A marca asseguraria que os produtos a que se aplicava tinham a mesma origem.

Supomos que hoje este entendimento é insustentável.

Desde que se admite a *transmissão* da marca independentemente do estabelecimento (quebrando assim o princípio chamado da adesão) já a explicação deixava de servir, porque a origem passava a ser diferente e a marca continuava a mesma.

Mas sobretudo, se se admite que se concedam *licenças de utilização da marca* a várias entidades, que têm condições de exploração diversas, a marca deixou de dizer seja o que for sobre a origem do produto. Por isso sob a mesma marca circulam produtos bons e produtos maus<sup>2</sup>.

As reformulações que têm sido tentadas não são convincentes. Entre nós, Couto Gonçalves procura encontrar, como sub-rogado da unidade de origem *empresarial*, uma unidade de origem *pessoal*: há sempre uma pessoa a quem se atribui o ónus do uso não enganoso dos produtos ou serviços marcados<sup>3</sup>. É não dizer nada: exprime-se apenas que a marca tem um titular, e que esse titular, como todos, tem poderes e deveres. Nada se diz ao público sobre a origem dos produtos ou serviços<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Curiosamente, as multinacionais que se opõem ao esgotamento internacional dos direitos de comercialização invocam essa diferença de qualidade como argumento em seu abono. Essa diferença de qualidade deveria antes ser demonstrativa do risco da indução do consumidor em erro que semelhante concessão de licenças representa.

<sup>3</sup> Luís M. COUTO GONÇALVES, *Direito de Marcas*, Almedina, 2000, 2.1.2.. O autor identifica esta determinação da origem com a função distintiva. Para apoio da “nova” função da marca invoca preceitos como o art. 12/2 b da Directriz sobre marcas e o art. 216/2 b do Código da Propriedade Industrial (CPI).

<sup>4</sup> De facto, a determinação de origem surge apenas como grandeza negativa, visto que todo o Direito Industrial, e muito principalmente o das marcas, assenta no pressuposto da *não indução do público em erro*. Assim, o art. 211/2 CPI admite a transmissão da marca ou do pedido desta independentemente do

Na realidade, há que distinguir função de determinação de origem e função distintiva. Esgotada a função de determinação de origem, só resta a função distintiva<sup>5</sup>.

## II – Função distintiva

Não há que confundir a função de determinação da origem e a função distintiva.

Para nos entendermos quanto a esta, devemos ter presente o que caracteriza a marca, em relação a outros sinais distintivos.

A marca não é um sinal distintivo de indivíduos, como o nome de estabelecimento, a insígnia, o nome comercial, a recompensa... É um sinal distintivo duma série. Caracteriza uma série de produtos ou serviços, e não produtos ou serviços isolados. Ou seja, um produto ou serviços distingue-se pela integração naquela série.

O art. 167/1 CPI refere “aquele que adopta certa marca para distinguir os produtos ou serviços de uma actividade económica ou profissional...” Temos aqui a função distintiva, que é incontornável. Mas nem sequer pede que sejam os produtos ou serviços da sua actividade económica ou profissional.

A que fica assim reduzida a função distintiva, se nenhuns traços caracterizadores dos produtos ou serviços são determinantes?

Ao mínimo, que chega a um nível quase tautológico: *distingue os produtos ou serviços integrados naquela série de todos os outros*, por definição nela não integrados.

---

estabelecimento, mas acrescenta: “se isso não puder induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou dos caracteres essenciais para a sua apreciação”. Nada se diz quanto à origem, apenas se exclui a marca que seja intrinsecamente enganosa como indicação de origem.

<sup>5</sup> Também nada salva a função de determinação da origem dizer que a marca pode provir de um conjunto de empresas que se associam para a usar em comunhão. Pode não haver nenhuma comunidade entre empresas diferentes que usam a mesma marca, mesmo quando há vínculos jurídicos entre elas; e até pode nem haver vínculos jurídicos, como entre vários licenciados para o uso da mesma marca. Cfr. CARLOS FERNANDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, 1984, § 106.

Só isto. A função distintiva a tanto se resume. Os efeitos que o público possa retirar da marca e os estímulos que lhe provoca são extra-jurídicos. O direito apenas assegura o exclusivo dum sinal distintivo, regulando-o.

### III – Função de garantia ou índice de qualidade

Daqui resulta já que não há que confundir a marca com um sinal de qualidade <sup>6</sup>.

A marca não dá nenhuma garantia jurídica de qualidade. A qualidade do produto ou serviço pode aumentar ou diminuir sem que isso tenha reflexos jurídicos; só terá reflexos mercadológicos. Não há pois também uma função de garantia <sup>7</sup>.

A proibição básica, que é fundamental neste domínio, de indução do público em erro – manifestação do princípio mais geral da proibição da concorrência fundada no engano do consumidor – não leva a permitir extrapolar uma função de garantia ou de qualidade da marca. Também a representação intelectual que os consumidores possam fazer de um nível de qualidade associado a uma marca, que é importantíssima nas decisões das empresas e dos consumidores, é uma ocorrência meramente de facto, a que não estão associados efeitos jurídicos.

Assim, se alguém adquirir marca de renome e fizer o cálculo de a aplicar a produtos ruins, escoando-os rapidamente graças ao apelo da marca e amortizando o investimento feito, não violou nenhum preceito jurídico. O art. 216/1 *b* prevê a caducidade do registo se a marca se tornar susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, qualidade e origem geográfica desses produtos ou serviços, com o consentimento do titular da marca. Manifesta o princípio, que domina todo o regime da marca, que esta não deve ser enganosa <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Deixamos de fora a marca de certificação, que é alheia ao nosso estudo.

<sup>7</sup> O art. 260 *h* CPI considera concorrência desleal a supressão, ocultação ou alteração de marca em produtos destinados à venda. Mas desta disciplina da concorrência desleal não se segue a atribuição duma função de garantia à marca, porque se não está aí a regular o direito de marca.

<sup>8</sup> Assim, não seria possível uma fábrica de produtos de latão registar a marca *gold*.

Mas isto nada tem que ver com a manutenção do padrão de qualidade, que não constitui nenhuma obrigação jurídica.

#### IV – Função publicitária

A marca pode ser um poderosíssimo instrumento publicitário. Desde logo porque a marca, como sinal, está apta para ser veículo de comunicação.

Mas a marca não é concedida para desempenhar essa função<sup>9</sup>. Se a desempenha ou não é uma circunstância de facto que em nada se repercute no domínio jurídico. Por isso, não se podem dela tirar nenhuns efeitos de direito.

A problemática particular da marca de (grande) prestígio será examinada adiante.

Concluimos assim que a única função da marca é a função distintiva.

### 3. A extensão do âmbito da marca a partir da identidade das marcas e dos produtos e serviços

A marca traz vantagens para o mercado em geral, para o concorrente e para o consumidor.

Ainda que o interesse do concorrente prime sobre o do consumidor, este afirma-se sempre como um limite ao interesse do operador económico. Não se podem ganhar vantagens na concorrência à custa do consumidor.

O interesse do consumidor justifica também o âmbito de protecção atribuído à marca.

Justifica nomeadamente que não seja admitido que titulares distintos utilizem marcas confundíveis: o público seria induzido em erro por se não integrarem afinal na mesma série. Veremos depois mais precisamente em que condições.

---

<sup>9</sup> Neste sentido CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Almedina, 1997, n.º 12, que afirma que a protecção do poder sugestivo da marca deriva da disciplina da concorrência, e não da disciplina específica da marca.

Mas justifica também que idêntica restrição se estenda a marcas semelhantes, e à aplicação de marcas idênticas ou semelhantes a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes. Da mesma maneira o consumidor comum poderia ser induzido em erro.

Há mesmo que admitir, na apreciação do grau de dissemelhança admissível, uma correlação inversa entre a identidade ou semelhança da marca e a identidade ou semelhança dos produtos ou serviços em causa. Se há identidade da marca, o grau de semelhança exigido nos produtos ou serviços a que a marca se aplica é menor. Mas se a semelhança das marcas é menos forte, aumenta proporcionalmente o grau de semelhança exigido nos produtos ou serviços a que se aplicam para que se possa falar de confusão.

Tudo isto cabe dentro do *princípio da especialidade*, fundamental neste domínio. A marca é atribuída para uma classe de produtos ou serviços. Mas a zona de defesa que lhe corresponde ultrapassa as utilizações da marca dentro da classe a que pertence, para evitar a indução do público em erro mesmo em relação a produtos ou serviços não compreendidos na mesma classe, mas cuja afinidade com aqueles a que a marca respeita teria a consequência de induzir o público em erro sobre a relação com a marca anterior.

Nem a *marca notoriamente conhecida*, tal como está prevista no art. 6 *bis* da Convenção da União de Paris (CUP), afecta o princípio da especialidade. Permite-se apenas a oposição a que seja registada marca que contrarie marca anterior não registada, mas notoriamente conhecida como pertencente a nacional doutro país da União. Faz-se excepção à necessidade de registo como condição de defesa da marca, mas não ao princípio da especialidade.

Os tempos recentes assistiram ao acento cada vez maior num outro aspecto: a susceptibilidade de a marca em causa sugerir uma *associação* entre ela e a marca alheia protegida. Neste sentido, o art. 193/1 *c* prevê expressamente como constitutivo do conceito de imitação da marca o “risco de associação com a marca anteriormente registada”. Alarga-se assim o âmbito de defesa da marca registada.

É uma preocupação que tem a sua razão de ser: porque também através da sugestão dum ligação entre as empresas se pode induzir o público em erro. Mas há que observar que o risco de associação,

previsto no art. 193/1, acresce à exigência de especialidade, contida na al. b: nada permite dispensá-la neste domínio.

O art. 16/3 ADPIC, ou TRIPS, dá um passo mais. Permite aplicar o art. 6 *bis* CUP mesmo em relação a produtos ou serviços que não sejam idênticos nem semelhantes àqueles para que uma marca foi registada, desde que se inculque uma relação entre esses produtos ou serviços e o titular da marca registada, e desde que isso prejudique os interesses do titular da marca registada.

Vai-se agora mais longe, porque já se abandona a exigência que os produtos ou serviços sejam idênticos ou semelhantes. Mas há que ser cuidadoso na demarcação do âmbito deste preceito. É claro que deste modo se abala o princípio da especialidade. Mas isto não significa que qualquer semelhança entre marcas baste para fundar a oposição, qualquer que seja o sector em que se situem: serviços de aviação em relação a herbicidas, por exemplo.

Não pode ser assim, porque há também um princípio da liberdade, fundado no interesse público e no interesse dos concorrentes, que conduz a afastar restrições injustificadas. O risco de associação tem de ser provado em concreto. Só quando houver circunstâncias que permitam afirmar que naquele caso se cria esse risco o preceito é invocável. E além disso, haverá ainda que demonstrar a lesão dos interesses do titular da marca registada, exigência que a lei não faz nos casos normais.

Haverá que ponderar devidamente estes aspectos, na transposição da regra para a ordem jurídica portuguesa.

Um último passo é dado com a recepção da **marca de prestígio**. Correspondeu-lhe na lei portuguesa a *marca de reputação ou prestígio internacional* (art. 193/2 CPI). É um acrescento infeliz que hoje perdeu todo o significado<sup>10</sup>, pois deve considerar-se equivalente à *marca de grande prestígio*, introduzida em 1995 (art. 191 CPI).

Segundo este art. 191, trata-se de marca anterior que goze de grande prestígio em Portugal ou na Comunidade, embora a marca registanda seja destinada a produtos ou serviços não semelhantes. É necessário ainda que o uso da marca posterior procure, sem justo

---

<sup>10</sup> Fora introduzida no CPI de 1940.

motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio daquela marca ou possa prejudicá-los.

Há agora duas diferenças. Por um lado, os pressupostos da marca de (grande) prestígio são bem mais exigentes que os da marca notória; por outro, além do requisito do prejuízo da marca de (grande) prestígio, admite-se ainda como requisito que o requerente tire partido indevido da marca de (grande) prestígio.

Este último elemento é pouco consentâneo com os princípios da marca. Esta protege o interesse geral, o público e o dos concorrentes; são-lhe indiferentes os merecimentos de quem a reclama. Aqui, parece que pelo contrário se faz um julgamento de quem reclama a marca (“tirar partido indevido”).

A marca de (grande) prestígio é uma excrescência, destinada a beneficiar apenas as grandes empresas. Acaba por dar a estas um acréscimo extraordinário de valor, porque lhes permite excluir todas as formas de uso daquela marca, mesmo que não estejam em concorrência com a marca de (grande) prestígio. O valor dessas marcas aumenta assim fabulosamente com a simples previsão legal. Ora, o mero facto de se trazer “prejuízo” à marca (quer dizer, restrição da vantagem possível) pode ser um argumento por si nos Estados Unidos da América, mas não o é nas ordens jurídicas do continente europeu.

Mas mesmo assim não se transforma a marca numa propriedade, como veremos de seguida. Nem um país como Portugal teria o menor interesse em fazê-lo.

Mas por agora, vamos limitar-nos a verificar quais são as consequências para a índole e regime da marca deste empolamento do âmbito.

#### **4. Conteúdo do direito e propriedade**

Que tipo de protecção confere a marca? Ou, o que será possivelmente a mesma coisa, qual o conteúdo do direito à marca, ou do direito do titular da marca?

O art. 167 CPI atribui-lhe “a propriedade e o exclusivo” da marca.

Sendo a marca seguramente um direito de exclusivo, há que saber o que acrescenta a referência à *propriedade*. Além de uma possível função enfática, exprimirá uma qualificação jurídica. Mas qualificar não é certamente função do legislador.

Achamos a qualificação errada, porque incompatível com a natureza dos direitos intelectuais. Não pretendemos porém revisitar o tema. Antes iremos mostrar que, no caso particular da marca, as faculdades atribuídas são incompatíveis já por si com esta qualificação.

O preceito nuclear neste domínio é o do art. 207 CPI, que confere ao titular o direito de impedir terceiros de usar, na sua actividade económica, qualquer sinal...

Parece claro que a primeira faculdade conferida, de carácter interno, é a de usar a marca: uma vez que este uso não é uma mera liberdade natural, é um direito. Para o exterior, surge a faculdade de impedir terceiros, que o preceito refere. A combinação destes dois elementos é própria dum direito de exclusivo. Ora, seguramente que a marca outorga um exclusivo. Refere-se ainda no final do preceito o risco da associação, que já encontramos.

Há todavia mais um elemento que não tem sido objecto de tanta atenção. Impede-se o uso de terceiros sem consentimento, “*na sua actividade económica...*”.

A frase surge em todos os instrumentos normativos internacionais, com as formulações próprias das várias línguas. Corresponde ao *im geschäftlichen Verkehr* alemão e ao uso *dans la vie des affaires* francês. O art. 5/1 da Directriz sobre marcas, na versão portuguesa, fala em “uso na vida comercial”. Portanto, a marca exclui a intervenção de terceiros no exercício de actividade económica. Mas isso significa também que fora da actividade económica já essa exclusão se não verifica.

Podemos dar logo exemplos. O meu bom gosto pode levar-me a decorar a minha moradia com a marca da McDonalds; ou a chamar à minha cadela Coca-Cola. Tudo isto está fora da actividade negocial. Consequentemente, tudo isto escapa do exclusivo outorgado pela marca.

E isto basta para demonstrar que não há nenhuma propriedade de marca. Se fosse propriedade, haveria uma atribuição exclusiva a

um só; todos os outros ficariam de fora. Mas como só há um exclusivo de uso em certas actividades, a explicação tem de ser outra. Há um exclusivo, mas não há propriedade. Fora da zona de exclusivo, o uso continua a ser livre.

Mas há que ir muito mais longe.

A qualificação como propriedade é *incompatível com o princípio da especialidade*.

Se o titular apenas tem o exclusivo da designação de certos produtos ou serviços, tudo o resto continua livre.

Por isso, marcas exactamente idênticas podem caber a titulares diferentes, desde que destinadas a produtos ou serviços diferentes. Seria impossível isto na propriedade, pois *duo in solidum*... Dizer que haveria uma *propriedade* da marca para tintas e outra para alimentos seria uma enormidade, pois significaria admitir uma *propriedade relativa*. Não há tal: a propriedade atinge por natureza a totalidade do objecto, não deixando espaço para nada que não se conjugue com ela em termos de compropriedade. Propriedades conflitantes sobre o mesmo objecto não se admitem.

O princípio da especialidade vigora com um largo âmbito, como vimos. Abrange mesmo as marcas notórias e aquelas situações em que se tem em conta o risco de associação. É abalado pelo art. 16/3 do ADPIC e sofre rejeição, condicionada embora, no respeitante às marcas de (grande) prestígio.

Tudo isto é muito importante para assegurar o necessário espaço de liberdade na vida social.

Se admitíssemos uma propriedade de marcas, teríamos uma consequência inadmissível: como estas podem ser nominativas e constituídas por uma palavra só, estaríamos a admitir um *monopólio sobre palavras*. Uma palavra teria sido apropriada por um interessado.

Mas não há monopólios de palavras. Toda a palavra é de livre utilização por todos. Podem-se outorgar exclusivos para certos tipos de utilização – e neste sentido, direitos relativos, pois só existem para aquelas finalidades. Mas a palavra em si não está apropriada.

Isto é em extremo importante, até porque ultrapassaria a, aliás extensíssima, protecção conferida pelo direito de autor. Este dá um exclusivo temporário. Mas o monopólio outorgado pela marca poderia ser perpétuo, mediante sucessivas renovações.

Não há tal. Há exclusivos, referidos a certas actividades. Mas não há propriedade de marcas <sup>11</sup>.

## 5. A liberdade de referências e os descritores

É tempo de regressar aos descritores ou *metatags*.

É ou não lícita a utilização de marcas alheias como descritores?

Já conhecemos grande parte da resposta. É possível, sempre que se não estiver no exercício de actividade económica.

Os sítios não comerciais ficam assim genericamente liberados na escolha dos descritores. Assim, uma fundação que não aja comercialmente pode fazê-lo com liberdade. Coincidam ou não com marcas conhecidas, pode recorrer a essas palavras. Fica sempre de fora o limite geral da chicana: mas, como limite geral, seria deslocado examiná-lo aqui.

Mas, mesmo na actividade comercial, que restrições há a esse uso?

Poderá um operador económico usar marcas alheias no próprio negócio, *se não trouxer indução em erro*.

Se houver duas marcas nominativas idênticas, o titular do sítio que for titular duma das marcas pode usá-la livremente.

Mas há que indagar ainda mais.

Posso usar como descritor uma marca a que não tenho direito *para conduzir a navegação* para o meu sítio comercial? Posso colocar a palavra Dior, sem autorização, se vendo realmente produtos Dior?

A questão atinge agora a máxima complexidade.

Sem dúvida que estou a usar a marca na minha actividade económica. Mas a questão está em saber se isso é que *é o uso da marca que a lei reserva ao titular*.

---

<sup>11</sup> Versámos esta matéria, justamente com referência aos descritores, no nosso *Hyperlinks, frames, metatags – a segunda geração de referências na Internet*, n.º 12, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, 199-218; in *Direito, Sociedade e Informática – Limites e perspectivas da vida digital*, Colecção Fundação Boiteux, Florianópolis, Nov. 2000, 135-147; e na *Revista da ABPI (São Paulo)*, n.º 49, Nov/Dez 2000, 22-30.

Supomos que o não é, por duas razões fundamentais:

- 1 – pelo princípio da liberdade de referências
- 2 – porque usar a marca é aplicá-la a produtos ou serviços.

Começemos pela primeira ordem de razões.

Há um princípio fundamental, que é o da manutenção da fluidez do diálogo social. Este deve ser preservado.

Ele engloba o *princípio da liberdade de referências*. Toda a referência verdadeira é livre, se não houver razão particular em contrário.

Os norte-americanos derivam este princípio da liberdade de expressão, que assenta na 1.<sup>a</sup> emenda à Constituição <sup>12</sup>. A restrição a essa liberdade é que tem de ser fundada.

Com este ou outro fundamento, devemos afirmar nas nossas ordens jurídicas o princípio da liberdade das referências verdadeiras. Estas são livres, salvo grave razão em contrário.

A questão é muito sentida na vida comercial. A defesa de posições estabelecidas levou a restringir a admissibilidade de afirmações alheias indesejadas, que nos respeitem, ainda que verdadeiras. É assim que o art. 260 c CPI considera constitutivas de concorrência desleal “as invocações ou referências não autorizadas de um nome, estabelecimento ou *marca* alheios”.

Trata-se de matéria de concorrência desleal, e não de direito da marca. Mas mesmo aí foi imposto um recuo. É assim que se admite hoje a *publicidade comparativa*, que supõe por natureza a referência, não particularmente agradável, a empresa alheia. E a proibição de referências tem de ser cuidadosamente delimitada, pois só pode vigorar quando houver razões particulares que levem a considerar essa referência como contrária às normas e usos honestos.

Este ponto expande-se em múltiplas direcções. Não pode deixar de ser livre fazer a estatística das vendas de marcas de televisores, ainda que com finalidades de negócio. Não podem ser proibidos os testes de qualidade. E assim por diante.

Um ponto muito importante, que acabou por prevalecer contra grandes resistências, foi o relativo à chamada *cláusula de reparação*.

---

<sup>12</sup> Veja-se a referência que fazemos a esta orientação em *Hyperlinks* cit., n.º 1.

Empresas que não as de origem fabricam sobressalentes, que se adaptam especificamente a determinados produtos de marca. Necessitam por isso de indicar quais as marcas com que são compatíveis. Mas as empresas de origem pretenderam proibir a referência. A questão acabou por ser resolvida na Comunidade Europeia de maneira a ficar preanunciada a liberdade da cláusula de reparação. A Directriz n.º 98/71/CE, de 13 de Outubro, contém uma disposição transitória, segundo a qual as disposições dos Estados-membros em matéria de cláusula de reparação apenas poderão ser modificadas quando o objectivo for a liberalização do mercado desses componentes (art. 14).

Voltemos aos *descritores*. Quando o titular do sítio comercial coloca descritores que mencionam as marcas que efectivamente comercializa, está exercendo uma liberdade natural, que aliás é útil aos internautas e ao funcionamento normal da Internet. Ele indica o que efectivamente é conteúdo do sítio. Nenhum ilícito lhe pode ser assacado, porque aquela utilização foi meramente referencial.

O que não pode é abusar da sua liberdade e chegar a qualquer dos muitos desvios gravosos que se podem verificar, e referimos já anteriormente. Não pode por exemplo apresentar-se como se fosse o titular da marca ou fazer-se passar por representante exclusivo. Não pode nomeadamente provocar confusão no público.

Resta ainda saber se, procedendo assim, violaria o direito à marca ou qualquer outro preceito. No caso acima apresentado, a situação seria de concorrência desleal. A confusão provocada caracterizaria esta.

Não haveria sequer cúmulo com violação do direito de marca, pelas razões que apresentamos a seguir.

## 6. O uso da marca

O outro aspecto fundamental consiste em saber o que é o “uso da marca”, que é reservado ao titular.

É líquido que é uso da marca a aposição ou utilização desta em produtos ou serviços.

Mas qualquer outra referência à marca na vida comercial significa *uso*?

A reprodução da marca em correspondência comercial é uso da marca?

Os autores germânicos fazem outra distinção, que é elucidativa. Distinguem consoante a utilização, em qualquer caso *im geschäftlichen Verkehr*, é ou não *markenmässig*, portanto uso como marca<sup>13</sup> ou não. Se não for *markenmässig* a doutrina divide-se perante a nova lei de marcas, havendo quem admita que aquela exigência se mantém como no direito antecedente, e quem considere que qualquer utilização do sinal correspondente à marca representaria violação da marca<sup>14</sup>.

Esta segunda orientação prolonga-se na relevância dada aos chamados *usos atípicos das marcas*. Seriam todos aqueles que se fizessem sem ser para caracterizar produtos ou serviços. A categoria é de encarar com grandes reservas. Pelo menos, sabemos já que não há qualquer monopólio numa invocação ou referência, porque o princípio é o da liberdade.

Assim, aquele que se declarar publicamente titular da marca e não a aplicar a produtos ou serviços não está a usar a marca.

Qual a posição da lei portuguesa sobre esta matéria?

Poderia pensar-se que as *previsões penais* acolhem um conceito alargado de uso da marca, como objecto de proibição<sup>15</sup>.

Mas não é assim, e antes resulta dos arts. 264 a 266 CPI que o uso reprovável da marca é sempre um uso fáctico, ligado à própria manipulação dos sinais. Actividades meramente jurídicas não constituem uso penalmente ilícito da marca.

---

<sup>13</sup> *Uso marcário*, se se admitisse o adjectivo, que se utiliza também em Espanha. No campo paralelo dos nomes de domínio Thomas Hoeren afasta completamente as referências a nomes da temática do direito de marcas e denominações, mesmo quando utilizadas como *Suchbegriffe*, se o uso não for "marcário": *Internetrecht*, Münster, 2002, § 4 II 2 c.

<sup>14</sup> Cfr. HUBMANN / GÖTTING, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6.ª ed., C.H. Beck, 1998, § 40 II 1 b. Sobre o carácter transbordante que a referência à utilização *dans la vie des affaires* toma no Benelux, cfr. M. NOGUEIRA SERENS, A "vulgarização" da marca na Directiva 89/104/CEE, separata Bol. Fac. Dir. Coimbra, Estudos em Homenagem a FERRER CORREIA, 1984, nt. 13, págs. 44-46.

<sup>15</sup> O art. 264 CPI tem mesmo por epígrafe: "Contrafacção, imitação e uso ilegal da marca".

Mais do que isso: aqueles preceitos tipificam condutas que são proibidas, mas não são necessariamente de violação da marca. Incluem-se também formas de manipulação referentes a marcas que não têm já nada que ver com a infracção do direito. Assim, o art. 264/1 *f* tipifica o acto de “usar a sua marca registada em produtos alheios, de modo a iludir o consumidor sobre a origem dos mesmos produtos”. Há um ilícito penal e não há nenhuma violação de marca. O que também demonstra que não poderíamos inferir o conceito de uso da marca a partir das previsões penais que se referem à marca.

Pelo contrário, são numerosos os elementos legais dos quais resulta que o uso relevante de marca é mesmo o uso como marca, portanto para caracterizar produtos ou serviços.

O art. 195 CPI prevê a “*Declaração de intenção de uso*”, sem a qual a marca se presumirá não usada. O uso que aqui se tem em vista só poderá ser o uso económico efectivo da marca.

O art. 215 CPI prevê a “*Preclusão por tolerância*”, no caso de o titular de marca registada ter tolerado o uso de uma marca registada posterior que a contraria pelo período de cinco anos... O uso que releva é só o uso fáctico efectivo, pois é esse que merece ser preservado perante a omissão do titular.

O art. 216/1 *a* CPI prevê a *caducidade da marca que não tiver sido objecto de uso sério* durante cinco anos consecutivos. “Uso da marca” é seguramente apenas o uso económico efectivo, substancial<sup>16</sup>.

Até o art. 193/2 CPI caracteriza como imitação ou usurpação parcial da marca o uso fáctico, apenas.

De tudo resulta que, para a lei, o uso da marca é a sua utilização efectiva, pois só esta satisfaz o objectivo de efectividade económica que a lei prossegue.

Que reacção é então permitida ao titular duma marca, se um terceiro falsamente se arroga a titularidade desta?

---

<sup>16</sup> Assim, reconhece CARLOS MERCURIALI, *Marcas e Internet*, [www.abogaciaenlinea.com.ar/marcas.htm](http://www.abogaciaenlinea.com.ar/marcas.htm), n.º 5, que a situação da marca estar disponível em rede não é justificativa válida para evitar a caducidade.

Começemos por referir o que respeita à *marca comum*, deixando a *marca de prestígio* para o número subsequente.

Além dos meios gerais, como a acção de simples apreciação, o titular tem os meios de reacção próprios do Direito Intelectual. Mas não há lesão da marca, consubstanciada no uso da marca alheia, porque a declaração não representa uso da marca.

O meio típico de reacção é a acção de *concorrência desleal*. Há um modo incorrecto de fazer concorrência, fundado no aproveitamento de elementos empresariais alheios: o enfeitar-se com penas alheias. Se o dissídio resultar de uma divergência de entendimento jurídico em que não há que reprovar a conduta do agente, em termos de não haver ilícito (subjectivo), não deixa de haver uma situação de desconformidade objectiva à ordem jurídica que permite ao titular da marca fazer cessar aquele uso e eliminar o estado de coisas desconforme objectivamente criado.

Apliquemos à nossa matéria dos descritores ou *metatags*. A utilização de marca alheia como descritor representa violação da marca?

Não representa em qualquer caso, porque não há uso de marca em sentido técnico.

Desde logo porque, como dissemos, a marca designa *séries, e não indivíduos*. A utilização como descritor cifra-se numa referência individual, que nem sequer representa para esse sítio um nome, e muito menos é uma marca. O descritor não é uma marca dum sítio porque refere um indivíduo e não uma série. Por isso, apor um descritor nunca poderia equivaler a usar uma marca ou violar a função distintiva desta.

Mesmo esquecendo este aspecto, continuaria a não haver uso da marca, por se estar apenas a referenciar produtos ou serviços. Está-se a dar uma indicação aos instrumentos de busca. O que nos coloca fora do domínio da violação da marca.

Não se segue daqui que não possa haver ilícito na utilização de descritores. Mas esse ilícito deverá ser combatido por outras vias, e não como violação de direito de marca.

Em geral, estará em condições de ser combatido como concorrência desleal.

Pode acarretar responsabilidades das empresas que programam os instrumentos de busca, quando estes foram predispostos de maneira a chegar a resultados falaciosos <sup>17</sup>.

Pode acarretar outras consequências próprias da Internet.  
Mas não representa violação de marca.

## 7. A marca de (grande) prestígio

Há que ver se estes princípios sofrem desvio perante as marcas de (grande) prestígio.

Vimos que com a marca de (grande) prestígio se alarga o círculo de protecção da marca, porque o titular pode invocar violação da marca mesmo quando não usada em produtos idênticos ou semelhantes – em todo o caso, com a reserva de que tal representa benefício indevido do agente ou prejuízo possível do titular da marca (art. 191 CPI).

Transformou isso a marca em *propriedade*? Já vimos que não. A função da marca continua a ser distintiva. Permite-se a protecção para além do risco da indução em erro; permite-se mesmo para além da possível relação de concorrência entre titular de marca e agente. Mas continua a não haver propriedade da marca. O que ao titular da marca cabe ainda se compreende dentro da repercussão exterior do exclusivo.

Por isso, tudo o que dissemos das meras referências se aplica tal qual. Seja a marca de (grande) prestígio ou não, em nada fica atingido o princípio da liberdade de referências, emanação da liberdade do diálogo social. Toda a referência a marca de (grande) prestígio é tão livre como a qualquer outra marca.

---

<sup>17</sup> Parece-nos desajustado recorrer ao Direito da Publicidade, invocando-se aqui a *publicidade oculta*. Não há uma mensagem promocional; a finalidade referencial é claramente prevalente. É verdade que os autores germânicos têm de publicidade uma noção amplíssima, que a faz abranger os rótulos e as bulas dos medicamentos, mas não cremos que deva ser acolhida entre nós. Se toda a informação dada no âmbito comercial fosse publicidade, então até o seria a advertência imposta nas embalagens de cigarros, de que o tabaco provoca o cancro!

Aliás, o art. 191 CPI, que é a sede desta matéria no ordenamento português, pressupõe expressamente que o uso da marca posterior procure... O uso da marca é no CPI, como já vimos, o uso como marca. Nada afasta neste caso o entendimento específico que foi dado em geral.

Onde se situa então a especificidade da marca de (grande) prestígio?

Antes de mais, na circunstância de poder surgir conflito com o titular da marca *fora de toda a relação de concorrência*.

Vimos que nas marcas comuns poderia surgir o conflito resultante de haver referências não autorizadas a marcas alheias, que violassem as normas e usos honestos. A pauta de solução encontrava-se na concorrência desleal, porque a afinidade dos produtos ou serviços permitiria supor sempre a relação de concorrência entre os operadores implicados.

Mas no caso da marca de (grande) prestígio já essa relação pode não existir. O titular pode em absoluto opor-se ao uso da marca, mesmo por operador não concorrente. *Quid iuris*, se há uma referência não autorizada a marca de (grande) prestígio por um não concorrente?

Na realidade, o problema surge também perante a situação prevista no art. 16/3 ADPIC, uma vez que do mesmo modo se admite que os produtos ou serviços não sejam semelhantes. Vamos porém concentrar-nos no caso da marca de (grande) prestígio porque, sendo mais caracterizado, permite abordar todos os aspectos que seriam relevantes no caso previsto no ADPIC.

Temos evidentemente de supor no caso concreto a existência de *circunstâncias qualificativas* que tornariam as referências inadmissíveis, se houvesse concorrência desleal. Como dissemos, a referência não autorizada só em casos particularmente graves é base para a concorrência desleal.

Tomemos uma referência publicitária que seja considerada desairosa para marca de (grande) prestígio. A marca de carro de luxo misturada com produtos de higiene, ou a marca de jóias em publicidade pornográfica.

Não há que falar então em regras de concorrência, pois não há nexo de concorrência entre estes operadores.

Só haverá um fundamento para a pretensão do titular da marca de (grande) prestígio: a defesa do bom nome (que não é defesa de direito industrial). E que será possivelmente de êxito duvidoso. Mas não tem em qualquer caso que ver com o direito à marca.

Pode supor-se também a *maledicência* sobre a marca de (grande) prestígio. Mas então, não havendo laço de concorrência, a situação é exactamente a mesma, quer provenha de um operador no mercado, quer de outra entidade qualquer<sup>18</sup>.

Invoca-se em abono da protecção da marca de grande prestígio o perigo de *diluição* da marca, que resultaria da perda do seu prestígio pelo excesso de utilizações que fossem feitas. Ainda que o argumento fosse verdadeiro, não teria aqui relevância. A diluição explicaria o âmbito conferido ao poder de exclusão dos usos da marca, mas não colocaria o titular em posição diferente da do titular de marca comum, perante agressões de terceiros de que fosse vítima.

Em conclusão: não encontramos, pelo facto de a marca ser de (grande) prestígio, razão para a colocar numa posição diferente da que cabe ao comum das marcas em relação a referências de terceiros. Se não há uma relação de concorrência, o titular só poderá recorrer aos instrumentos jurídicos comuns. A previsão das marcas de grande prestígio, que pode ser considerada excepcional, só autoriza os efeitos jurídicos previstos no art. 191 CPI.

Nomeadamente, não altera em nada o que se disse sobre os chamados “usos atípicos das marcas”.

Isto significa que a extensão de protecção da marca de (grande) prestígio operada pelo art. 191 CPI apenas tem os efeitos aí especificados. Permite, nas condições previstas, a oposição a marca posterior, mesmo que não referente a produtos idênticos ou semelhantes. Não tem nenhuns outros efeitos, porque nenhuns outros a lei contempla. Não permite, nomeadamente, a oposição a qualquer uso da marca célebre que não seja uso como marca; até porque a protecção fora do

---

<sup>18</sup> Note-se que em muitos casos a referência não autorizada representa ainda concorrência desleal; não porém em relação ao titular da marca de (grande) prestígio, mas aos concorrentes do ramo. O operador que se pretende apresentar recomendado por titular de marca de (grande) prestígio, sem o ser, faz concorrência desleal aos outros operadores do sector.

princípio da especialidade da marca célebre é excepcional, pelo que nunca sustentaria a produção doutros efeitos de direito além dos previstos.

Resta aplicar quanto dissemos à utilização de marca de (grande) prestígio como descritor ou *metatag*.

Se a mera referência não representa uso da marca, muito menos o representa a utilização como descritor. Neste caso nem há uma *manifestação perceptível para os sentidos*, mas uma instrução ditada à máquina, no caso o instrumento de busca.

O Direito das Marcas não permite atingir estas situações. E não há institutos próprios do Direito da Internet que as abranjam, porque os descritores nem sequer são objecto de contemplação legal.

Neste aspecto, a marca de (grande) prestígio está na mesma posição que qualquer outra, porque a sua relevância legal se limita ao uso como marca, e a nenhum aspecto mais.

Assim sendo, ou há instrumentos gerais do Direito que permitam considerar ilícita uma espécie de utilização da marca como descritor, ou ela terá de ser considerada genericamente admissível na ordem jurídica portuguesa.

# SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO  
Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito de Coimbra

## 1. Direito do consumidor

Parece adequado abrir uma nota prévia, no início deste trabalho, para justificar, ainda que em termos breves, a opção pela terminologia *direito do consumidor*, em vez de direito do consumo, sendo certo que tem sido esta última, contudo, a expressão mais utilizada em Portugal.

Cremos no entanto ser preferível falar de *direito do consumidor*, definindo-o como o *conjunto de princípios e regras destinadas à protecção do consumidor*.

Com efeito, não é o *consumo*, enquanto tal, que é visado pelas regras que constituem este novo ramo do direito. Verdaderamente do que se trata é de disciplinar a *produção* e a *distribuição* de bens, assim como a *prestação* de serviços, *tendo em vista a defesa do consumidor* – seria então mais adequado falar de direito da produção... ou de direito da distribuição ... se estas expressões não tivessem já um significado próprio, diferente, abarcando um outro tipo de relações, a montante das relações de consumo. Em si mesmo, pois, *o consumo não é disciplinado* – é sobre o produtor, sobre o prestador de serviços e o distribuidor de bens que recaem obrigações de vários tipos em ordem à defesa do consumidor. Parece, assim, mais apropriado e consentâneo com a finalidade deste ramo do direito falar de *direito do consumidor*!

Repare-se, por outro lado, que se é esta a designação mais adequada do ponto de vista da *ratio* e *finalidade* do direito do consumidor, é ela, também, a mais adequada do ponto de vista *constitucional*: basta atentar, entre outros, nos arts. 60.º, 81.º e 99.º da Constituição para ver que é a *protecção do consumidor* e a defesa dos direitos deste que constituem a preocupação expressa na lei fundamental.

Justamente por isso, na sequência e em conformidade com a perspectiva constitucional, quer a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, quer a actual, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, são *leis de defesa do consumidor*. E é também esta a perspectiva *comunitária*: cfr. título XI, art. 129-A, do Tratado da União Europeia, dedicado precisamente à “*defesa dos consumidores*”.

Acresce ser igualmente esta a atitude que se afigura mais adequada do ponto de vista *institucional*. Atente-se que o organismo público que define e actua a política da defesa do consumidor tem o nome de *Instituto do Consumidor*.

Por último, sentimo-nos confortados por ser esta – *direito do consumidor* – a expressão pacificamente utilizada no Brasil (onde existe, aliás, desde 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor), assim como é esta a expressão corrente em língua alemã (*Verbraucherrecht* ou *Verbraucherschutzrecht*) e em língua inglesa (*consumer law*), diferente da terminologia francesa (*droit de la consommation*), apesar de também aqui se entender que “le droit de la consommation (...) *c'est un droit du consommateur, plus que de la consommation*” (Jean Beauchard).

Trata-se, aliás, de um aspecto sublinhado em regra pela doutrina da especialidade (quer de língua francófona, como Jean Calais-Auloy ou Thierry Bourgoignie, quer de língua portuguesa, como Carlos Ferreira de Almeida ou Calvão da Silva). Parece-nos a nós, em coerência, e por todas as razões sumariamente apontadas, ser preferível falar de *direito do consumidor*, como temos feito no nosso ensino. É a postura mais correcta, designadamente por razões de ordem teleológica, constitucional e institucional, sendo ainda largamente confortada pelo direito comparado.

## 2. Sequência

Esclarecido este aspecto, a nossa exposição sobre o direito do consumidor em Portugal irá observar três fases ou momentos: olharemos para o *passado*, atentaremos no *presente* e perspectivaremos o *futuro*.

Na transição do presente para o futuro ocupará um lugar especial o *Código do Consumidor*. Decorrem entre nós os trabalhos de preparação deste diploma – cremos que o futuro apontará nesta direcção. Por isso daremos especial desenvolvimento e realce a esta vertente do direito do consumidor.

Servir-nos-emos, na presente exposição, em grande medida, de outras intervenções que temos feito sobre o mesmo tema, seja em Portugal, seja no Brasil, em Espanha, em França ou na Alemanha. Mas sempre dentro de um estilo simples e corrido. Em outra oportunidade aprofundaremos melhor certos aspectos e problemas.

Dissemos que ocupará um lugar central o Código do Consumidor, melhor, daremos conta das razões por que decorrem entre nós os trabalhos de preparação do dito Código, assim como ponderaremos as vantagens e inconvenientes do recurso a um Código. Cremos que é este, no momento presente, o aspecto fundamental do direito do consumidor, o problema mais importante e actual a considerar: passará a *defesa do consumidor*, no plano legislativo, pela consagração de um *Código*?

É esta pergunta nuclear que colocamos no centro do debate. Mas antes de lhe respondermos, antes de equacionarmos os argumentos, pró e contra, que servem de base à nossa reflexão, convém *situar o problema*, até para percebermos que este, o *problema* a que o Código virá dar *resposta*, é ele próprio já uma *resposta*, no plano do *direito constituído*, a inúmeros problemas que *careciam* dessa resposta do ordenamento jurídico.

Por outras palavras, para bem compreendermos a *importância e o lugar* do Código, haverá que fazer, antes de tudo, um *enquadramento do problema*, ainda que breve, a fim de *situarmos* o consumidor no *contexto da ordem jurídica* e vermos até que ponto esta *carece* de um novo Código. A ser aprovado, ele constituirá um passo importante de um *processo* que começou há muito.

### 3. Linha de evolução

Efectivamente, para se compreender a *resposta*, qualquer resposta, tem, antes de tudo, de se pôr o *problema*, de saber *como, quando e porque* é que surgiu o problema – assim como se terá de analisar se a *resposta* entretanto encontrada não envolverá, ela própria, *um outro* (novo) *problema*. Estamos a pensar que este segundo problema surgiu (ou foi agravado) com a *imensa legislação avulsa* que foi sendo publicada em resposta ao primeiro problema. E que a solução, *hoje*, passa pelo Código do Consumidor. Mas vejamos antes de mais, a traço grosso, qual o caminho já percorrido.

Com tudo o que de artificial, simplista e redutor pode encerrar a divisão do processo por fases, diria, ainda assim, que o tema da protecção do consumidor se pode equacionar em *três momentos*: numa primeira fase, avulta a *denúncia* da situação de debilidade do consumidor, enquanto *vítima indefesa da sociedade de consumo*; num segundo momento, é o *direito do consumidor* que desponta, em resultado da imensa legislação que prolifera e da reflexão que a doutrina lhe vai dedicando; por último, no momento actual, é a um *código* que se apela, como que a *coroar* todo este movimento e a reconhecer ao direito do consumidor a *maioridade* e a *autonomia* que uma codificação requerem.

Escusado será dizer que estas fases não são estanques; e que a aprovação de um código do consumidor contribuirá imenso para a consolidação deste novo *ramo* do direito e para a sua *dignificação* – assim como a divulgação do direito do consumidor e o seu aprofundamento no plano científico e dogmático *facilitarão* consideravelmente a elaboração do código.

Feita esta advertência, e percorrendo, ainda que a passo rápido, a história do movimento dito “consumerista”, a primeira fase, como referi há pouco, é de *denúncia* da situação do consumidor, é de *alerta* para os perigos, riscos e abusos a que ele está exposto, coenvolvendo essa denúncia, frequentemente, uma generalizada crítica à *sociedade de consumo*.

#### 4. O passado

Isto não impede que se possa dizer inserir-se o tema da defesa do consumidor *na linha da evolução do direito civil* no século XX, que ele faz parte dessa mesma evolução e está em sintonia com a dimensão de *justiça social e materialmente fundada* que perpassa por todo o direito civil contemporâneo.

Estas preocupações de *justiça material* e de *solidariedade social* estão bem patentes, aliás, no direito civil português, “maxime” no Código de 66, que generosamente acolhe o princípio da boa fé, proíbe o abuso do direito e os negócios usurários, dá relevo à alteração anormal das circunstâncias, prevê a responsabilidade civil independente de culpa, etc.

Por outras palavras, o Código consagrou princípios e regras susceptíveis de corrigir desequilíbrios, impedir abusos, promover a correcção e lealdade nas relações contratuais, impor deveres, fomentar a segurança e encontrar outros fundamentos para a responsabilidade civil. O que releva também, e até de modo muito especial, para a defesa do consumidor.

Simplemente ... a vida não é estanque. De 1966 para cá acentuaram-se consideravelmente as situações de desequilíbrio, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve necessidade de intervir legislativamente, perante a *insuficiência e/ou inadequação* das soluções tradicionais.

#### 5. O presente

Pensemos, entre tantos outros exemplos, nos *contratos de adesão*, nos contratos celebrados com base em *cláusulas contratuais gerais*. Perante este *novo modelo contratual*, em face deste *novo modo de celebração* de contratos, bem distinto do *modelo negociado tradicional*, havia que intervir, para enfrentar problemas específicos ao nível da formação do contrato, do conteúdo das cláusulas predispostas e dos meios de reacção, *maxime* judicial. Daí o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (entretanto modificado, em 1995 e em 1999, por força da

Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril), que consagrou especiais deveres de comunicação e de informação, proibiu cláusulas abusivas e consagrou uma importante acção judicial de índole preventiva, a acção inibitória.

Pensemos, igualmente, na problemática da responsabilidade do produtor pelos danos causados pelos defeitos dos produtos que põe em circulação. Perante a dificuldade e inadequação da via extracontratual – com o pesado encargo do ónus da prova a cargo do lesado –, e pese embora as bem intencionadas e engenhosas tentativas para responsabilizar o produtor pela via contratual (apesar de não ser parte no contrato pelo qual o consumidor adquiriu o bem), houve que intervir legislativamente, consagrando a responsabilidade pelo risco do produtor, ou seja, independentemente de culpa sua. Na sequência da Directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho, foi entre nós publicado o Decreto-Lei n.º 383/89, de 16 de Novembro, a fim de transpor essa Directiva.

Pensemos, ainda, na legislação relativa ao crédito ao consumo. Perante a nova filosofia de vida da actualidade, que parece obedecer ao lema “compre primeiro e pague depois”, “goze já férias e só mais tarde pensará em pagá-las” – bem oposto à mentalidade tradicional, em que as pessoas poupavam primeiro para poderem adquirir os bens ou serviços de que careciam –, perante a nova filosofia de vida, dizia, em que o apelo ao consumo e a facilidade de crédito são incessantes, havia que disciplinar o contrato de concessão de crédito. O que foi feito pelo Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que transpôs a Directiva 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de Novembro, entretanto alterada. Subsiste, todavia, uma lacuna no ordenamento jurídico português, relativa ao sobreendividamento do consumidor.

Tudo isto sem esquecer as novas modalidades de técnicas de venda, desde a venda ao domicílio aos modernos contratos à distância, designadamente os celebrados por via electrónica.

Eis, em suma, uma série de novos problemas em múltiplos domínios, a impor a necessidade de consagrar novas regras, tendo designadamente em conta a necessidade de *proteger o consumidor*. É certo que esta preocupação vem *na linha* de preocupações mais antigas, como as de *proteger os mais fracos*, a *parte débil* da relação contratual, e de zelar pela *segurança* das pessoas. Mas com a “sociedade de consumo” dos nossos dias tornou-se imperioso reagir *de modo específico* e *organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo

por *denominador comum* a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é *vítima* de tais práticas ou técnicas, de quem está *à mercê*, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização económica da sociedade.

Assistiu-se, assim, por todo o lado, ao aparecimento, que não cessa de crescer, de legislação *avulsa*, de legislação *especial*. Legislação esta que, além de ficar *fora do Código Civil*, dificilmente se poderá qualificar, em muitos casos, de *direito civil* “tout court”, relevando, antes, a sua natureza *pluridisciplinar*.

Mas a especial sensibilização pelos problemas dos consumidores levou, mesmo, a que os direitos destes tivessem sido reconhecidos ao mais alto nível, acabando por ser acolhidos na própria *Constituição da República Portuguesa*.

Com efeito, a Constituição de 1976 colocou a *protecção do consumidor* entre as “*incumbências prioritárias do Estado*” português (art. 81.º). E com as revisões constitucionais de 1982 e de 1989 os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de *direitos fundamentais*. O n.º 1 do art. 60.º da Constituição estabelece que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. O n.º 2 do mesmo art. 60.º proíbe a publicidade oculta, indirecta ou dolosa. E o n.º 3 consagra direitos das associações de consumidores, tendo-lhes acabado de ser reconhecida, após a revisão constitucional de 1997, “legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”. Por último, também o art. 99.º da Constituição coloca a protecção dos consumidores entre os objectivos da política comercial.

Em conformidade com o *imperativo constitucional* de protecção do consumidor, foi publicada em Portugal, logo em 1981, uma importante *Lei de defesa do consumidor*: a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto. Nela se estabeleceram os direitos dos consumidores e os direitos das associações de consumidores, bem como as regras e os princípios por que se havia de concretizar a defesa desses direitos. Tratou-se de uma lei-quadro que foi sendo actuada através de muitas outras leis, algumas das quais, ao mesmo tempo, foram transpondo para o direito português as correspondentes directivas da Comunidade Europeia: sobre cláusulas abusivas,

serviços públicos essenciais, publicidade, time sharing, responsabilidade do produtor, crédito ao consumo, vendas ao domicílio, viagens turísticas, etc, etc, etc.

A Lei n.º 29/81 foi entretanto *revogada e substituída*, em 1996, pela actual *Lei n.º 24/96*, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”. Continuamos na presença de uma lei-quadro, embora mais desenvolvida do que a primeira, que passa a ser a *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos.

## 6. O futuro

A legislação entretanto publicada na área do consumo – em decorrência do postulado constitucional, da lei-quadro e das várias directivas da Comunidade Europeia em prol do consumidor – tem sido *imensa*. Infelizmente, porém, nem sempre à *law in the books* tem correspondido a *law in action*! E isto, muitas vezes, por deficiências do próprio sistema legal, a começar pela *proliferação legislativa* a que se tem assistido, a qual apresenta inconvenientes vários, desde logo pela *dispersão e falta de unidade* de que dá mostra. Essa uma das razões por que decorrem em Portugal, como disse, os trabalhos de elaboração de um *Código do Consumidor*.

Na verdade, existe em Portugal, desde 1996, uma *Comissão* encarregada da *reforma do direito do consumo* e da *elaboração do Código do Consumidor*. Se os nossos trabalhos chegarem a bom porto, como esperamos, Portugal virá a dar, num futuro muito próximo, um passo semelhante ao que outros países já deram: o Brasil, com a Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990; a França, com a Lei n.º 93-349, de 26 de Julho de 1993; e a Bélgica, se bem que neste caso não tenham sido ainda aprovadas as propostas da Comissão belga, entregues em finais de 1995.

É discutível, sem dúvida, a existência de um Código do Consumidor; acresce tratar-se de uma tarefa muito complexa e delicada, numa área ainda jovem e em constante movimento. Mas há vantagens que

justificam esse Código. Direi, muito abreviadamente, que a aprovação de um Código do Consumidor que *unifique, sistematize e racionalize* o direito do consumidor compensará tais inconvenientes.

Ao dizer isto, não estou a pensar num simples *código-compilação*, à semelhança do que acabou – para já, pelo menos – por vingar em França, traduzido numa mera *recolha* do direito do consumidor já existente, pese embora tivesse sido outra a proposta da Comissão francesa.

Está hoje em voga este modelo de codificação (mas as suas raízes remontam já a tempos bem recuados), contraposto ao que pode chamar-se de *código-inovação*, isto é, ao código que inova, que introduz modificações na área jurídica a que respeita. Não se negam, como é evidente, as vantagens que decorrem dos códigos-compilações, designadamente pela *reunião*, num só diploma, da legislação avulsa existente em determinado sector, com o que se combate a *dispersão* e se facilita o acesso ao *conhecimento* do direito.

Mas essa é apenas *uma* das vantagens que apresenta a elaboração de um código. Importante, sem dúvida, de um ponto de vista da *facilidade de consulta* que assim se possibilita, em *benefício* de todos, do consumidor, do tribunal e dos próprios profissionais. Mas que *deixa de fora* uma outra vantagem, da maior importância, pois a elaboração de um código permite *intervir normativamente* na realidade jurídica existente, *eliminando* disposições repetidas ou supérfluas, *integrando* lacunas, *superando* incoerências ou deficiências e *inovando* sempre que necessário. Numa palavra, é a possibilidade de *reforma* da legislação existente que uma mera compilação *deixa de fora*.

Ora, a Comissão a que presido visa a *reforma* do direito do consumidor. Essa reforma far-se-á *no código e com o código*, através de um trabalho *sistematicamente* ordenado, *unitário e coerente*. A tarefa exige que se *repense* o material legislativo existente, se *aproveite* o que valer a pena, se *elimine* o que se mostre supérfluo ou inconveniente, se *colmatem* lacunas e se *inove* onde se justifique. Foi esse o mandato que nos foi confiado e é esse o horizonte das nossas preocupações. Espero, como já disse em outras ocasiões, que o Código venha a ser a *matriz* e o *rostro* do direito do consumidor.

## 7. Razão de ser do Código do Consumidor

*Mas justificar-se-á a elaboração de um Código?* A pergunta tem sentido. Apesar disso, convirá, à partida, situar correctamente o problema, até porque alguns dos argumentos aparentemente contrários não resistem a uma análise séria e acabam por reverter a favor da codificação.

Como já dissemos em outra ocasião, a época dos grandes códigos, da intenção de o legislador reformar o mundo através da lei, sob a forma precípua do código, parece efectivamente ter passado.

A *ideia de codificação*, como se sabe, foi uma ideia genuinamente moderna, enquanto instrumento com que o Homem novo, liberto enfim das peias do *ancien régime* e das limitações da antiga ordem teocrática e aristocrática, se preparava para reformar o mundo. E foi por isso que se lhe opuseram os defensores de uma concepção do direito como genuíno produto cultural, emanação do “espírito do povo” (*Volksggeist*), e não como instrumento do Estado para reformar a sociedade. A codificação moderna do direito privado ocorreu na generalidade dos países da Europa continental no século XIX.

Hoje, contudo, fala-se de *descodificação*, de intervenções legislativas sectoriais e da emanação de leis avulsas. Vivemos na *età della decodificazione*, para usar o famoso título da obra de IRTI. Esta “descodificação” deve, porém, ser entendida no seu verdadeiro sentido. Ultrapassada parece estar, sim, a época dos grandes códigos do direito privado, obras-primas do trabalho de gerações de juristas e, depois de publicados, verdadeiras instituições fundantes da sociedade civil (recorde-se o dito de Napoleão: “a minha glória não é ter ganho quarenta batalhas; o que viverá eternamente, o que nada destruirá, é o meu *Code Civil*”).

Em todo o caso, ainda não há muito, em 1 de Janeiro de 1992, entraram em vigor vários livros do *novo* Código Civil holandês; e com uma particularidade importante: o novo Código Civil da Holanda optou por *incluir no seu seio o direito do consumidor*. Aí temos, pois, um exemplo recente de *codificação* do direito do consumidor, num código de âmbito mais lato, o novo Código Civil holandês. Na Alemanha, por sua vez, bem recentemente, inseriu-se no BGB a noção de consumidor, ao mesmo tempo que aí se consagrou o regime de vários problemas de direito do consumidor, através da lei de 27 de Junho de 2000. E os

esforços que de alguns lados vêm sendo feitos no sentido de um *Código Civil Europeu* mostram que a própria codificação não é algo que deva ter-se por completamente ultrapassado, como a esse propósito realça o Professor Hondius. Também a ideia de um *Código Europeu do Consumo* vem sendo defendida, como nos dá conta Jean Calais-Auloy e é disso testemunho o Colóquio de Lyon em 1997. E há já mesmo quem fale, hoje, de *recodificação*.

De todo o modo, concordo com a ideia de que a época é de descodificação, no sentido de que deve haver *leis e codificações sectoriais* para cada área institucional com necessidades *específicas*. É o que vem sucedendo em vários sectores, no domínio do direito de autor, do direito da propriedade industrial e do direito da falência, por exemplo, e é o que também me parece correcto fazer no tocante ao *direito do consumidor*. Esse passo foi aliás já concretizado no Brasil e em França, se bem que, neste último caso, o “Code de la Consommation” tenha ficado muito aquém das propostas que a respectiva Comissão havia apresentado; e é um passo ensaiado na Bélgica, cuja Comissão formulou uma proposta nesse sentido, a culminar um profundo trabalho de cerca de oito anos.

Se a proclamada “descodificação” não prejudica, pois, a ideia do Código do Consumidor – antes a reforça, na medida em que do que se trata é de aprovar *códigos sectoriais*, como este de que estamos a falar –, outras dificuldades surgem, contudo.

Assim, poder-se-á argumentar com a eventual *fractura* no direito civil, provocada pelo Código do Consumidor. Nesta linha, dir-se-á que a unidade é *quebrada* e que relações hoje pertencentes ao direito civil e reguladas pelo Código Civil passarão a ser objecto de um outro ramo do direito e de um novo diploma legislativo.

Nesta ordem de ideias, acrescentar-se-á, porventura, que a mesma relação jurídica será disciplinada por um ou outro Código consoante a *qualidade* em que intervém o particular, se como consumidor ou não.

Por outro lado, poder-se-á ainda objectar com a dificuldade em *definir* o consumidor e, principalmente, com a inconveniência ou, até, a impossibilidade de delimitar o âmbito do Código ou de o fazer em função da *protecção do consumidor*, “tout court”.

Acabamos de abordar alguns dos problemas mais debatidos e mais complexos do direito do consumidor, que põem em causa a própria autonomia de um novo ramo do direito.

Mas atente-se que tais problemas não têm propriamente que ver com a elaboração do Código do Consumidor. *Eles existem já hoje, são independentes do Código*, na medida em que *há legislação que retira do Código Civil certas relações: as chamadas, precisamente, relações de consumo.*

Com Código do Consumidor ou não, a disciplina das cláusulas contratuais gerais consta de *diploma avulso*, o mesmo sucedendo, entre tantos outros exemplos, com a responsabilidade civil do produtor, as viagens organizadas, as vendas ao domicílio e por correspondência, o crédito ao consumo, o direito de habitação periódica, etc, etc. O que significa que problemas que teriam de ser encarados segundo o Código Civil (ou de acordo com o Código Comercial) são hoje objecto de *legislação especial*. A alegada *fractura*, a existir, *existe já, não será o Código do Consumidor a criá-la*. Mas essa *fractura* foi inevitável, como mostrámos, e pode mesmo acrescentar-se que *vem na linha da evolução do direito civil português*, “maxime” no que tem a ver com a dimensão de *justiça social* nele introduzida, e de que o Código de 66 é exemplo bem elucidativo.

Também não será com o Código do Consumidor que surgirá o “*inconveniente*” de a mesma relação jurídica – a relação de compra e venda, por ex. – passar a ser disciplinada por um ou outro Código, o Civil ou o do Consumidor, consoante a qualidade em que nela intervém o particular. Tal inconveniente existe *desde o momento em que há legislação especial aplicável às relações de consumo*. Observe-se, por outro lado, que a situação é paralela, por ex., à da compra e venda comercial e que o critério da *qualidade* dos sujeitos está também presente na distinção – clássica – direito público/direito privado. Não se vê, pois, que o facto de se *reservar* a aplicação das (ou de *algumas* das) normas do direito do consumidor às relações em que o particular intervém em tal qualidade seja algo de estranho ou de singular na ordem jurídica portuguesa.

Que dizer do passo que certos direitos vêm dando ao inserirem disposições do direito do consumidor no Código Civil? Além de outros possíveis inconvenientes – eventual quebra da estrutura do Código e sérios riscos de incoerência sistemática e de falta de harmonia, tratando-se de Códigos feitos no passado, com uma filosofia própria –, teriam de ficar *fora do Código Civil* aspectos fundamentais do regime jurídico

da defesa do consumidor, designadamente os que sejam de índole processual, penal, administrativa, etc. Ora a um direito *pluridisciplinar* terá de corresponder, parece-nos, um *novo Código*, que possa ele próprio incluir normas de índole *pluridisciplinar*. A não ser assim, o direito do consumidor continuará a ser uma manta de retalhos, dispersando-se por vários códigos, em prejuízo da sua unidade e identidade. O Código do Consumidor terá pois a vantagem, além do mais, de *concentrar* toda a disciplina relevante nesta sede, independentemente da natureza civil ou comercial, penal, administrativa ou processual das suas normas.

O que acabamos de dizer não significa que defendamos a *delimitação* do âmbito do Código em função do consumidor. Pelo contrário, entendemos que são de incluir no Código todas as matérias que pacificamente se vem aceitando fazerem parte deste novo ramo do direito, *ainda que não tenham por destinatário exclusivo o consumidor em sentido técnico*. Haja em vista, por exemplo, a legislação sobre a publicidade, a responsabilidade do produtor, a segurança dos produtos, as cláusulas contratuais gerais ou os serviços públicos essenciais – tratando-se de temas *emblemáticos* da “cruzada” da defesa do consumidor, a verdade é que tais diplomas legislativos *não delimitam o seu âmbito de aplicação em função do consumidor*, ainda que este possa beneficiar, em alguns casos, de uma tutela *acrescida* (como sucede, por ex., nos domínios das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade do produtor e dos serviços públicos essenciais).

Por isso concordamos com Mário Tenreiro quando defende ser este um código *autour du consommateur*, mais do que um Código, pura e simplesmente, de defesa do consumidor. Tal como o direito comercial é hoje, recordando Orlando de Carvalho, um “*direito da empresa ou à volta das empresas*”, também o direito do consumidor é um direito *em torno do consumidor*, um direito – e um Código – cujo *referente fundamental* é o consumidor, mesmo que acolha no seu seio *outras pessoas*, mesmo que destinatário das medidas de protecção que consagra não seja – ou não seja apenas – o consumidor em *sentido técnico*.

Daí que talvez não se justifique incluir, sequer, uma *noção* de consumidor, a não ser para determinar o âmbito de aplicação de certas normas, quando ele se circunscrever ao consumidor. Mas mesmo assim sempre poderá recordar-se que *omnis definitio periculosa est* e que tal tarefa deve ficar para a doutrina e a jurisprudência.

É certo que é este um ramo de direito *jovem*. Um ramo de direito que deve ser objecto de investigação científica e de reflexão crítica. Que deve *entrar* na Universidade e discutir-se nos bancos da Escola. A este respeito, ainda que “en passant”, sempre direi, pelo meu lado, que com o Centro de Direito do Consumo a Faculdade de Direito de Coimbra deu um passo importante, passando a ter, desde 1998/99, um Curso de pós-graduação em Direito do Consumidor. E posso acrescentar que o *entusiasmo* tem sido grande. Assim como passámos a ter na Faculdade uma publicação periódica específica sobre esta nova problemática: precisamente, os “Estudos de Direito do Consumidor”.

Por outro lado, é este um direito que regula problemas muito actuais e é objecto de uma evolução permanente e de uma actuação constante por parte da Comunidade Europeia. Dir-se-á, numa palavra, que os problemas ainda não estão suficientemente *delimitados* nem as soluções convenientemente *amadurecidas* para poderem ser *enclausuradas* num código, num diploma que carece de *estabilidade*.

São objecções pertinentes. Mas são objecções cujo alcance é parcialmente atenuado pelo facto de a *legislação avulsa* existir, ser imensa, e em alguns casos gozar já de uma relativa estabilidade.

São objecções, por outro lado, que, em vez de deporem decisivamente contra o Código, poderão, ao invés, em certos casos, *justificar* a elaboração deste diploma. Estamos a pensar, por exemplo, que a inclusão no Código de soluções normativas que constam, actualmente, de legislação avulsa, contribuirá para a indispensável e desejável *estabilidade legislativa*, atribuirá a este direito uma maior *dignidade* e facilitará o seu *reconhecimento científico* como ramo de direito autónomo.

Ponto é que o Código não tenha a pretensão de querer abranger tudo, saiba deixar de fora matérias ou aspectos mais expostos a alterações ou encontre para eles um critério adequado (haja em vista, a título exemplificativo, o que sucedeu com a desactualização do Código Civil em matéria de taxa de juros e de fixação de limites máximos à indemnização, o que levou ao estabelecimento de um critério mais adequado à instabilidade de tais matérias).

E se atentarmos, agora, nas vantagens que a codificação traz, parece-nos que o *balanço* é positivo. O Código permitirá que o essencial do direito do consumidor seja consagrado através de um trabalho *sistematicamente* ordenado, *unitário* e *coerente*. Com o que se *facilita*,

---

obviamente, a *consulta*, o *conhecimento e a compreensão dos princípios e regras* do direito do consumidor: beneficiários são, assim, todos quantos lidam com este direito, designadamente magistrados e advogados, mas também os técnicos que nos mais variados sítios informam e aconselham o consumidor – afinal, é este, o consumidor, e todos quantos podem valer-se dos seus princípios e regras que serão os beneficiários do *Código do Consumidor!*



# O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS \*

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO

Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

**Sumário:** 1. Objecto da análise. 2. Conteúdo prescritivo do imperativo de transparência no direito comunitário. 3. Sentido e função da transparência. 4. A disciplina particular das cláusulas inseridas em contratos de adesão. 5. Fundamento normativo: a transparência como subprincípio da boa fé. Consequências metodológicas. 6. A transparência nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Projecto Lando) e nos Princípios UNIDROIT. 7. Balanço e perspectivas.

## 1. Objecto da análise

Transparência é hoje uma palavra de ordem que se faz ouvir nos mais diversificados domínios jurídico-políticos. Como critério puramente normativo, encontra consagração em múltiplos contextos aplicativos, em prossecução de objectivos heterogéneos.

A análise que vou desenvolver cingir-se-á, naturalmente, ao espaço da contratação privada. Dentro dele, ocupar-me-ei apenas da

---

\* O presente texto serviu de base a uma comunicação ao congresso sobre "Droit européen des contrats a l'aune des directives communautaires", organizado pela Europäische Rechtsakademie Trier (ERA), em Trier, em 27-28 de Setembro de 2001. Encontra-se publicado, em língua francesa, in SCHULTE-NÖLKE/REINER SCHULZE (orgs.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Trier, 2002, 213 s.

transparência enquanto instrumento de tutela do contraente tido em situação de inferioridade. Em certos âmbitos de previsão, o ordenamento comunitário pressupõe que o sujeito que procura um bem ou um serviço encontra obstáculos a uma decisão negocial consciente e ponderada. Por razões estruturais, atinentes à natureza da prestação, ao modo de contratar, ou às circunstâncias que tipicamente envolvem a transacção, certas relações contratuais caracterizam-se por uma acentuada assimetria informativa, que afecta a capacidade de uma das partes exercitar adequadamente os mecanismos de autotutela dos interesses próprios.

Neste contexto, o imperativo de transparência é unidireccional, impondo deveres de conduta comunicativa ao fornecedor do bem ou do serviço. Como profissional actuante sistematicamente em certa área de negócios, que assume a iniciativa da definição dos moldes técnico-jurídicos em que a relação se processará, ele é um detentor privilegiado da informação relevante. Cabe-lhe, nessa medida, por um ditame básico de *fair dealing*, tornar claros e certos os termos do contrato e os efeitos que dele resultam.

Esta dimensão tuteladora aponta, de imediato, a área da protecção do consumidor como o domínio, por excelência, de intervenção deste ponto de vista valorativo. O material normativo em análise será, assim, recolhido, no fundamental, das directivas que, a partir de meados da década de 80, foram promulgadas com aquele objectivo. Destaco as sete directivas respeitantes a aspectos contratuais das relações de consumo: a Dir. **85/577/CEE**, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais<sup>1</sup>, a Dir. **87/102/CEE**, de 22 de Dezembro de 1986, relativa ao crédito ao consumo<sup>2</sup>, a Dir. **90/314/CEE**, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados<sup>3</sup>, a Dir. **93/13/CEE**, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores<sup>4</sup>, a Dir. **94/47/CE**, de 26

<sup>1</sup> JO L 372, de 31. 12. 1985, p. 31.

<sup>2</sup> JO L 42, de 12. 2. 1987, p. 48.

<sup>3</sup> JO L 158, de 23. 6. 1990, p. 59.

<sup>4</sup> JO L 95, de 21. 4. 1993, p. 29.

de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis<sup>5</sup>, a Dir. **97/7/CE**, de 20 de Maio de 1997, em matéria de contratos à distância<sup>6</sup> e, por último, a Dir. **1999/44/CE**, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas<sup>7</sup>. Alvo de atenção foi também a Dir. **98/6/CE**, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações de preços<sup>8</sup>. Em todas estas directivas, de forma mais “regulamentar” e detalhada, comendo boa parte do seu conteúdo regulador (como na directiva de 1990 relativa às viagens organizadas), ou de forma mais concentrada, à guisa de formulação de um princípio (como no art. 5.º, n.º1, da directiva sobre as cláusulas abusivas), se contêm disposições visando assegurar a transparência.

Mas também fora da área estrita da protecção do consumidor se nos depara, pontualmente, com o tratamento legislativo de questões relacionadas com a transparência. Assim acontece na Dir. **86/653/CEE**, de 18 de Dezembro de 1986, sobre os agentes comerciais<sup>9</sup>, na Dir. **89/298/CEE**, de 17 de Abril de 1989, sobre o controlo e difusão do prospecto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários<sup>10</sup>, na Dir. **97/5/CE**, de 27 de Janeiro de 1997, relativa às transferências transfronteiras<sup>11</sup> e na Dir. **2000/31/CE**, de 8 de Junho de 2000, sobre o comércio electrónico<sup>12</sup>.

Particular destaque darei à directiva sobre as cláusulas abusivas. Uma série de razões o justifica, em meu entender. Antes de mais, a natureza “horizontal” desse diploma dá-lhe uma extensão applicativa quase universal nas relações de consumo, já que aqui é de regra a contratação por adesão a cláusulas preformuladas. Por outro lado, é

<sup>5</sup> JO L 280, de 29. 10. 1994, p. 83.

<sup>6</sup> JO L 144, de 4. 6. 1997, p. 19.

<sup>7</sup> JO L 171, de 7. 7. 1999, p. 12.

<sup>8</sup> JO L 80, de 18. 3. 1998, p. 27.

<sup>9</sup> JO L 382, de 31. 12. 1986, p. 17.

<sup>10</sup> JO L 124, de 5. 5. 1989, p. 8.

<sup>11</sup> JO L 43, de 14. 2. 1997, p. 25.

<sup>12</sup> JO L 178, de 17. 7. 2000, p. 1.

neste contexto que a transparência tem sido objecto de uma mais cuidada atenção da doutrina, em especial a da área germânica, com obtenção dos resultados mais apurados. Acresce que aqui se levantam problemas específicos, cuja solução não pouco contribui para o esclarecimento das questões teóricas e concepcionais que a transparência suscita.

Focado será também, de forma sucinta, o acolhimento da ideia de transparência nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e nos Princípios UNIDROIT, numa óptica comparativa com o direito comunitário.

## **2. Conteúdo prescritivo do imperativo de transparência no direito comunitário.**

Transparência é o contrário de opacidade. Exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados. Aos sujeitos que procuram bens ou serviços deve ser garantida a possibilidade de compreensão cabal das características da prestação a que ganharão direito, do montante exacto das contrapartidas a seu cargo e dos termos de execução do contrato, sem que para isso tenham que desenvolver especiais esforços ou recorrer a apoio técnico especializado.

Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca de efeitos de ocultação de desvantagens para a contraparte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará. Este dever negativo está “descontratualizado”, digamos assim, pois actua já numa fase anterior ao estabelecimento de qualquer contacto negocial específico, através da proibição da publicidade enganosa (Dir. 84/450/CEE, de 10 de Setembro<sup>13</sup>). Mas também se projecta, como é evidente, na fase negocial, através da proibição de qualquer forma de informação enganadora quanto aos elementos do contrato, como expressamente se

---

<sup>13</sup> JO L 250, de 19. 9. 1984, p. 17.

comina no art. 3.º, n.º 1, da directiva sobre as viagens organizadas. A indução em erro através da divergência entre o conteúdo de mensagens publicitárias e a efectiva configuração do produto oferecido e das condições da transacção pode ser eficazmente combatida através da atribuição de carácter vinculativo, em princípio, àquelas comunicações, como estabelecem o art. 3.º, 2, último parágrafo, daquela directiva, quanto à brochura descritiva da viagem organizada, o art. 2.º, 2, al. d), da directiva 1999/44/CE, quanto às declarações públicas do vendedor de bens de consumo sobre as características concretas do produto, e o art. 6.º, n. 1, da mesma directiva, quanto à publicidade sobre a garantia. Na mesma linha, a directiva 94/47/CE, sobre o *time-sharing*, obriga a entregar um documento à pessoa que solicite informações, contendo a descrição dos bens a transaccionar e outras indicações, referidas no anexo, de certos elementos do contrato. Essas informações são vinculativas, sendo admitidas apenas as alterações que resultem “de circunstâncias alheias à vontade do vendedor” (art. 3.º, n.º 1 e 2).

Deste ponto de vista, da proibição de práticas desleais geradoras de representações erradas, há que ter presente que a intransparência pode resultar do jogo entrecruzado de duas ou mais cláusulas. Cláusulas perfeitamente claras em si mesmas podem, todavia, não ter o alcance que aparentemente lhes corresponde, quando interpretadas em conjunto com outras disposições sobre a mesma matéria. Através de uma estipulação sugere-se uma disciplina que é contrariada pelos termos de uma outra. A percepção rigorosa do regime aplicável requer uma leitura integrada e o estabelecimento de conexões – tarefa muitas vezes intencionalmente dificultada, através de colocações sistemáticas surpreendentes – o que tipicamente excede a capacidade do contraente médio. A questão tem um relevo especial, como veremos, no domínio das condições gerais dos contratos, em particular no que se refere à determinação do preço.

Da exigência de transparência resulta, por outro lado, um conjunto diversificado de deveres procedimentais que recaem sobre aquele que comercializa um produto no mercado, visando colmatar os défices informativos de que, por razões objectivas, padece a contraparte. Nesta dimensão, a transparência tem fundamentalmente a ver com a quantidade e a qualidade da informação que aquele contraente

tem que fornecer a este (v. a al. c) do considerando n.º 4 da Resolução do Conselho de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade de informação<sup>14</sup>). A regulação comunitária, mais ou menos minuciosa, abrange vários aspectos, como as formas de transmissão e suportes da informação, a língua em que deve ser disponibilizada, as garantias de acessibilidade e legibilidade, e ainda de compreensibilidade do conteúdo. Na área do direito do consumo, essa regulação dá corpo e efectividade ao direito do consumidor à informação, desde a primeira hora apontado como um dos pilares da sua protecção.

Um dos processos informativos previstos é a emissão e entrega aos interessados, antes da celebração do contrato, de um texto escrito com os dados mais relevantes sobre a operação proposta. Particularmente valioso para a formação ponderada da vontade negocial, sobretudo quando a percepção rigorosa da oferta e dos seus riscos oferece dificuldades, este processo é imposto nos casos de oferta pública de valores mobiliários (art. 4.º da directiva 89/298/CEE), do *time-sharing* (n.º 1 do art. 3.º da directiva 94/47/CE) e facultativamente indicado na directiva sobre as viagens organizadas (art. 3.º, 2, da directiva 90/314/CEE).

Mas a técnica mais comumente utilizada é a das mencões obrigatórias no próprio documento contratual, quando o contrato é reduzida a escrito, e, até, em qualquer documento que a ele se refira. Quase todas as directivas se socorrem dela, impondo a inclusão no texto do contrato de certos elementos, de facto e de direito, tidos por indispensáveis a uma correcta e completa percepção do alcance do negócio. Para além da sua tradicional eficácia certificativa e probatória, esta formalização dos elementos mais salientes do conteúdo da relação contratual passa a desempenhar também uma função “protectiva”, na medida em que pode alertar o interessado para os direitos que lhe cabem, estimulando o seu efectivo exercício<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> JO C 23, de 28. 1. 1999, p. 1.

<sup>15</sup> Sobre a forma “informativa”, em ligação com o princípio da transparência do contrato, cfr. MARIA CLAUDIA ANDRINI, “Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica”, *Contratto e impresa* 2001, 190 s.

Quanto ao modo correcto de informar, as fórmulas que o exprimem são diversificadas. Creio notar um progressivo afinamento das indicações normativas. A formulação porventura mais perfeita e acabada consta da directiva sobre o comércio electrónico, ao prescrever, no art. 10.º, 1, que a informação a cargo do prestador de serviços seja fornecida “em termos exactos, compreensíveis e inequívocos”.

Quanto aos pontos sobre que a informação deve incidir, eles dependem muito do objecto de regulação de cada uma das directivas e das particulares necessidades de tutela que aí se fazem sentir.

Está em causa uma descrição rigorosa da prestação principal do fornecedor do bem ou serviço sobretudo naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, há o risco acrescido de desconhecimento pela contraparte de aspectos relevantes daquilo que vai efectivamente adquirir. Facilmente se detecta esta preocupação de assegurar a transparência do objecto da oferta nas directivas sobre as viagens organizadas, sobre a oferta pública de valores mobiliários, sobre o *time-sharing* (não só quanto à natureza exacta do direito que o contrato concede, como quanto à descrição do bem e da sua situação) e sobre os contratos à distância. Possibilitando uma decisão de contratar consciente e ponderada, este dever de transparência permite também o mais fácil apuramento da eventual desconformidade da prestação prometida com a efectivamente realizada, ajudando a activar a responsabilidade contratual do fornecedor.

Quando, como no caso do contrato de agência, não é possível a fixação, *a priori*, do objecto da prestação, é garantido ao agente, nos termos do art. 12.º da directiva 86/653/CEE, o acesso aos elementos que serviram de base de cálculo das comissões devidas, facultando-lhe o controlo sobre a correcção dos valores apurados pelo comitente.

A transparência do preço e das tarifas de custos e, mais genericamente, da retribuição a prestar pelo consumidor é um objectivo cimeiro de praticamente toda a legislação do consumo. Razões de regulação institucional do mercado e da funcionalidade dos mecanismos de concorrência conjugam-se aqui de forma particularmente nítida com a tutela de interesses económicos do consumidor. Correspondendo à directa e gravosa potencialidade lesiva que as práticas de ocultação têm sobre esses interesses, as exigências de transparência

são aqui sobretudo estritas. Não estando, naturalmente, obrigada a especificar analiticamente os factores de formação do preço, a empresa deve comunicá-lo com o grau máximo da transparência possível. Como se diz no considerando 6 da directiva 98/6/CE, as indicações de preços devem permitir “fazer escolhas esclarecidas com base em comparações simples”. O processo mais eficaz de o garantir é uma fixação numérica, em termos de facultar o estabelecimento fácil de relações de mais e de menos. Sempre que praticável, é essa a informação exigível.

Para além da obrigação geral de indicação, tanto do preço de venda, como, em princípio, do preço por unidade de medida (arts. 3.º a 6.º da Dir. 98/6/CEE, de 16 de Fevereiro de 1998), numerosas disposições dispersas pelas várias directivas zelam, nos seus âmbitos próprios, para que ao interessado seja dada a conhecer a medida precisa da sua contraprestação e dos encargos que terá que suportar. Nem os encargos legais obrigatórios escapam a este dever de transparência (v. a al. i) do anexo à directiva sobre o *time-sharing* e o n.º 2 do art. 5.º da directiva 2000/31/CE, sobre o comércio electrónico).

Para além de incidir sobre os efeitos essenciais do contrato, implicando o dever de fixação rigorosa do objecto das prestações principais de cada um das partes, o imperativo de transparência recai genericamente sobre todas as cláusulas que regulam os direitos e deveres das partes. Particular cuidado é posto na garantia de cognoscibilidade dos direitos que assistem ao consumidor e dos dados que asseguram a praticabilidade do seu exercício. Visa-se sobretudo evitar que, por desconhecimento dos direitos que lhe cabem, o consumidor não empreenda uma adequada defesa dos seus interesses.

Na medida em que as informações se refiram a aspectos secundários relevantes apenas na fase da execução, não está excluído que elas sejam prestadas após a conclusão do contrato, com a única exigência de o destinatário dispor delas em tempo útil – v. o art. 4.º, al. b), da directiva 90/314/CEE. Pela natureza das coisas, é esse forçosamente o momento em que a informação deve ser facultada, quando ela incide sobre forma como a prestação foi realizada – v., por exemplo, o art. 4.º da directiva 97/5/CE, sobre as informações posteriores a uma transferência transfronteiras. O mesmo se diga em

relação às alterações unilaterais dos termos do negócio, quando admitidas posteriormente à conclusão. Mas, neste caso, a possibilidade de alteração deve ser comunicada, de forma transparente, antes dessa conclusão (v., por exemplo, o n.º 5 do art. 4.º da directiva 90/314/CEE, sobre viagens organizadas).

A transparência de que até aqui curei pode ser qualificada como formal, pois não coloca exigências quanto ao conteúdo das estipulações, mas apenas quanto aos processos da sua comunicação. Quaisquer que sejam os seus efeitos, a estipulação é, neste plano, transparente, se eles puderem ser facilmente apreendidos, de modo completo, inequívoco e exacto pelo destinatário.

Mas pode ainda integrar-se na esfera valorativa da transparência uma outra dimensão, esta material, pois já tem a ver com a substância da regulação, com a repartição de riscos através da fixação dos direitos e deveres das partes. A transparência concretiza-se aqui num “imperativo de determinabilidade” (*Bestimmtheitsgebot*), que alguns autonomizam inteiramente e que, de todo o modo, apresenta traços próprios<sup>16</sup>. Este comando normativo visa dar ao sujeito tutelado uma suficiente garantia de certeza quanto à posição jurídica que para si resulta do contrato. Opõe-se, designadamente, a que uma das partes se auto-atribua direitos e faculdades sem uma indicação precisa dos pressupostos e limites do seu exercício, deixando inteiramente em aberto o modo como, quanto a esse ponto, o negócio se executará. Para além do prejuízo que esta incerteza, em si mesma, já causa, um dos contraentes fica sujeito ao arbítrio do outro, a decisões injus-

<sup>16</sup> Defendem que o imperativo de determinabilidade é um problema autónomo, SCHAFER, *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt a. M., 1992, 5 s., e MATTHIAS HAAS, *Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse*, Frankfurt a. M., 1991, 274, entre outros. LINDACHER considera que a transparência e a determinabilidade são “imperativos complementares” – “Der Topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, in *Vorträge der achtziger Jahre*, Köln usw., 1991, 348 e 361. Sobre a questão, cfr. o nosso *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, 391, n. 348.

tificadas e abusivas (aqui a estreita afinidade com o controlo do conteúdo). E não é, obviamente, a clareza (a transparência, em sentido formal) com que a cláusula venha formulada que a pode salvar de um juízo de desvalor.

Ainda que a exigência aflore nalgumas formulações, não se encontra na legislação comunitária explicitamente consagrado nenhum princípio geral que directamente contemple este aspecto da transparência. Mas várias das suas regras nele encontram o seu fundamento. É sobretudo o caso das normas que regulam as cláusulas que reconhecem à empresa fornecedora um *ius variandi* – v., por exemplo, no anexo da directiva sobre as cláusulas abusivas, a al. k), sobre a alteração unilateral dos termos do contrato, a al. l), sobre a modificação unilateral das características do produto ou do serviço, e a al. m), sobre a cláusula de reserva ou de aumento do preço. Esta última disposição parece insuficientemente restritiva, pois não fixa nenhum prazo para a alteração, não delimita o âmbito dessa faculdade unilateral aos contratos duradouros e considera esse direito suficientemente contrabalançado pelo direito de desvinculação da contraparte. Por sua vez, o art. 4.º, 2, al. b), da directiva sobre o crédito ao consumo contenta-se em obrigar à menção no contrato das “condições em que pode ser alterada a taxa anual de encargos efectiva global”. Modelar, nesta matéria, sob o ponto de vista da previsibilidade e calculabilidade, é a regulação do aumento de preço das viagens organizadas (art. 4.º da directiva 90/314/CEE).

O anexo da directiva sobre as cláusulas abusivas fornece outras manifestações claras de tutela da transparência, enquanto tutela da certeza e da segurança. É o caso da previsão do carácter abusivo das cláusulas que deixam na disponibilidade da empresa a formação (al.c), ou a subsistência do vínculo (al. f).

### 3. Sentido e função da transparência.

A transparência não garante um resultado contratual justo (a não ser na limitada medida em que o dever de publicitação, de forma clara, das condições refreie as tentações de favorecimento excessivo). Ela não é, também, um fim em si, desempenhando antes uma função

instrumental em relação a outros objectivos. Na definição desses objectivos, misturam-se pontos de vista de direito civil e de direito económico.

Quando o momento a que a transparência se reporta é o da formação do contrato, ela constitui uma garantia de uma efectiva liberdade de decisão, dentro das condições de mercado. Aparece-nos, assim, finalizada à realização dos valores ético-jurídicos que fundamentam a autonomia privada no domínio contratual: a autodeterminação e, como reflexo desta, a justiça procedimental<sup>17</sup>.

Mas, simultaneamente, a transparência é uma condição indispensável ao funcionamento adequado e eficiente dos mecanismos do mercado. Para isso não basta que haja concorrência da oferta. É necessário ainda que o consumidor ou utente possa conhecer com rigor e comparar os produtos e as condições diversificadas que lhe estão disponíveis, para, através de uma ponderada relação com as suas conveniências e necessidades, se decidir pela alternativa mais favorável. Só assim, no plano colectivo, se estabelece a pressão sobre a oferta que a impulsiona a uma mais eficiente utilização dos recursos. O que, por sua vez, reverte em benefício e protecção dos adquirentes (v. a clara expressão desta ideia no considerando 2 da directiva de 94 sobre o *time-sharing*).

Os considerandos introdutórios das directivas sobreacentuam este segundo *rationale*, reportando sempre a transparência aos mecanismos do mercado, como condição da sua integração e do seu bom desempenho funcional. Utilizando uma contraposição de DWORKIN, pode dizer-se que, na óptica das directivas, a transparência é mais uma *policy* do que um princípio<sup>18</sup>. Até certo ponto, isso compreende-se, em face do objectivo de formação do mercado interno, como fundamento da intervenção legislativa a nível comunitário.

No que se refere à comunicação dos direitos de que goza o consumidor ou utente, a transparência releva, não tanto para a decisão de contratar, como para as decisões a tomar, depois da celebração do

<sup>17</sup> Sobre o conceito de *pure procedural justice*, cfr. RAWLS, *A Theory of Justice*, London/Oxford/New York, 1972, 85

<sup>18</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 4.ª ed., London, 1984, 22 e 82 s.

contrato<sup>19</sup>, no que diz respeito, por exemplo, à manutenção da vinculação (v. a obrigatoriedade da comunicação do direito de rescisão, quando concedido) ou às opções a tomar em caso de inexecução pela contraparte (v. o dever de tornar claro que as garantias, nos contratos de venda de bens de consumo, representam uma tutela suplementar, não afectando os direitos previstos na legislação nacional aplicável – art. 6.º, n.º 2, da directiva 1999/44/CE). A garantia de efectivação dos direitos do consumidor, em caso de cumprimento defeituoso do fornecedor, é também o objectivo das regras que impõem um dever de informação quanto aos processos de reclamação a seguir e a identificação precisa da entidade responsável.

Enquanto sinónimo de suficiente concretização de uma cláusula vantajosa para o seu utilizador, a transparência releva também sobretudo na fase de execução do contrato, permitindo à contraparte controlar se a conduta daquele se contém dentro do admissível. A intransparência não é aqui dissociável de um juízo de inadequação material, no sentido de uma inequitativa repartição de direitos e deveres. A indeterminação do conteúdo abriria a porta à prossecução arbitrária de vantagens indevidas, a isso se opondo o dever de transparência, nesta vertente aplicativa. Nessa medida, constitui um limite ao poder de conformação unilateral, em benefício próprio, das condições do contrato, pelo que os contratos celebrados por adesão a cláusulas pré-redigidas são o seu campo de aplicação privilegiado.

#### **4. A disciplina particular das cláusulas inseridas em contratos de adesão.**

A justificação da transparência (no momento da conclusão do contrato) como factor da liberdade e integridade de contratar e da liberdade de concorrência é indirectamente confirmada pela disciplina

---

<sup>19</sup> Para uma distinção clara entre a função e as exigências da transparência no momento da conclusão do contrato (*Abschlusstransparenz*) e no momento da sua execução (*Anwendungstransparenz*), v. INGO KOLLER, “Das Transparenz als Kontrollmasstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, *FS Steindorf*, Berlin/New York, 1990, 667 s. e FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, 321 s.

das cláusulas preformuladas. Por razões que a moderna análise económica dos custos de informação explica convincentemente, a “falha do mercado” é aqui, sobretudo no domínio das condições gerais do contrato, porventura minorável, mas não eliminável, não podendo ser suficientemente compensada por medidas informativas. De facto, é geralmente assumido que não há, nem pode ser restabelecida, uma “concorrência de condições”, que estas não entram no horizonte de representações do aderente, não sendo o seu conteúdo levado em linha de conta na hora de tomar a decisão negocial. Por isso, não abdicando da imposição de um dever de transparência na redacção de todas cláusulas (art. 5.º, 1.ª frase), a directiva 93/13/CEE estabeleceu um controlo directo do conteúdo, ao abrigo do critério geral do art. 3.º, 1, e da lista constante do anexo: são abusivas e não vinculativas as cláusulas que dão origem a “um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrente do contrato”. Adiciona-se o controlo do regulamento de interesses ao controlo do modo como ele foi posto em vigor<sup>20</sup>.

Todavia, nos termos do art. 4.º, 2, a este controlo estão subtraídas as cláusulas que definem as prestações principais, bem como a equivalência entre elas, desde que, acrescenta-se, “essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível”. Quer dizer, estabelece-se uma relação de subsidiariedade entre o dever de transparência e a avaliação do carácter abusivo: só se o primeiro não estiver satisfeito se leva a cabo a segunda.

Este regime compreende-se bem, tendo como pressuposto a admissão de uma diferença qualitativa, do ponto de vista da formação da vontade negocial do aderente, entre as *core provisions* e as estipulações que se limitam a regular questões laterais, de ocorrência incerta, relacionadas com a execução do contrato. As cláusulas que directamente determinam o objecto principal das prestações das partes não escapam à atenção do cliente, são, à partida, “*visible terms*”<sup>21</sup>, por ele

<sup>20</sup> A expressão foi colhida em MARIO NUZZO, “Predisposizione di clausole e procedimento de formazione del contratto”, *Studi in onore di F. Santoro-Pasarelli*, Napoli, 1972, 571.

<sup>21</sup> Sobre este conceito, cfr. RAKOFF, “Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction”, *Harvard L. Rev.* 1983, 1174 s., aqui 1251.

interiorizados e ponderados. A qualidade do produto e o montante do preço são decisivos para a selecção da oferta, figuram como os parâmetros fundamentais da concorrência, pelo que estão sujeitos às forças reguladoras do mercado. O controlo do conteúdo, para além de não ser aqui possível, por falta de um padrão normativo de referência, também não é necessário, pois funciona adequadamente, em termos gerais, o “correctivo mediato de mercado”, a pressão concorrencial que é vista como defendendo adequadamente os interesses da esfera do consumo<sup>22</sup>. Tudo o que há a fazer é salvaguardar a transparência destas cláusulas.

Tem sido questionado se a intransparência, no quadro do art. 4.º, 2, é um critério de determinação do âmbito do controlo do carácter abusivo, ou antes um critério desta mesma valoração. Isto é, se ela é uma condição negativa da possibilidade de um juízo sobre o conteúdo, a levar depois a cabo pelo critério geral do art. 3.º, ou se representa antes, em si, uma causa própria de ineficácia da cláusula.

Ainda que a letra da disposição sugira a primeira interpretação, sou de opinião que é a segunda que merece ser acolhida. Depõe nesse sentido a inspiração geral das medidas comunitárias na área do consumo, voltadas prioritariamente para o correcto funcionamento do mercado e, ainda, a norma, inferível, como critério geral, da al. i) do anexo, segundo a qual as cláusulas de conteúdo incognoscível não vinculam o aderente.

Por conseguinte, a violação da transparência é, neste domínio, uma causa autónoma e suficiente de ineficácia da cláusula. Em matéria nuclear para os seus interesses, o consumidor tem direito a decidir com pleno conhecimento de causa, devendo ser-lhe facultada a oportunidade de avaliar, com toda a exactidão, aquilo que adquire e aquilo que paga. São contrárias à boa fé e abusivas, por intransparentes, as indicações obscuras, através de fórmulas excessivamente complicadas, mas também as cláusulas enganadoras, restritivas ou modificativas, de forma dissimulada, do que resulta de outras dis-

---

<sup>22</sup> Nessa medida se pode dizer que a proibição da directiva incide sobre a “disparidade normativa”, entre direitos e deveres (cfr. a cláusula geral do art. 3.º, n.º 1), e não sobre a disparidade económica.

posições ou de comunicações publicitárias para as quais a sua atenção é solicitada. Violadora de um direito fundamental do consumidor ou utente, qualquer dessas práticas é de molde a causar-lhe prejuízos significativos, quanto mais não seja pelo desaproveitamento de alternativas mais favoráveis, pela “perda de oportunidades de mercado”, como refere KÖNDGEN<sup>23</sup>.

### **5. Fundamento normativo: a transparência como subprincípio da boa fé. Consequências metodológicas.**

A transparência, tem hoje, no direito europeu dos contratos, uma valência normativa suficientemente precisa para poder ser considerada mais do que uma “fórmula mágica”<sup>24</sup>, difusamente empregue no discurso jurídico-político, mas sem um alcance seguro e consolidado, no plano dogmático. Ela dá conteúdo, em minha opinião, a um verdadeiro princípio normativo, estruturante da disciplina contratual.

Assumindo, como um dado da realidade da contratação, as deficiências cognitivas do contraente não profissional e a sua posição de simples *contract terms taker*, sem possibilidade de negociar os termos do negócio, a ordem comunitária estabelece, como requisito mínimo da vinculação, a cognoscibilidade do conteúdo contratual. Esse é um requisito elementar, porque constitutivo do contrato enquanto prática institucional específica. Não há contrato digno desse nome se qualquer dos contraentes não tiver, pelo menos, possibilidade de tomar conhecimento completo e efectivo das suas consequências vinculativas.

Mas a ideia reguladora da transparência não goza de autonomia nem é uma criação inovadora da legislação comunitária em matéria contratual. Ela filia-se no princípio comum da boa fé, de que constitui uma derivação concretizadora.

<sup>23</sup> “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht”, *NJW* 1989, 943 s., aqui 950.

<sup>24</sup> KÖNDGEN, *ob. cit.*, 943.

Na cultura jurídica continental, e em particular na germanista, a boa fé tem, como é sabido, uma enorme amplitude e diversidade aplicativas, não regulando apenas a interpretação e execução de um contrato validamente constituído, com vista à cabal realização dos seus fins. A boa fé é também fonte de deveres de conduta em todas as fases da vida da relação. E da observância desses deveres pode depender, entre outras consequências, a eficácia vinculativa do contrato.

Como todos os princípios normativos, a boa fé deixa-se permeabilizar pelos diversificados contextos situacionais a que se aplica<sup>25</sup>. Deste modo, a sua exigência básica e geral de *fairness*, de conduta correcta e leal, ramifica-se em normas de conduta mais particularizadas, moldadas pela configuração e valoração dos interesses em jogo em cada domínio.

Isso explica que, na área das relações tipicamente caracterizadas por obstáculos, de ordem cognitiva, à autotutela, por um dos contraentes, dos seus interesses próprios, a boa fé se concretize em deveres de transparência nas práticas negociais, vinculando o sujeito que goza de vantagens informativas e organizacionais. Como correlato da especial situação de poder negocial em que se encontra (v. o considerando n.º 16 da directiva sobre as cláusulas abusivas), sobre esse contraente recaem especiais deveres de comunicação clara e precisa do conteúdo contratual, complementados, em certos casos, por limitações à liberdade de estipulação desse conteúdo.

Numa outra irradiação normativa da boa fé, o imperativo de transparência pode ainda ser uma manifestação da tutela da confiança. Estamos agora no coração do princípio da boa fé, da sua base ética de “juridificação da moral de interacção” (TEUBNER<sup>26</sup>). São proibidos, por contrários à boa fé, os comportamentos enganosos, susceptíveis de apanhar desprevenida a contraparte e de lhe provocar surpresa quanto ao efeitos do negócio. Visa-se impedir que se frustrem as expectativas legítimas que o contraente mais fraco criou, a partir de

---

<sup>25</sup> Sobre essa contextualização, na “tramitação dos discurso concretizador dos princípios e cláusulas gerais”, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, 307 s.

<sup>26</sup> *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M., 1989, 145.

certos factores, como o tipo contratual, o processo de formação, o teor das cláusulas eventualmente negociadas e ainda o conteúdo facilmente consciencializado das cláusulas nucleares, definidores das prestações principais.

Quanto a este último aspecto, está sobretudo em causa a transparência do preço. Na prática contratual, a cláusula que indica o preço é, muitas vezes, completada ou corrigida por outras, que com ela interferem. Ora, se a fixação em separado das várias parcelas do preço não é, em si, ilegítima, tem que ficar absolutamente claro para o adquirente que o preço indicado não corresponde ao preço global e final, devendo ainda contar com acréscimos suplementares de custos. De igual modo, e sobretudo nas operações financeiras, a contrapartida deve ser quantificada em taxas efectivamente aplicadas, não podendo resultar da conexão, nem sempre evidente, de cláusulas em locais sistemáticos distintos (v., no crédito ao consumo, a obrigação de indicação da taxa anual de encargos efectiva global).

Em casos deste tipo, a transparência protege o interesse primordial do aderente na inalterada equivalência entre as prestações, em que justificadamente confiou e em vista da qual deu o seu acordo ao negócio.

A integração da transparência, enquanto tutela da confiança, no campo do princípio da boa fé estava absolutamente clara na proposta alterada de directiva do Conselho relativa às cláusulas abusivas<sup>27</sup>. Aí se prescrevia, no art. 3.º, que uma cláusula é considerada abusiva quando, contrariamente às exigências da boa fé, “der origem a que a execução do contrato seja significativamente diferente daquela que o consumidor legitimamente esperaria”. Esta parte da disposição lamentavelmente não passou para o texto final da directiva, mas várias regras constantes do seu anexo, bem como de outras directivas (v., por exemplo, a al. d) do n.º 2 do art. 2.º da directiva sobre a venda de bens de consumo), traduzem esta ideia tuteladora.

Creio oportuno lembrar que a cláusula geral de *unconscionability*, consagrada no *Uniform Commercial Code* norte-americano, na secção 2-302 (e vertido também, em termos muito seme-

<sup>27</sup> JO 92/C73/05, de 24. 3. 92.

lhantes, no § 208 do *Restatement (Second) of Contracts*, de 1979, tem, de acordo com o respectivo comentário oficial, duas dimensões distintas, visando impedir, quer a *oppression*, quer a *unfair surprise*<sup>28</sup>. Se a primeira componente normativa se refere ao conteúdo, designando o carácter demasiado *one-sided* dos efeitos do negócio, a segunda proíbe as condutas enganadoras, destinadas a obter, de forma desleal, o consentimento da contraparte. É notório o paralelismo com as duas dimensões da boa fé nas relações de consumo: por um lado, critério de ponderação objectiva de interesses, limitativo da liberdade de estipulação do mais forte, nas áreas onde se estabelece um controlo do conteúdo; por outro, critério regulador dos processos correctos de prática negocial.

Qualificar o imperativo de transparência como um princípio significa, antes de mais, atribuir-lhe um âmbito de vigência mais alargado do que o das suas específicas aplicações legislativas. As regras esparsas que nele se inspiram devem ser vistas como concretizações parcelares de uma exigência de conduta mais geral, operativa em todas as situações contratuais em que se verifiquem os seus pressupostos aplicativos. O *standard* da transparência pode, pois, servir de suporte directo a deveres não expressamente positivados.

Mas a natureza de princípio da transparência implica também admitir a maleabilidade dos seus critérios de avaliação. Ela assume diversos graus de exigência, proporcionais aos riscos de incognos-

---

<sup>28</sup> A primeira dá lugar ao que se chama *substantive unconscionability*; a segunda à *procedural unconscionability*. Sobre a cláusula geral de *unconscionability*, v. DEUTSCH, *Unfair Contracts. The Doctrine of Unconscionability*, Lexington/Toronto, 1977, BOURGOIGNIE, "Clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain: une arme juridique efficace au service des consommateurs?", *Rev. dt. intern. dt. comparé* 1977, 19 s., RICHARD EPSTEIN, "Unconscionability: a Critical Reappraisal", in KRONMAN/POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston/Toronto, 1979, 93 s., TREBILCOCK, "An Economic approach to the Doctrine of Unconscionability", in Reiter/Swan, *Studies in Contract Law*, Toronto, 1980, 379 s., REITER, "The Control of Contract Power", *Oxford J. of Legal Studies* 1981, 347 s., HILLMAN, "Debunking Some Myths about Unconscionability: a New Framework for U.C.C. Section 2-302", *Cornell L. Rev.* 1981-2, 1., e SLAWSON, "The New Meaning of Contract Law: the Transformation of Contracts Law by Standard Forms", *Univ. of Pittsburgh L. Rev.* 1984, 21 s.

cibilidade e à amplitude das suas consequências lesivas para os interesses do sujeito protegido. Quanto maior a disparidade de poder negocial e menores as garantias de efectividade do consentimento de uma das partes, pela configuração técnico-jurídica do objecto do negócio, pela situação real em que ele se celebra e, até, pela especial vulnerabilidade de um certo tipo de contraentes, mais apertados os requisitos de clareza, exactidão e determinabilidade das estipulações. Tudo o que leve a reduzir o nível de auto-responsabilidade do consumidor ou utente tem, como reverso, um acréscimo de cuidados e precauções informativas, a cargo da empresa fornecedora. Auto-responsabilidade e transparência são, neste contexto, conceitos em relação inversa de proporcionalidade.

O próprio conteúdo da estipulação influi no grau de transparência exigível. Assim, para as cláusulas inabituais, e, por isso, inesperadas, em função do tipo de contrato ou dos seus fins, deve ser chamada a atenção por forma a que a sua consciencialização por quem use da diligência exigível não deixe dúvidas razoáveis. Para que o aderente não seja apanhado de surpresa por esse tipo de cláusulas, elas, a mais de compreensíveis nos seus termos, devem ser “assinadas com uma bandeira” (*flagged*) – para empregar uma imagem de proveniência norte-americana<sup>29</sup>, sem dúvida inspirada no golf.

Também quanto às cláusulas directa ou indirectamente definidoras das prestações principais, parece defensável uma maior exigência de transparência. São elas as que mais incisivamente contendem com o cálculo de utilidade e a consequente decisão de contratar, e a sua correcta representação é um pressuposto básico do funcionamento adequado dos mecanismos de concorrência.

É de igual modo de aceitar a orientação seguida já nalgumas sentenças do *BGH*: de entre as várias formulações possíveis de uma cláusula, merece preferência a que torne mais perceptível o seu alcance desfavorável para os interesses do aderente. Sem exceder os limites do razoável, é contrária à boa fé qualquer dissimulação ou ocultação de condições que, se cabalmente compreendidas, poderiam desincentivar à celebração do contrato.

---

<sup>29</sup> MURRAY, “The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts”, *Cornell L. Rev.* 67 (1981-2), 735, aqui 771.

Em contratos duradouros, sobretudo quando fora das relações de massa e quando geradores de uma particular relação de confiança, a maleabilidade aplicativa e a diversidade funcional da *fairness* contratual podem dar origem a deveres de conduta ainda integráveis no imperativo de transparência, numa acepção peculiar. Trata-se agora de obrigações que concretizam, no plano da transparência, um dever positivo de cooperação com a outra parte, na prossecução dos fins do contrato e no evitar de prejuízos relacionados com a sua execução. Manifestação eloquente desse dever encontrámo-la na al. b) do n.º 2 do art. 4.º da directiva 86/653/CEE, que, com expressa invocação do *standard* da boa fé, impõe ao comitente “fornecer ao agente comercial as informações necessárias à execução do contrato de agência, nomeadamente, avisar o agente comercial num prazo razoável sempre que preveja que o volume das operações comerciais será significativamente inferior ao que o agente comercial poderia normalmente esperar”.

## **6. A transparência nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Projecto Lando) e nos Princípios UNIDROIT.**

Pela sua própria natureza, o Projecto Lando contém normas de alcance geral, não estando o seu âmbito subjectivo de aplicação limitado às relações de consumo. O que não invalida que certas das suas disposições recolham inspiração nas directivas comunitárias sobre o consumo. É o caso do art. 4:110, sobre as cláusulas abusivas não negociadas individualmente, que constitui uma explícita e confessada generalização da disciplina da directiva 93/13/CEE, cujos arts. 3.º, 1, e 4.º, 2, praticamente reproduz. Tal constitui uma ilustração significativa das potencialidades modelares e da irradiação para fora da sua sede de origem da legislação comunitária dos contratos de consumo.

Mas, talvez por isso mesmo, e com a ressalva da norma já referida, dele não constam, nesta matéria, regras tão precisas como as de algumas directivas, nem tão exigentes quanto ao grau de transparência. O art. 2:104 limita-se a prescrever que seja levado ao conhecimento do aderente a inclusão no contrato de cláusulas não negociadas, esclarecendo o n.º 2 que não basta a mera referência a

elas no documento contratual. Isto é, para que essas cláusulas vigorem, deve ser garantida a cognoscibilidade da sua existência e da sua aplicação à relação, bem como o fácil acesso ao seu conteúdo. Mas, quanto à compreensibilidade e determinabilidade desse conteúdo e aos requisitos de ordem qualitativa que as assegurem, a norma é omissa.

Os Princípios UNIDROIT distinguem-se por as normas referentes a este ponto terem um âmbito objectivo de aplicação mais restrito, pois incidem apenas sobre as condições gerais do contrato. Regem somente, por outro lado, os contratos de comércio internacional.

Esta última característica influencia o conteúdo da regulação. De facto, não é de presumir genericamente, nesta área da contratação, o diferencial de informação que justifica os níveis elevados de tutela consagrados para as relações de consumo. Daí que, através da remissão para as regras gerais respeitantes à formação do contrato, no art. 2.19, n.º 1, a preocupação seja basicamente a de traçar o âmbito vinculativo da declaração de aceitação, dele excluindo as condições cuja inclusão não era cognoscível para o aderente. Mas, mesmo em relação à norma equivalente do Projecto Lando, o regime estabelecido parece oferecer menos garantias, atendendo à explicitação constante do comentário n.º 3. Aí se diz que as condições “que constem de um documento à parte devem normalmente ser expressamente mencionadas pelas partes que pretendem usá-las”. Parece, portanto, que bastará a simples referência à aplicação dessas condições, constituindo depois um ónus do aderente desenvolver as diligências necessárias para conhecer o seu conteúdo.

O comentário n.º 1 ao art. 2.20 reforça a ideia de que sobre o predisponente não recai um especial dever de facultar uma fácil cognoscibilidade do conteúdo e efeitos das condições. Esclarece-se aí que o aderente fica vinculado às cláusulas, “quer conheça quer não o seu conteúdo em detalhe e quer compreenda quer não todas as suas implicações”. Não sem contradição, no 3.º exemplo em comentário a esta mesma norma, já se diz que uma cláusula de arbitragem de um comerciante em Hamburg, de alcance obscuro para contraentes estrangeiros, pode ser considerada ineficaz, “dado que não se pode razoavelmente esperar que um cliente estrangeiro compreenda as suas implicações exactas”. Seja como for, é certo que não se encontra nos

Princípios UNIDROIT nenhuma referência normativa análoga às que abundam nas directivas quanto à compreensibilidade do conteúdo.

Em contrapartida, eles regulam com detalhe, em norma própria – o art. 2.20 –, as cláusulas de surpresa. E compreende-se que esta prática tenha merecido uma atenção especial, dado que está em causa a protecção da confiança, valor fundamental no tráfico mercantil.

Na previsão desta norma, os factores susceptíveis de provocar surpresa são descritos com amplitude e rigor, abrangendo não só a aparência externa, tendo a ver com a linguagem utilizada e a apresentação da cláusula, mas também com o seu conteúdo, que pode ser inesperado e até insólito em função do que é usual naquele tipo de contrato ou ramo do comércio, ou em função dos contactos pré-negociais. O teor da disposição é claramente influenciado pelos resultados interpretativos da doutrina e da jurisprudência alemãs em face do § 3 da *AGB-Gesetz*.

Significativamente, o comentário n.º 3 ao art. 2.20 admite diferenciações dos padrões de avaliação, com exigências acrescidas de transparência quando o aderente não pertence à mesma categoria profissional do utilizador da cláusula. O critério é de aplaudir, pois, quando contrata fora da sua actividade profissional específica, o comerciante não dispõe dos mesmos conhecimentos técnicos e da mesma experiência que a sua contraparte. Ainda que lhe seja de exigir a ponderação e o cálculo reflectido que são timbre do exercício do comércio como profissão, ele é, naquela matéria, um não especialista, um leigo em situação de ignorância equiparável à de um consumidor. Em minha opinião, este critério é extrapolável para fora do regime das cláusulas de surpresa, pois a relação estabelecida entre um profissional e um profano apresenta desníveis de informação a ter genericamente em conta na fixação do grau de auto-responsabilidade do segundo e do simétrico dever de transparência do primeiro.

## 7. Balanço e perspectivas

A transparência, enquanto exigência compensatória da inferioridade cognitiva de uma das partes, é hoje um princípio consolidado na área – as relações de consumo – em que aquela situação mais se

evidencia. Mas traduz uma ideia rectora de todo o direito dos contratos, cuja aplicação deve ser generalizada a todas as configurações em que, independentemente do estatuto pessoal do aderente, é tipicamente de admitir que ele corre o risco de ver os seus défices informativos conduzirem a opções inconvenientes ou, até, serem abusivamente explorados pela contraparte. A presença do consumidor de um dos lados da relação não se justifica como requisito de aplicação do regime da transparência, devendo, pois, o princípio vigorar também nas relações mercantis, pelo menos quando o aderente actue fora da sua área profissional específica.

Esta generalização não deve excluir, antes reforça a legitimidade da consagração de distintos graus de intensidade vinculativa da transparência, única forma de evitar o risco de abaixamento do nível de tutela nas situações em que um dos contraentes dela está mais carenciado. Esse modelo de tutela diferenciada, consagrado na ordem interna de certos Estados-membros, designadamente na fixação dos limites de validade, já foi seguido, de alguma forma, no art. 10.º da directiva 2000/31/CE, sobre o comércio electrónico, ao admitir que o prestador de serviços fique exonerado do dever de prestar certas informações, mediante acordo das partes que não sejam consumidores.

A extensão applicativa aqui proposta não choca com quaisquer dificuldades de integração no sistema de direito privado. As medidas que garantem e promovem a transparência não limitam a autonomia privada, intentando apenas, em “ajuda à auto-ajuda”, como disse WOLF<sup>30</sup>, melhorar e equilibrar as condições do seu exercício, mas sem desonerar o tutelado dos ónus da livre escolha, dentro das alternativas do mercado. Por outro lado, e particularmente na linha de fundamentação e valoração que tem presidido às directivas, a exigência de transparência, menos do que qualquer outra medida, não é matéria de *social policy*<sup>31</sup>, mas de regularização e fomento da

<sup>30</sup> MANFRED WOLF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen, 1970, 100.

<sup>31</sup> NORBERT REICH, “European Consumer Law and its Relationship to Private law”, *European Rev. of Priv. L.* 1995, 285 s., aqui 292.

integração e equilíbrio do mercado. Dificilmente se justifica, nesta óptica, a restrição do seu âmbito às relações de consumo.

Para além do seu âmbito subjectivo ser excessivamente restrito, a positivação actual do princípio pela legislação comunitária apresenta como insuficiência notória a falta de uma regulação genérica das cláusulas de surpresa. Como vimos, a intransparência não resulta apenas da ambiguidade (combatida pela regra da interpretação *contra proferentem*), ou da pura incognoscibilidade dos termos de uma cláusula. De forma mais insidiosa, ela pode consistir na desconformidade do conteúdo de uma cláusula, em si claro, com as expectativas geradas no aderente. É muitas vezes uma intransparência de conexão, que induz enganos, não por omissão, mas por inconsistência de comunicações.

Muito embora a protecção contra esta forma de intransparência tenha inspirado algumas regras específicas, não creio, ao contrário do que se ajuizou no processo de elaboração da directiva sobre as cláusulas abusivas, que seja dispensável a explicitação de uma norma geral de tutela da confiança contra as cláusulas de surpresa, análoga ao art. 2.20 dos Princípios UNIDROIT. À luz do objectivo de criação de um espaço sem fronteiras, com a intensificação de relações negociais entre sujeitos de Estados diferentes, a necessidade de uma norma deste tipo, em reforço da confiança do adquirente, é ainda mais indubitável, pois é maior a probabilidade de ele ser confrontado com práticas que lhe são estranhas. De resto, a consagração de uma norma deste tipo coloca-se inteiramente na linha da preocupação insistentemente expressa pelo legislador comunitário, de criar condições para que o *confident consumer* seja um agente activo de realização do mercado interno<sup>32</sup>.

A exigência de determinação e concretização deverá ser expressamente incluída, de forma mais saliente, num critério geral de transparência. Sobretudo quando o utilizador se reserva um poder inabitual, em desvio ao regime comum, à contraparte tem que ser cognoscível, com exactidão, *ex ante*, aquilo com que pode contar,

---

<sup>32</sup> Cfr. WULF-HENNING ROTH, "Europäischer Verbraucherschutz und BGB", JZ 2001, 475 s., 481.

para não ficar sujeita, na fase de execução, ao arbítrio do titular. Pode-se objectar que a atribuição de poderes com um conteúdo não suficientemente determinado representa um “desequilíbrio significativo” de direitos e deveres das partes, já sendo, por isso, abusiva e ineficaz, por força do art. 3.º, 1 da directiva 93/13/CEE. Mas, neste domínio, é vantajoso um grau elevado de concretização das indicações normativas, até pelo papel preventivo que elas podem ter.

Por outro lado, devem ser harmonizadas e estabelecidas com precisão as consequências da inobservância do dever de transparência, sem deixar margem para divergências entre as legislações nacionais. O facto de a explicitação do princípio ser recente e ter resultado, em boa medida, do impulso das directivas, pode, porventura, tornar esta matéria menos sensível às particularidades dos sistemas nacionais, facilitando essa fixação harmonizadora.

No que respeita às prestações principais, de cujo conteúdo depende fundamentalmente o juízo sobre a oportunidade do negócio, é de ponderar se a violação da transparência – aqui sujeita a critérios particularmente apertados – não deve ser causa autónoma da concessão do direito de rescisão ou retractação. A solução significaria o reconhecimento do direito de reflexão esclarecida após a conclusão do contrato, quando ele, devido à intransparência, não foi previamente facultado.

Por outro lado, e no que diz respeito à transparência do preço, deveriam ser de aplicação generalizada as exigências estritas de previsibilidade e calculabilidade de qualquer alteração unilateral, quando admitida após a conclusão do contrato (para já não falar da imposição de um prazo de preço fixo). Não satisfazem suficientemente essas exigências, em meu entender, o art. 4.º, 2, al. b), da directiva 87/102/CEE (crédito ao consumo) e o art. 3.º, n.º 2, 2.ª frase, da directiva 94/47/CE (*time-sharing*).

Em conclusão:

A ideia de transparência nas relações contratuais provoca uma adesão fácil e consensual, como primeiro patamar de protecção dos contraentes que não participam na modelação do conteúdo. O princípio que dogmaticamente a traduz tem tido concretizações aplicativas sectoriais em múltiplas directivas. A falta de um diploma de âmbito geral, condensador dos princípios do direito dos contratos,

obriga a formulações repetitivas, mas com insuficiências e variantes expressivas susceptíveis de lançar alguma dúvida quanto ao exacto alcance do princípio.

Esta é uma das matérias em que se evidencia a utilidade de um corpo sucinto de normas, de carácter tendencialmente imperativo, agregador, de forma sistematicamente integrada, do conjunto de princípios (em sentido próprio) reguladores das questões genéricas do direito dos contratos. Esse seria um primeiro passo, de exequibilidade relativamente fácil, no caminho de um futuro *ius commune*, para as relações privadas económicas na União Europeia<sup>33</sup>.

Por todas as razões, o imperativo da transparência apresenta-se como um candidato natural, de primeira linha, a fazer parte desse acervo de normas fundamentais. Quando necessário, e em tratamento de problemas específicos (por exemplo, os da comercialização à distância por meios informáticos), a norma básica de transparência seria complementada, adaptada ou corrigida por regras de âmbito sectorial. Mas essas regras seriam bem articuladas com o princípio em que se fundam, dando ao sistema a auto-referencialidade indispensável<sup>34</sup>.

A adopção de uma disciplina geral deve ser acompanhada por um esforço de precisão do conteúdo prescritivo do princípio, nas suas várias direcções, bem como das consequências da sua violação. Traduzindo também uma melhoria da qualidade da legislação existente, esta proposta representa, assim, uma combinação das opções III e IV, apresentadas, em 11. 07. 2001, como possibilidades de iniciativas comunitárias futuras, na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos (COM (2001), 398 final)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> HONDIUS fala, a este propósito, de um “pré-código”, “que poderia pelo menos fornecer uma estrutura de base (*framework*)” – “Consumer Law and Private Law”, in HEUSEL (org.), *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz*, Köln, 1999, 19 s., 29.

<sup>34</sup> CASTRONOVO opina que só um verdadeiro código pode criar um sistema auto-referencial (“Il contratto e l’idea di codificazione nei principi di diritto europeo dei contratti”, in VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 854 s., 869.

<sup>35</sup> COM(2001), 398, final, 11. 07. 2001.

Nessa tarefa, as questões de praticabilidade e os limites de razoabilidade não devem ser descurados, por forma a travar exigências excessivas de transparência. Se assim não for, no plano de análise económica, os custos de produção da informação podem sobrelevar os da sua obtenção; no plano dos princípios que regem a esfera negocial, a auto-responsabilidade do aderente pode ser desonerada para além do que se justifica; no plano pragmático, por último, a regulação pode provocar efeitos perversos, pois a sobrecarga de informações é susceptível de conduzir a um acréscimo de opacidade.



# CONTRATOS À DISTÂNCIA: UMA FASE NA EVOLUÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO?

MIGUEL PUPO CORREIA

Professor da Universidade Lusíada – Lisboa  
Advogado

## 1. Introdução: breve quadro da evolução do tratamento normativo da defesa do consumidor face ao comércio electrónico

No luminoso estudo com que abre o recém-publicado volume 20 dos “Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit” das Facultés Universitaires Notre Dame de La Paix de Namur<sup>(1)</sup>, YVES POULLET traça um faseamento cronológico da actividade do CRID no qual se poderá, sem esforço de maior, detectar uma correspondente segmentação da evolução da jovem disciplina temática a que chamarei Direito da Tecnologia da Informação:

- 1.ª fase – 1979-1985: “O tempo das certezas” –, na qual se procurava «demonstrar que a nova tecnologia, longe de forçar os conceitos antigos e de obrigar a forjá-los novos, era ocasião para aprofundamento dos conceitos tradicionais. Excepcionalmente, a emergência de novos riscos implicava a adop-

---

<sup>1</sup> YVES POULLET, “20 ans de recherche au CRID: Le Droit est une toile d’araignée”, in “Variations sur le Droit de la Société d’Information”, n.º 20 dos “Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit”, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 3 e ss.

- ção de regras novas segundo os modelos clássicos de produção do direito»;
- 2.<sup>a</sup> fase - 1985-1995: "O tempo das dúvidas" -, na qual prevalecia o entendimento de que, «se os conceitos tradicionais podem sempre enquadrar os desenvolvimentos tecnológicos, é à custa de uma distorção destes conceitos e do desprezo dos antigos equilíbrios que estes conceitos traduziam. Além disso, a apreensão das novas realidades faz estalar as divisões disciplinares que tradicionalmente enquadravam o discurso jurídico»;
  - 3.<sup>a</sup> fase - 1995 em diante: "A crise dos fundamentos" -, «marcada por interrogações fundamentais que subvertem o direito, primeiro nos seus conceitos, em seguida nos seus paradigmas e, mais grave, nos seus fundamentos». A par da omnipresença da tecnologia informática, constata-se que ela não é neutra, porque coloca profundamente em causa paradigmas jurídicos consagrados na ordem tradicional, modificando profundamente as relações entre os agentes e forçando a busca de novas soluções.

Achei útil começar por transcrever esta visão do notável Professor de Namur, não só pelo interesse metodológico que acarreta, mas também porque parece talhada à medida para o enquadramento da evolução do ordenamento da defesa do consumidor em relação à tecnologia da informação.

Na verdade, em que pese algum subjectivismo e consequente relatividade da divisão cronológica proposta por POULLET - é por demais sabido que a História não evolui aos saltos... -, não é difícil surpreender a sintonia existente entre ela e a sucessão dos momentos normativos que marcam o progresso do tratamento legal do tema que nos ocupa. Assim:

A primeira fase de enquadramento legal da temática da protecção do consumidor no âmbito do comércio electrónico corresponde, entre nós, ao DL n.º 272/87, de 3 de Julho (que transpôs para o direito interno a Dir. 85/577/CEE), na moldura das chamadas *vendas por correspondência*, graças à ampla definição do n.º1 do art. 8.º deste diploma: «...considera-se venda por correspondência a moda-

lidade de distribuição comercial a retalho em que se oferece ao consumidor a possibilidade de encomendar pelo correio, telefone *ou outro meio de comunicação* os bens ou serviços divulgados através de catálogos, revistas, jornais, impressos *ou quaisquer outros meios gráficos ou áudio-visuais*».

O seu regime assentava em três pilares fundamentais, que encontram fácil paralelismo no modelo que podemos chamar tradicional do direito do consumidor:

- a) O *dever de informação* relativo ao conteúdo da *oferta*, a fim de esta ser clara, completa e não indutora em erro, especificando-se os elementos mínimos que dela devem contar (art. 9.º);
- b) A *formação por escrito do contrato*, de modo a fornecer ao consumidor a segurança decorrente da prova do conteúdo da oferta (art. 10.º);
- c) O direito de resolução *ad nutum* pelo consumidor nos sete dias úteis ulteriores à entrega da mercadoria (art. 11.º).

Como se vê, este primeiro quadro legislativo caracterizava-se por abranger as vendas de bens e prestações de serviços por correspondência no quadro de um conceito mais genérico, que se acreditou ser bastante para proporcionar o tratamento adequado à prossecução dos interesses a tutelar.

Uma segunda fase se seguiu a breve prazo, com a publicação da Dir. 97/7/CE, de 20.5.1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, transposta para a ordem interna portuguesa pelo DL n.º 143/2001, de 26 de Abril (que, aliás, revogou o DL 272/87). Nela se inicia o percurso de transformação dos conceitos e modos de tratamento tradicionais da defesa do consumidor sob o influxo das novas tecnologias de informação e comunicação, reconhecendo que esta se repercutem: na multiplicação dos meios ao dispor dos consumidores para conhecerem os conteúdos das ofertas e formularem as encomendas; na conseqüente explosão dos contratos transfronteiriços; e na potenciação de oportunidades para métodos de venda agressivos, tais como a remessa de bens não encomendados (vd. os Considerandos 3, 4 e 5 da Dir. 97/7/CE).

Dáí resulta um regime que, apesar de ainda baseado num conceitualismo generalista, visto abranger a generalidade das relações contratuais entre empresários e consumidores através de uma larga diversidade de meios técnicos de comunicação à distância, todavia já revela uma clara preocupação de adoptar novas soluções, mais ousadamente amoldadas às realidades do comércio por meios de comunicação telemática.

A adopção de soluções específicas para o comércio electrónico veio concretizar este percurso evolutivo, através da Dir. 2000/31/CE, de 8.6.2000 – conhecida por Dir. Comércio Electrónico (ainda não transposta para a ordem interna portuguesa, mas estando em curso a sua elaboração) –, cuja análise irá ser feita por outros parceiros neste painel.

Apenas me parece útil deixar aqui breves notas tendentes a evidenciar que o regime desta Dir. não põe de lado o da Dir. Contratos à Distância 97/7/CE – nem, conseqüentemente, o do nosso DL n.º 143/2001 –, mantendo-se, por isso, intacto o interesse na descrição do regime destes dois diplomas que a seguir irei propor.

Na verdade, como bem fez notar MIREILLE ANTOINE <sup>(2)</sup>, o n.º 3 do art. 1.º da Dir. Comércio Electrónico, ao afirmar o carácter complementar e não derogatório desta Dir. em relação à precedente legislação comunitária aplicável aos “serviços da sociedade de informação”, bem como o não prejuízo do nível de protecção dos interesses dos consumidores assegurado por outros instrumentos normativos comunitários e nacionais, abarca o regime das Dir.s mencionadas no respectivo Considerando 11, uma das quais é a Dir. Contratos à Distância e, por conseguinte, da legislação dela derivada na ordem interna dos Estados-membros.

Aliás, como ressalta a mesma Autora <sup>(3)</sup>, existem sensíveis diferenças entre o âmbito subjectivo e material de aplicação das Dir.s

---

<sup>2</sup> “L’objet et le domaine de la Directive sur le Commerce Electronique”, in “Le Commerce Electronique Européen sur les rails?”, n.º 19 dos “Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit”, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 15 e ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 17 e ss.

Contratos à Distância (97/7/CE) e Comércio Electrónico (2000/31/CE), nomeadamente:

a) Enquanto a Dir. Contratos à Distância se aplica apenas às relações entre fornecedores e consumidores, a Dir. Comércio Electrónico abrange quaisquer relações entre um prestador de serviços da sociedade de informação e um destinatário destes, quer seja o destinatário um consumidor ou um profissional, e até no caso de a relação de prestação de serviços se estabelecer entre consumidores.

b) Ao passo que a Dir. Contratos à Distância regula as relações entre um fornecedor – logo, um empresário de venda de bens ou prestação de serviços, seja *on line* seja *off line*, isto é, tanto por meio telemático como por outro meio de comunicação à distância – e um consumidor; já a Dir. Comércio Electrónico abarca as relações entre um prestador e um destinatário apenas quando se estabeleçam através de meios de comunicação telemática, devendo notar-se que, para ela, o prestador é tanto aquele que vende bens ou presta serviços ao destinatário contra retribuição, como aquele que presta serviços gratuitamente, tais como o de alojamento de páginas Web, fornecimento de acesso à Internet, fornecimento de informações *on line*, etc.;

c) A Dir. Contratos à Distância pressupõe a existência de relações contratuais, enquanto que a Dir. Comércio Electrónico abrange toda a prestação de serviços da sociedade de informação, com ou sem base contratual;

d) A Dir. Contratos à Distância exclui do seu âmbito de aplicação os serviços financeiros <sup>(4)</sup>, ao passo que a Dir. Comércio Electrónico se aplica também aos serviços financeiros.

Esta diferença de perspectiva da Dir. Comércio Electrónico compreende-se também no quadro de um aprofundamento da resposta da ordem jurídica às novas realidades tecnológicas, que opera uma percepção da intensa transformação da realidade a que procuravam dar resposta as soluções e conceitos tradicionais.

---

<sup>4</sup> Sobre esta matéria foi publicada a Dir. 2002/65/CE, de 23.9.2002, sobre a comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (J.O.C.E., L 271, de 9.10.2002, p. 16 e seg.).

É o que faz expressamente notar YVES POULLET<sup>(5)</sup>, sublinhando a necessidade de rejeitar a tentação de considerar as vendas pela Internet como simples vendas à distância e de consequentemente aplicar àquelas, sem mais, as regras de direito do consumo aplicáveis às segundas.

Fenómenos como a progressiva transparência e exposição do consumidor ao conhecimento e ao poder do fornecedor, através do uso e abuso dos “cookies” e de hiperligações invisíveis, assim como a redução do tempo de maturação da vontade de contratar que decorre da manifestação do consentimento por um simples “clic”, e ainda a teia de armadilhas jurídicas gerada pela diversidade dos ordenamentos nacionais contraposta ao carácter generalizadamente internacional – mas virtualmente presencial (tudo se passa no monitor de um computador...) – da contratação via Internet – aí estão a adensar sensivelmente o contexto dos interesses do consumidor a tutelar.

O que significa que, partindo da base do regime dos Contratos à Distância, à Dir. Comércio Electrónico subjaz precisamente aquela lógica evolutiva para além dos conceitos e soluções tradicionais, que POULLET assinalou à terceira fase da evolução do quadro do pensamento jurídico acerca da Sociedade de Informação.

## 2. Um olhar sobre o regime dos Contratos à Distância

Tendo, assim, chamado a atenção para outros aspectos a focar pelos meus Ilustres Colegas de painel, importa, no entanto, cumprir a minha missão de ressaltar os tópicos fundamentais do regime vigente dos Contratos à Distância.

2.1. O tópico essencial deste regime reside, ainda e sempre, na problemática dos *contratos entre ausentes*, ou seja, da necessidade de solucionar questões atinentes à não presencialidade das partes durante a formação do contrato<sup>(6)</sup>. Esta problemática clássica tem, entre nós, tratamento genérico nas disposições do Código Civil sobre a perfeição

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16 e ss.

da declaração negocial (arts. 224.º a 235.º) e teve recentemente consagração específica para os negócios jurídicos praticados por meios telemáticos nas regras constantes do artigo 6.º do DL n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. Transparece, também, em regras próprias, das quais as mais notórias são as da venda a contento e da venda sujeita a prova (arts. 923.º a 926.º do Código Civil).

A caracterização, face ao tradicional tratamento dos contratos entre ausentes, dos denominados Contratos à Distância – resulta da convergência de um conjunto de factores condensados na definição constante do art. 2.º, n.º 1, da Dir. 97/7/CE e no art. 2.º, al. a) do DL n.º 143/2001:

a) Uma relação contratual entre um *fornecedor* – um empresário (não apenas um comerciante, mas também outro profissional, p. ex., liberal – vd. o art. 2.º, n.º 3, da Dir. 97/7/CE e o art. 1.º, n.º 3, al. b), do DL 143/2001 – e um *consumidor* – destinatário final dos bens, que os destina à sua utilidade própria e não a uma actividade profissional – vd. o art. 2.º, n.º 2, da Dir. 97/7/CE e o art. 1.º, n.º 3, al. a), do DL 143/2001;

b) Tendo por objecto bens ou serviços, o que abrange a generalidade dos bens económicos e das modalidades contratuais que envolvam a sua prestação onerosa, mas principalmente os contratos de compra e venda de bens e de prestação de serviços;

c) Integrada num sistema de venda ou prestação de serviços a distância organizado pelo fornecedor – o que implica a caracterização do fornecedor como um empresário dotado de uma organização adequada para esta finalidade, seja ela autónoma e específica, seja integrada numa estrutura mais vasta e polivalente;

d) Que este utilize elementos técnicos de apoio: um objectivo – a *técnica de comunicação à distância* – e outro subjectivo – o *operador de técnica de comunicação* (art. 2.º, n.ºs 4 e 5, da Dir. 97/7/CE e art. 2.º, als. b) e c) do DL n.º 143/2001) (7). A *técnica de comu-*

<sup>6</sup> Sobre o tema, cfr. MARIE DEMOULIN, “La passation d’une commande sur les réseaux”, in “Cahiers du C.R.I.D.”, n.º 19 cit., p. 247 e seg.

<sup>7</sup> Cfr. MIGUEL ANGEL MORENO NAVARRETE, “Contratos Electrónicos”, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48.

*nicação à distância* é um meio que torna dispensável a presença física e simultânea das partes para a formação do contrato, permitindo a transmissão de uma ou de todas as declarações de vontade que o integram, tais como as constantes do enunciado exemplificativo do Anexo I da Dir. 97/7/CE (que o DL 143/2001 não reproduz), que engloba meios de comunicação tradicional (correio físico, catálogo, publicidade impressa, telefone, telefax, rádio, televisão) e também meios de comunicação electrónica (videotexto, correio electrónico). O *operador de técnica de comunicação* é qualquer pessoa singular ou colectiva que fornece aos fornecedores (e decerto, também aos consumidores) uma técnica de comunicação: desde a empresa operadora de correios à fornecedora de acesso à Internet, passando pela empresa operadora do serviço telefónico (fixo ou móvel), a emissora de rádio ou televisão, etc..

2.2. Nem todos os contratos à distância estão, porém, sujeitos à aplicação deste regime jurídico. O art. 3.º da Dir. 97/7/CE e o art. 3.º do DL 142/2001 consagram um certo número de *exclusões*.

Algumas são *gerais*, porque afastam genericamente a aplicação do regime em apreço a certas espécies de contratos: serviços financeiros, através de distribuidores automáticos ou estabelecimentos comerciais automatizados; de utilização de serviços de telecomunicações através de cabinas telefónicas públicas; para construção e venda de imóveis ou direitos a eles relativos, excepto arrendamento; em leilões.

Outras são *parciais*, na medida em que afastam apenas a aplicabilidade de algumas normas do regime em questão (aliás, das que concretizam os aspectos nucleares do regime de protecção do consumidor: as relativas à prestação de informações prévias ao consumidor e sua confirmação escrita, ao direito de resolução e à execução do contrato): contratos de fornecimento de géneros alimentícios, bebidas e outros bens de consumo doméstico corrente, no domicílio ou local de trabalho do consumidor, por distribuidores que efectuem circuitos frequentes e regulares; contratos de prestação de serviço de alojamento, transporte, restauração e tempos livres, em data ou período determinado.

2.3. O cotejo do regime dos Contratos à Distância com o precedente regime dos Contratos de Venda por Correspondência e com o da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mostra sem dúvida, o adensamento da protecção para o consumidor que aquele consigo trouxe. É certo que permanecem os três alicerces do regime proteccionista, comuns àqueles precedentes legislativos; direito à informação, dever de confirmação (prova) escrita do conteúdo da oferta, direito de resolução. Mas não só o seu recorte foi largamente enriquecido, como também outros elementos estruturais foram adicionados, como sejam as regras sobre execução do contrato e pagamento, a proibição de vendas não solicitadas, a construção de um regime adjectivo. De se notar, no entanto, que a Lei n.º 24/96, como regime geral de defesa do consumidor, contém mecanismos que suprem e completam os dispositivos do DL 143/2001.

2.4. O *dever de informação prévia ao consumidor* relativo a um Contrato à Distância (art. 4.º da Dir. 97/7/CE e art. 4.º do DL 143/2001) tem um conteúdo taxativo: abrange indicações especificamente integrantes da oferta contratual, que devem ser todas e cabalmente fornecidas antecipadamente pelo fornecedor ao consumidor.

E, mais do que isso, devem ser fornecidas num contexto tal que permita ao consumidor aperceber-se de que a comunicação tem o objectivo de constituir uma oferta comercial, e ser apresentadas de forma clara e compreensível no quadro próprio da técnica de comunicação utilizada, de modo a respeitar e preservar a boa fé e lealdade nas transacções comerciais e a protecção dos menores e outros incapazes de exercício de direitos. Cito, a propósito, SANTIAGO CAVANILLAS<sup>(8)</sup>: «Pode dizer-se que o dever de informar é um dever *finalista*. Não de trata de informar, mas de fazer de modo que o consumidor seja informado. Isto exige que se tenham em conta os conhecimentos e os meios dos diferentes consumidores. Evidentemente, não está em causa exigir uma informação personalizada, mas de ter em conta circunstâncias que se poderiam qualificar de típicas.»

---

<sup>8</sup> SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, “*Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat: le regard d’un juriste de droit civil*”, in “*Commerce Électronique – Le temps des certitudes*”, n.º 17 dos “*Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit*”, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 104.

Além disso, devem nesta matéria ser também respeitados os princípios gerais decorrentes, em matéria de dever de informação, dos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 24/96. Deles decorrem, como notas salientes, regras de *boa fé e lealdade* na formulação das condições contratuais e na apresentação das informações e de *sobreposição* do dever de informar, que incide sobre todos os participantes na cadeia de produção e comercialização do objecto do contrato.

Interessante parece também a consideração de SANTIAGO CAVANILLAS (\*), no sentido de este direito do consumidor à informação estar submetido a uma regra tácita de *proporcionalidade*, ou seja, de a quantidade e qualidade da informação exigível dever manter um certo equilíbrio entre o valor do bem e o custo da informação. O que pode ter consequências relevantes no domínio do comércio electrónico, dado que a tecnologia electrónica proporciona uma trans-missão barata de grandes quantidades de informação, permitindo assim ao comerciante electrónico informar mais amplamente do que o comerciante tradicional.

2.5. O *dever de confirmação por escrito do conteúdo da oferta* (art. 5.º da Dir. 97/7/CE e art. 5.º do DL 143/2001) engloba não só as informações que devem ser prestadas como acabo de mencionar, mas também outras informações que visam habilitar o consumidor para o exercício dos demais direitos que formam a estrutura do regime proteccionista. O fornecedor deve cumpri-lo em tempo útil durante a execução do contrato e, no tocante a bens que não tenham de ser entregues a terceiro, o mais tardar no momento da sua entrega ao consumidor. Ficará dele dispensado, porém, se já anteriormente tiver fornecido ao consumidor as informações em causa.

A confirmação deverá ser feita «por escrito ou através de outro suporte durável à sua disposição», frase que merece dois comentários:

Primeiro, que o fornecimento por escrito abrange não apenas o tradicional escrito em papel, mas também o documento electrónico escrito, ou seja, cujo conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita (art. 3.º, 1, do DL 290-D/99).

---

\* *Ibidem*, p. 103.

Segundo, que deve entender-se por *suporte* durável, segundo a al. *d*) do art. 2.º do DL 143/2001, «qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações de um modo permanente e acessível para referência futura e que não permita que as partes contratantes manipulem unilateralmente as informações armazenadas», como será o caso de qualquer suporte informático de *read only memory*, nomeadamente um CD-ROM.

2.6. A Dir. 97/7/CE apenas consagra uma consequência sancionatória do incumprimento do dever de confirmação das informações consagrado no seu art. 5.º: o aumento do prazo de resolução, nos termos previstos no art. 6.º, n.º 1.

E o DL 143/2001, além de estabelecer esse mesmo aumento do prazo no seu art. 6.º, n.º 2, als. *c*) e *d*), sanciona também o incumprimento do dever de informação, nos moldes dos seus arts. 4.º e 5.º, com coimas e perda dos objectos (vd. art. 32.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), e 33.º).

Todavia, creio que a tais situações de incumprimento poderá caber a aplicação da nulidade cominada pelo art. 16.º da Lei n.º 24/96 para as convenções ou disposições contratuais que excluam ou restrinjam os correspondentes direitos a informação do consumidor, já que estes direitos encontram acolhimento substancial no regime daquela Lei, nomeadamente no seu art. 8.º.

Além disso, parece-me que as mais das vezes as mesmas condutas dos fornecedores configurarão também infracções aos deveres de comunicação e de informação consagrados nos arts. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (hoje vigente com as alterações introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31 de Agosto), cuja infracção tem como consequência a exclusão das cláusulas viciadas do contrato, mantendo-se este com recurso às regras da integração dos negócios jurídicos, mas sendo nulo se se gerar uma indeterminação insuprível de seus elementos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (arts. 8.º e 9.º, *idem*).

2.7. Um terceiro aspecto estrutural do regime dos Contratos à Distância consiste no *direito de resolução* conferido ao consumidor (art. 6.º da Dir. 97/7/CE) e arts. 6.º, 7.º e 8.º do DL 143/2001.

Embora já fosse consagrado no DL 272/87, este direito surge-nos agora consideravelmente modificado no sentido da ampliação das garantias que confere ao consumidor e da especificação de restrições e dos efeitos do seu exercício.

O aspecto porventura mais saliente deste direito é a sua potestatividade “*ad nutum*”<sup>(10)</sup>: o direito de resolução não depende da ocorrência de nenhuma *justa causa* de inexigibilidade da vinculação do consumidor (ao invés do que ocorre em geral com esta causa de cessação dos contratos), sendo antes de configurar como um *direito de retractação ou arrependimento imotivado* que cabe discricionariamente ao consumidor<sup>(11)</sup>.

O DL 143/2001 alarga, no tocante ao prazo, o nível de protecção do consumidor, relativamente à legislação anterior (DL 272/87 e Lei n.º 24/96), passando-o para 14 dias (prazo contínuo: vd. o art. 35.º do diploma, que aliás reitera a regra geral), o que representará, em regra, um alongamento do prazo (de 7 dias úteis) previsto na legislação antes vigente (art. 11.º, n.º 1, do DL 272/87 e art. 9.º, n.º 7 da Lei n.º 24/96).

Deverá atender-se, no entanto, às regras de contagem do prazo, tendo em atenção que este aumentará para 3 meses se o fornecedor não tiver cumprido as obrigações constantes do art. 5.º, reduzindo-se, porém a 14 dias contados do momento do cumprimento, se este tiver ocorrido durante aquele prazo trimestral (art. 6.º, n.º 1, da Dir. 97/77/CE e art. 6.º, n.º 2, do DL 143/2001)<sup>(12)</sup>.

O direito de resolução deve exercer-se através de carta registada com aviso de recepção, expedida dentro do prazo (n.º 5 do art. 6.º do DL 143/2001), o que significa que o direito não caduca se o destinatário (fornecedor ou seu representante devidamente designado) apenas tiver recebido a carta após o termo do prazo.

---

<sup>10</sup> Semelhante à da impropriamente chamada “revogação” do mandato e à rescisão do contrato de trabalho durante o período experimental.

<sup>11</sup> Para desenvolvimento deste tema, cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, “A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 91 e ss.

<sup>12</sup> As regras das alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 6.º do DL 143/2002 estão repetidas nos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo!

É de se notar que, nos termos do art. 6.º, n.º 3, do DL n.º 290-D/99, equivale a carta registada com aviso de recepção uma mensagem de correio electrónico, desde que o meio utilizado assegure a efectiva recepção da mensagem e esta esteja assinada com assinatura digital certificada por entidade credenciada e se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário com assinatura digital e recebida pelo remetente. Porém, importa ter presente que a exigência deste n.º 3 de que se trate de um «meio de telecomunicações que assegure a sua efectiva recepção» tem em vista a circunstância de tal não suceder com o “standard” de transmissão da Internet, embora tal efeito possa ser obtido na própria Internet mediante o uso de protocolos especiais de transmissão e, também, seja um efeito padrão no ambiente X-400.

O direito de resolução não pode ser exercido – melhor se teria dito que não existe... – nos casos previstos no n.º 3 do art. 6.º da Dir. 97/7/CE e no art. 7.º do DL 143/2001, todos correspondentes a casos de manifesta irreversibilidade da situação gerada pela celebração do contrato, e/ou nos quais a retractação do consumidor causaria provavelmente dano injustificável ao fornecedor.

Os n.ºs 2 e 4 do art. 6.º da Dir. 97/7/CE e o art. 8.º do DL 143/2001 disciplinam os efeitos da resolução, que no essencial se reconduzem à regra geral da restituição do que tiver sido prestado por e a cada uma das partes. A restituição do preço pago pelo consumidor far-se-á sem quaisquer despesas ou encargos para este. As únicas despesas que ele poderá ter de suportar serão as despesas directas de restituição do bem objecto do contrato resolvido.

2.8. No tocante à execução do contrato, prevê-se (art. 7.º, n.º 1, da Dir. 97/7/CE e art. 9.º, n.º 1, do DL 143/2001) um prazo supletivo de 30 dias a contar da data da transmissão da encomenda pelo consumidor ao fornecedor. O incumprimento deste prazo é sancionado com coima (art. 32.º, n.º 1, al. *a*) do DL 143/2001), mas constitui justa causa de resolução, nos termos gerais.

Porém, reforçou-se a posição do consumidor, com a imposição ao fornecedor, no caso de indisponibilidade do bem ou serviço encomendado, do dever de informar do facto o consumidor e de o reembolsar dos montantes que tenha pago, no prazo de 30 dias a contar do conhecimento da indisponibilidade. Desde que o contrato o preveja,

pode o fornecedor fornecer ao consumidor um bem ou serviço de qualidade e preço equivalentes, ficando, porém, ressalvado ao consumidor o direito de livre resolução, nos termos já vistos, e cabendo sempre ao fornecedor as despesas de devolução (art. 7.º, n.ºs 2 e 3, da Dir. 97/7/CE e art. 9.º, n.ºs 2 e 3, do DL 143/2001).

2.9. Por outro lado, estabeleceram-se importantes normas protectoras da utilização de cartões de crédito e débito na efectivação dos pagamentos de preços de bens ou serviços nos Contratos à Distância. O legislador comunitário e o nacional foram manifestamente sensíveis à necessidade de proteger o consumidor contra fraudes com a utilização indevida dos dados referentes a esses tipos de cartões, a que fica particularmente exposto quando transmite esses dados no âmbito das comunicações ao fornecedor referentes à aceitação ou encomenda destes contratos. Trata-se, assim, de medidas potenciadoras da criação de um clima de confiança para os consumidores e, nesta medida, propulsoras do próprio comércio de bens e serviços à distância, em especial do comércio electrónico.

No essencial, o regime do art. 8.º da Dir. 97/7/CE, transposto e desenvolvido no art. 10.º do DL 143/2001, traduz-se na concessão ao titular de um seu cartão de crédito ou débito, que constate a utilização fraudulenta deste na realização de pagamentos por outrem, do direito – inderrogável por convenção em contrário, que será nula – de pedir à entidade emissora do cartão a anulação do pagamento e a consequente restituição do respectivo montante, ficando a cargo da entidade emissora agir contra o autor da fraude para obter a restituição do indevido. O legislador português foi mesmo além do que previra o comunitário, impondo às entidades emissoras um prazo máximo de 60 dias para restituição ao titular do cartão do montante debitado <sup>(13)</sup>

2.9. Uma outra componente estrutural do regime dos Contratos à Distância diz respeito ao combate às práticas comerciais agressivas

---

<sup>13</sup> Sobre o tema, vd. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Comércio Electrónico e Transferências Electrónicas de Fundos”, in “O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 65.

e arduas, que a Dir. 97/7/CE e o DL 143/2001 visaram através de dois tipos de instrumentos normativos.

O primeiro (art. 10.º da Dir. 97/7CE e art. 11.º do DL 143/2001) consiste na sujeição da comunicação do fornecedor ao consumidor – nomeadamente para a formulação de ofertas contratuais, ou para o desempenho dos deveres de informação e de confirmação escrita – a restrições quanto à utilização de *técnicas de comunicação a distância*, todavia subdividindo estas em duas categorias com regimes diferentes:

a) Segue-se o sistema denominado *opt-in*, pelo qual o fornecedor deve obter o prévio consentimento do consumidor, para o uso das técnicas de comunicação consistentes em “sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente os aparelhos de chamada automática” e “telefax”;

b) Em relação às restantes técnicas que permitam uma comunicação individual, adopta-se o sistema *opt-out*, pelo qual o fornecedor deverá abandonar a técnica no caso de oposição manifesta do consumidor.

O segundo instrumento normativo a que me refiro reside na proibição do fornecimento de bens ou prestação de serviços não solicitados, relativamente ao qual o art. 29.º do DL 143/2001, ao transpor o art. 9.º da Dir. 97/7/CE, não inovou substancialmente no tocante ao nosso sistema jurídico, já que soluções homólogas decorriam, em geral, da regra da irrelevância do silêncio como manifestação de vontade (art. 218.º do Cód. Civil) e do n.º 4 do art. 9.º da Lei n.º 24/96.

Para além de proibir o fornecimento de bens ou prestação de serviços não encomendados com pedido de um preço (sujeitando-o a aplicação de coima: art. 32.º, n.º 1, al. c)), o art. 29.º do DL 143/2001 dispensa o destinatário desses bens ou serviços da sua devolução ou pagamento, conferindo-lhe o direito a conservá-los como oferta gratuita e, caso opte por devolver os bens, a ser reembolsado das despesas que fizer com a devolução.

2.10. Em reforço dos direitos que consagra para o consumidor, o art. 12.º, n.º 1, da Dir. 97/7/CE estabelece a sua irrenunciabilidade.

O DL 143/2001 não contém norma geral homóloga para os Contratos à Distância, parecendo porém de considerar que os direitos nucleares em apreço se acham cobertos pela regra do art. 16.º da Lei n.º 24/96, que considera nula qualquer convenção que exclua ou restrinja os direitos por ela conferidos.

2.11. Por último, importa referir um importante elemento estruturante do regime dos Contratos à Distância, que reside nas normas referentes aos aspectos adjectivos de tutela dos direitos do consumidor nele consignados (aliás manifestamente inspirado por regras paralelas do regime das cláusulas contratuais gerais).

Desde logo, a imposição genérica ao fornecedor do *onus da prova* quanto à existência de informação prévia, de confirmação por escrito das informações, do cumprimento dos prazos e do consentimento do consumidor (art. 11.º, n.º 3, al. *a*) da Dir. 97/7/CE e art. 12.º do DL 143/2001).

Depois, a previsão pela Dir. 97/7/CE do dever dos Estados-membros promoverem a disposição de meios judiciais ou administrativos adequados para o respeito pelas disposições nela consagradas em prol dos interesses dos consumidores. Destes meios, o DL 143/2001 apenas consagrou as sanções do regime contraordenacional, certamente por pressupor a aplicabilidade dos meios adjectivos previstos nos artigos 10.º a 13.º da Lei n.º 24/96 – acções inibitórias –, bem como os demais meios previstos nos artigos 14.º e 15.º desta Lei.

# OS FICHEIROS DE CRÉDITO E A PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS \*

CATARINA SARMENTO E CASTRO

Assistente da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

Membro da Comissão Nacional de  
Protecção de Dados

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O enquadramento jurídico geral da protecção de dados pessoais; 3. Reflexos dos direitos e princípios fundamentais de protecção de dados nos ficheiros de crédito; 4. As entidades sancionadoras em caso de violação das regras da protecção de dados pessoais; 5. Para onde caminhamos?; 6. Conclusões

## 1. Introdução

A criação de tratamentos de dados relativos aos devedores numa relação creditícia tem uma inegável importância para a vida económica <sup>1</sup>. De tal forma que já vão sendo comuns referências à neces-

---

\* O texto que se publica corresponde à comunicação apresentada na Reunião de Peritos organizada pelo Observatório do Endividamento dos Consumidores, que decorreu em Oeiras, a 20 de Junho de 2002, sob o tema «A prevenção do sobreendividamento: regulação, educação e mercado».

<sup>1</sup> As normas relativas ao crédito ao consumo estão actualmente previstas no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 101/

sidade de instituir aquilo a que se tem chamado uma «actividade creditícia responsável» que implicaria, da parte do credor, a obrigação de verificar e avaliar as condições de solvabilidade do devedor através da consulta às bases de dados <sup>2</sup>.

Os ficheiros de crédito existentes em Portugal contêm informação relativa aos vulgarmente chamados «maus pagadores» <sup>3</sup>. São tratamentos de que consta, designadamente, informação sobre situações de incumprimento de obrigações resultantes de operações de crédito.

Enquanto instrumentos de prevenção, estes tratamentos reduzem o risco da concessão e aplicação de crédito, e permitem uma maior segurança e rapidez nas transacções subsequentes <sup>4</sup>. Mas nem só o credor deles retira vantagem: bem vistas as coisas, tanto o consumidor, como as instituições de crédito, as sociedades financeiras e outras entidades relacionadas com operações de crédito, beneficiam da sua existência. Estas, porque os chamados «ficheiros de crédito» auxiliam a avaliação dos riscos das operações de crédito, aqueles, porque desta avaliação resulta a prevenção do sobreendividamento que tantas vezes conduz a situações de incumprimento <sup>5</sup>.

---

/2000, de 2 de Junho. A já anunciada revisão da Directiva sobre o crédito ao consumo, que foi delas matriz, faz prever a revisão destas disposições a curto prazo.

<sup>2</sup> Esta parece poder vir a ser a ideia de força da revisão da Directiva: veja-se, v.g., a referência que faz o Documento Síntese da Direcção-Geral da Saúde e da Defesa do Consumidor da Comissão Europeia sobre a revisão da Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre o crédito ao consumo. Tal obrigação foi imposta, v.g., na Bélgica e nos Países Baixos.

<sup>3</sup> A expressão não é usada só em Portugal. Encontramos a designação «liste des mauvais payers», v.g., em documentos da *Commission de la Protection de la Vie Privée* Belga. Em Espanha é comum a designação «ficheros de morosos».

<sup>4</sup> Algumas notas sobre a importância dos ficheiros de crédito podem ser encontradas em: VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados*, Colex, 1993, p. 147 ss..

<sup>5</sup> A nota informativa da Comissão de Protecção de Dados Belga (*Commission de la Protection de la Vie Privée*) sobre os direitos das pessoas cujos dados constem dos registos da *Banque Nationale Belge* e da *Union Professionnelle du*

Se é verdade que «o crédito constitui um dos motores do crescimento económico e do bem-estar dos consumidores», ele «também representa um risco para os fornecedores de crédito e uma ameaça de excesso de encargos e de insolvência para um número cada vez maior de consumidores»<sup>6</sup>. Daí a importância da avaliação preliminar à possibilidade da sua concessão, com recurso aos ficheiros de crédito.

Não se pense, ainda assim, que consideramos a criação destes tratamentos de dados uma atitude meramente «paternalista» do legislador, que os permite, da Administração independente, como o Banco de Portugal, que centraliza a informação sobre o crédito, ou das entidades que organizam ficheiros de titularidade privada para o mesmo fim. Estes ficheiros são criados, antes de mais, para que aqueles que fazem da concessão de crédito a sua, ou uma das suas, actividades possam antecipadamente evitar o risco de incumprimento. O que, aliás, como dissemos, é legal, é legítimo – afinal, o custo do crédito é também função do risco do credor – e até desejável na medida em que com eles se pretende prevenir o endividamento excessivo do consumidor. Por outro lado, deve salientar-se que não se considera que exista um direito fundamental à obtenção de crédito...<sup>7</sup>

É, contudo, inegável, que o tratamento da informação contida em ficheiros de incidentes de crédito pode constituir uma abusiva ameaça à privacidade do consumidor, se não forem cumpridas as regras da protecção de dados pessoais, podendo gerar graves situações de discriminação<sup>8</sup>.

---

*Crédit* explica precisamente que a finalidade de tais tratamentos é, por um lado, evitar o sobreendividamento dos particulares, por outro, proteger o credor em relação à insolvabilidade dos consumidores.

<sup>6</sup> Resolução do Conselho de 26 de Novembro de 2001, relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores, publicada no Jornal Oficial n.º C 364, de 20 de Dezembro de 2001.

<sup>7</sup> Se bem que, pelo facto de estes ficheiros poderem conduzir à exclusão da realização de um contrato, o legislador português, seguindo a Directiva, considerou que os ficheiros de crédito colocariam riscos especiais.

<sup>8</sup> Sobre uma primeira construção do direito à «privacy»: WARREN, Samuel / BRANDEIS, Louis, «The right to privacy», *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, 15 December 1890. Os autores, no seu pioneiro artigo acerca deste direito, reclamaram, então, a protecção jurídica de um direito de personalidade que até aí

O regime da protecção de dados pessoais procura, precisamente, equilibrar, por um lado, a garantia das liberdades e direitos individuais, e por outro, a liberdade de utilização e circulação da informação necessária às relações comerciais<sup>9</sup>.

Tomemos como exemplo o Sr A que quis comprar um electrodoméstico a crédito, mas não pôde fazê-lo por o seu nome constar como devedor com incidentes num ficheiro de crédito... Sempre se poderá dizer que assim se evitou que o Sr A contraísse nova dívida que também não iria honrar. Mas as coisas nem sempre são tão lineares. Basta que o ficheiro contendo os dados do Sr. A não esteja actualizado, e que a situação, embora regularizada, conste há vários meses como incidente não regularizado.

---

apenas fora jurisprudencialmente protegido mediante o recurso à violação do direito de propriedade privada, à violação de confidencialidade, da confiança, ou de uma obrigação de tipo contratual. Sobre o contributo da doutrina e jurisprudência americanas na construção de um «right of privacy» pode ver-se: RIGAUX, François, «L'élaboration d'un «right of privacy» par la jurisprudence américaine», *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 32, n.º 4, Outubro-Dezembro 1980, p. 701 ss., e «La liberté de la vie privée», *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 43, n.º 3, 1991, p. 539 ss.. Entre nós, sobre o alcance que deve ser atribuído à «privacy»: CARVALHO, Orlando de, «Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)», *O homem e o tempo – Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 527 ss., sobretudo a n. 69. Em especial sobre o direito de controlar a informação sobre a vida privada – direito à reserva sobre a intimidade da vida privada: CARVALHO, Orlando de, *Direitos de Personalidade, Apontamentos de aulas* (Polic.), Coimbra, p. 7 ss.; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 209; SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 316 ss.; PINTO, Paulo Mota, «O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXIX, 1993, p. 479 ss.; *Idem*, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», *Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra, 1999, p. 171 ss.; *Idem*, «A protecção da vida privada e a Constituição», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 76, 2000, p. 153 ss.; *Idem*, «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 527 ss..

<sup>9</sup> Veja-se, v.g., GONÇALVES, Maria Eduarda, *Direito da Informação*, Almeida, Coimbra, 1994, p. 96 ss..

Exemplos como este ilustram a crescente importância do tratamento dos dados pessoais dos consumidores/devedores. Afinal, está em causa a difusão de informação susceptível de originar discriminação, de influenciar negativamente uma reputação, e de causar prejuízos patrimoniais pela não celebração de contratos <sup>10</sup>.

Por isso mesmo, estes ficheiros, e a protecção das informações que os constituem, entraram na ordem do dia das discussões europeias sobre o crédito ao consumo, nomeadamente em virtude da revisão da respectiva directiva <sup>11</sup>.

A nossa atenção vai centrar-se, nesta breve exposição, na protecção de dados pessoais no que respeita ao crédito ao consumo. Estamos, contudo, conscientes de que este não é o único ponto sensível na perspectiva do consumidor. Basta que nos lembremos de outro importante tratamento de dados pessoais, centralizado no Banco de Portugal e disponibilizado às instituições de crédito e às sociedades financeiras, relativo aos utilizadores de cheque que oferecem risco, cuja utilização tem ocasionado várias (diríamos, a maioria) das queixas endereçadas à Comissão Nacional de Protecção de Dados <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Também em Espanha os autores descrevem situações em que a inclusão neste tipo de ficheiros cria a impossibilidade de obter crédito, dificulta ou impede a concessão de um cartão de crédito, etc...: JIMÉNEZ RIUS, Pilar, «Análise de la regulación del tratamiento de datos personales realizado por las Entidades de Crédito en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, Abril-Junho 2001, p. 227 (229) ss..

<sup>11</sup> Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro de 1990, e pela Directiva 98/7/CE, de 16 de Fevereiro.

<sup>12</sup> O Decreto-Lei n.º 454/91, de 19 de Novembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro), obriga as instituições de crédito a procederem à rescisão de convenção de cheque com as entidades que o utilizam indevidamente, procurando, deste modo, proteger e fomentar a confiança na sua circulação. Assim, as instituições de crédito não podem celebrar convenção de cheque com as entidades que integrem a listagem de utilizadores de cheque que oferecem risco (LUR) divulgada, nos termos da lei, pelo Banco de Portugal.

Começaremos por uma curta análise do enquadramento jurídico geral da matéria de protecção de dados, destacando os princípios que assumem uma maior importância.

Seguidamente, serão objecto de maior desenvolvimento os problemas que desse ponto de vista colocam os ficheiros de «maus pagadores».

A finalizar, deixaremos o levantamento das preocupações que a crescente europeização da concessão de crédito poderá ocasionar.

## 2. O enquadramento jurídico geral da protecção de dados pessoais

É da Constituição, do direito comunitário e da legislação portuguesa que transpôs as suas Directivas em matéria de protecção de dados, que resulta a disciplina fundamental da protecção de dados em Portugal.

O art. 35.º da Constituição consagra um conjunto de direitos fundamentais que pretendem impedir que cada um de nós passe a ser encarado como um «simples objecto de informações»<sup>13</sup>. Nele se

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1993, p. 216. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 355/97, publicado no DR I-A n.º 131, de 7 de Junho de 1997, p. 2803-2812, refere-se a estes direitos fundamentais. Este conjunto de direitos foi expressivamente garantido na Constituição Brasileira de 1988 que atribui ao titular de dados pessoais um *habeas data*, no seu art. LXXII. São vários os autores que analisam o art. 35.º da Constituição. Veja-se, v.g.: GONÇALVES, Maria Eduarda, *op. cit.*, p. 101 ss.; GOUVEIA, Jorge Bacelar, «A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXIV, 1993, p. 181 (especialmente p. 214 ss.) ss.; MONIZ, Helena, «Notas sobre a Protecção de Dados Pessoais perante a Informática», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Fasc. 2, Abril-Junho, Ano 7, 1997, p. 232 (em especial p. 245 ss.) ss.; PINTO, Paulo Mota, «A Protecção da Vida Privada e a Constituição», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 76, 2000, p. 153 ss.; RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «Informática e reserva da vida privada», *Comunicação e defesa do consumidor (Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC na FDUC de 25 a 27 de Novembro de 1993)*, Coimbra, 1996, p. 287 (290-291) ss..

contempla, *v.g.*, o **direito de acesso** aos dados pessoais pelo respectivo titular, o **direito de rectificação e actualização** dos mesmos, bem como o **princípio da finalidade** no tratamento de dados. O mesmo artigo institui uma **proibição** geral, depois regulada na Lei, de **acesso aos dados de terceiros**.

A Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro – que é a Lei da Protecção de Dados Pessoais – transpõe a Directiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados <sup>14</sup>.

Nesta Lei dispõe-se acerca **dos direitos** dos titulares dos dados pessoais, bem como dos **princípios fundamentais de protecção** que devem orientar a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação, a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização e a comunicação de **dados pessoais**. Ou seja, a Lei da Protecção de Dados consagra os princípios fundamentais para tratamento de qualquer **informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte (incluindo som e imagem), relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável** (*i.e.*, dados pessoais). Exclui-se da protecção da Lei, por não serem considerados dados pessoais, os tratamentos de dados relativos a pessoas colectivas <sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Adoptada a 24 de Outubro de 1995, e publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 23 de Novembro de 1995, L281, p. 31 ss.. Outras disposições internacionais importantes em matéria de dados pessoais são a Convenção 108 do Conselho da Europa (Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal), adoptada em Estrasburgo, a 28 de Janeiro de 1981 e alterada a 15 de Junho de 1999 e com Protocolo adicional de 8 de Novembro de 2001 (Resolução da AR n.º 23/93, de 9 de Julho, que a aprovou, para ratificação; Decreto do Presidente da República n.º 21/93 que a ratificou); as linhas directrizes da OCDE, aprovadas pela Recomendação do Conselho de Ministros da OCDE a 23 de Setembro de 1980, e subscritas por Portugal; as linhas Directrizes das Nações Unidas: Resolução n.º 45/95, de 14 de Dezembro de 1990; o Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985 e a respectiva Convenção de Aplicação, de 9 de Junho de 1990. Também a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial do Trabalho (OIT) emitiram disposições relativas à protecção de dados pessoais.

<sup>15</sup> Apesar disso, a CNPD teve já ocasião de manifestar que considera cada vez mais duvidoso que possa continuar a considerar-se como exclusivo destina-

Eis, de forma resumida, os princípio e direitos (e correspondentes deveres) nela consagrados:

- O **Dever** (do responsável pelo tratamento de dados pessoais) **de notificação** da realização de um tratamento junto da autoridade de supervisão (que é, por força da mesma Lei, a Comissão Nacional de Protecção de Dados), dever imposto pelo art. 27.º.

A Lei prevê, contudo, a possibilidade de a CNPD, ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo, isentar de notificação algumas categorias de tratamentos que, atendendo aos dados a tratar, não sejam susceptíveis de fazer perigar os direitos e liberdades dos titulares dos dados <sup>16</sup>.

- O **Princípio da finalidade**, que impõe o respeito pelo fim para que os dados foram recolhidos (art. 5.º n.º 1 alínea b) <sup>17</sup>. Quando se constitui um tratamento de dados pessoais devem ser indicados os

---

tário das medidas de protecção de dados as pessoas singulares, esquecendo as pessoas colectivas: Parecer n.º 18/2000, de 5 de Maio, publicado no Relatório da CNPD de 2000.

<sup>16</sup> As isenções de notificação actualmente existentes foram publicadas no DR n.º 22, 2.ª Série, de 22 de Janeiro de 2000. Nenhuma delas foi especialmente pensada para entidades com funções relativas a operações de crédito. São elas: o processamento de retribuições, prestações, abonos de funcionários ou empregados; a gestão de utentes de bibliotecas e arquivos; a facturação e gestão de contactos com clientes, fornecedores e prestadores de serviços; a gestão administrativa de funcionários, empregados e prestadores de serviços; o registo de entradas e saídas de pessoas em edifícios; a cobrança de quotizações em associações e contactos com os respectivos associados. No entanto, a CNIL francesa (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) aprovou, em 1980, normas simplificadas (n.º 12, publicada no *Journal officiel* de 19 de Agosto de 1980, e norma simplificada n.º 13, publicada no *Journal officiel* de 19 de Agosto de 1980, e suas alterações, no *Journal officiel* de 21 de Junho de 1985 e de 11 de Agosto de 1988), relativas a tratamentos de dados no sector bancário. A norma simplificada n.º 12 refere-se ao tratamento de dados para registo e actualização das informações relativas à gestão de operações de depósito e levantamento, extractos, pedidos de cheques e pagamentos periódicos, e características de funcionamento das contas. A norma simplificada n.º 13 refere-se, designadamente, ao tratamento de dados para realização do *dossier* de crédito e sua gestão.

<sup>17</sup> Igualmente previsto no art. 5.º n.º 1 alínea b) da Convenção 108 do Conselho da Europa e no art. 6.º alínea b) da Directiva 95/46/CE. Também designado como princípio da limitação da utilização: MONIZ, Helena, *op. cit.*, p. 264.

seus objectivos<sup>18</sup>. Os dados pessoais não podem ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades;

Qualquer utilização de dados pessoais para um fim diferente da recolha está sujeita a autorização da CNPD (art. 28.º n.º 1 alínea d), entidade a que compete avaliar se a nova finalidade de tratamento é, ou não, incompatível com a finalidade para que foram recolhidos os dados pessoais<sup>19</sup>;

A finalidade para que são tratados os dados deve ser determinada, explícita e legítima (o que exclui o tratamento de dados para fins não claramente determinados ou vagos, ou o seu desconhecimento por parte do titular dos dados);

• O **Direito ao esquecimento** (*the right to be let alone*<sup>20</sup> ou *droit a l'oublié*), que obriga a que os dados apenas possam ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior (art. 5.º n.º 1 alínea e)<sup>21</sup>;

• O **Princípio da qualidade ou fidelidade dos dados** (art. 5.º n.º 1)<sup>22</sup> proíbe que os dados sejam excessivos, e obriga a que sejam

---

<sup>18</sup> Helena Moniz chamou-lhe «princípio da especificação dos fins»: MONIZ, Helena, *op. cit.*, p. 263.

<sup>19</sup> Existem algumas decisões da CNPD sobre a matéria. Veja-se, v.g., o Parecer n.º 22/2001 da CNPD, a publicar no Relatório de 2001 da CNPD, e disponível em [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt). Uma das situações mencionadas diz respeito à Banca: a CNPD considerou que o lançamento conjunto de um livro (coleção de moedas) entre um Banco e uma empresa que edita e vende livros pode entender-se, como **não incompatível** com um ficheiro de marketing. O Banco que pretende associar o seu nome a uma edição que entende de interesse para os clientes, pode incluir essa informação na sua actividade promocional.

<sup>20</sup> A expressão é de WARREN, Samuel/BRANDEIS, Louis, *op. cit.*. Entre nós, Orlando de Carvalho também a utiliza, embora em sentido diferente: *Direitos de Personalidade...*, cit., p. 8.

<sup>21</sup> Existe disposição com o mesmo sentido no art. 8.º alínea e) da Convenção 108 do Conselho da Europa e no art. 6.º n.º 1 alínea e) da Directiva 95/46/CE.

<sup>22</sup> Também definidos no art. 5.º n.º 1 alínea c) da Convenção 108 do Conselho da Europa e no art. 6.º alínea c) da Directiva 95/46/CE. Também Helena Moniz assim o designou: MONIZ, Helena, *op. cit.*, p. 263.

pertinentes e adequados relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados (alínea c)<sup>23</sup>. Os dados devem ainda ser exactos e encontrar-se actualizados (alínea d). Para verificação da sua exactidão, e para possibilitar a sua rectificação/actualização, o titular deverá dispor de um direito de acesso e de rectificação: se as informações constantes de um tratamento são inexactas, devem ser rectificadas, se são incompletas, completadas, se equívocas, clarificadas, se desactualizadas, merecem actualização<sup>24</sup>.

• O titular dos dados tem o **Direito de informação** (art. 10.º)<sup>25</sup>. Sempre que os dados sejam recolhidos de forma directa, aquele deve ser informado da acerca da existência do tratamento, da identidade do respectivo responsável, das suas finalidades. Considera-se que o tratamento de dados não decorre de forma lícita quando o titular dos dados o desconheça<sup>26</sup>. Deve ainda ser-lhe dada a conhecer a existência de condições de acesso e rectificação dos dados, assim como os destinatários (ou categorias) das informações. Estas indicações deverão constar dos documentos que servem de base à recolha, ou de disposições contratuais. Se as informações forem obtidas de forma indirecta, não sendo recolhidas junto do titular dos dados, o responsável pelo tratamento deve prestar-lhe essas mesmas informações no momento do registo dos dados, ou, se estiver prevista a comunicação a terceiros, o mais tardar, no momento da primeira comunicação (n.º 3 do art. 10.º).

---

<sup>23</sup> Orlando de Carvalho já se havia referido ao critério da necessidade dos dados, a propósito do tratamento de dados pessoais informatizados: *Direitos de Personalidade...*, cit., p. 16 e 17.

<sup>24</sup> O *Conseil d'Etat*, numa decisão de 1994 (CE, 30 de Novembro de 1994, *Benhaim*), estabeleceu: «l'inexactitude implique la rectification, l'équivoque appelle la clarification, le caractère incomplet, le complément et la péremption, la mise à jour».

<sup>25</sup> Consagrado no art. 8.º alínea a) da Convenção 108 do Conselho da Europa e no art. 10.º e art. 11.º da Directiva 95/46/CE.

<sup>26</sup> No mesmo sentido: MORIN, Bruno (Dir.), *Les fichiers de personnes et le Droit*, Hermès, Paris, 1991, p. 23, que refere também uma decisão da Cour d'appel de Rennes, de 24 de Junho de 1986, na qual o tribunal considerou ilícita e fraudulenta a recolha de dados sem que fosse garantido ao respectivo titular o direito de informação.

• O **Direito de acesso** está previsto no art. 11.º da Lei da Protecção de Dados <sup>27</sup>.

O titular dos dados tem o direito de saber se sobre si são tratadas quaisquer informações (direito de interrogar <sup>28</sup>), mas também se lhe dá a possibilidade de conhecer essas mesmas informações (direito à comunicação dessas informações <sup>29</sup>). O direito de acesso deve poder ser exercido mesmo que o titular dos dados não apresente qualquer justificação <sup>30</sup>.

Um dos objectivos do exercício do direito de acesso pode ser o de obter a rectificação dos dados pessoais inexactos, incompletos, equívocos ou desactualizados.

• O **Princípio da confidencialidade** dos tratamentos de dados pessoais decorre do art. 17.º da Lei da Protecção de Dados. Os responsáveis do tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções.

• O **Princípio da proibição de decisões individuais automatizadas** (Art. 13.º n.º 1) <sup>31</sup>. Segundo a Lei da Protecção de Dados, qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente o seu **crédito**, ou a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.

Qual o reflexo destes princípios e direitos nos tratamento de dados relativos às informações sobre o crédito, é o que importa agora averiguar.

---

<sup>27</sup> Também previsto no art. 8.º alínea b) da Convenção 108 do Conselho da Europa e no art. 12.º da Directiva 95/46/CE.

<sup>28</sup> MORIN, Bruno, *op. cit.*, p. 38. Veja-se a alínea a) do art. 11.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

<sup>29</sup> MORIN, Bruno, *op. cit.*, p. 38; FENOLL-TROUSSEAU, Marie-Pierre/HAAS, Gérard, *Internet et Protección de Données Personnelles*, Litec, Paris, 2000, p. 51. Veja-se a alínea b) do n.º 1 do art. 11.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

<sup>30</sup> MORIN, Bruno, *op. cit.*, p. 46.

<sup>31</sup> Art. 15.º da Directiva 95/46/CE.

### 3. Reflexos dos direitos e princípios fundamentais de protecção de dados nos ficheiros de crédito.

Em todos os Estados-Membros existem ficheiros positivos ou negativos com informação sobre crédito: os primeiros registam todos os compromissos do consumidor em matéria de crédito, os segundos tratam apenas as situações de incumprimento <sup>32</sup>.

Entre nós, a informação sobre riscos de crédito é hoje centralizada no **Banco de Portugal**, nos termos da Lei n.º 29/96, de 11 de Abril <sup>33</sup>, admitindo-se ainda a criação de **sistemas privados** de informação **recíproca**, com o fim de garantir a segurança das operações, que podem ser constituídos por instituições de crédito, ao abrigo do art. 83.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras <sup>34</sup>, ou por outras entidades, nos termos gerais da legislação de dados pessoais.

Os ficheiros de titularidade privada têm como finalidade «retratar o relacionamento creditício de determinada pessoa ou entidade, sempre que existam incidentes» <sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> No primeiro caso temos, v.g., a Alemanha, a Áustria, os Países Baixos e o Reino Unido. No segundo caso, a Bélgica (embora se discuta a adopção do outro sistema), a Espanha, e a França.

<sup>33</sup> A centralização do crédito era anteriormente regulada pelo Decreto-Lei n.º 47 909, de 7 de Setembro de 1967, e fora objecto da Autorização n.º 14/95 da CNPD. A Comissão emitiu, ainda em 1995, Deliberação acerca das condições para alteração do diploma de 1967 (Deliberação n.º 22/95).

<sup>34</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 246/95 de 14 de Setembro, Decreto-Lei n.º 232/96 de 5 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 222/99 de 22 de Junho, Decreto-Lei n.º 250/2000 de 13 de Outubro e Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro: «Independente-mente do estabelecido quanto ao Serviço de Centralização de Riscos de Crédito, as instituições de crédito poderão organizar, sob regime de segredo, um sistema de informações recíprocas com o fim de garantir a segurança das operações». Sendo um sistema de informações recíprocas, não faria sentido que entidades que não participassem neles – desde logo, não fornecendo informação – pudessem a ele aceder. Veja-se, v.g., a Autorização n.º 37/98, publicada no Relatório da CNPD de 1998.

<sup>35</sup> Autorização da CNPD n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD.

### *O fundamento para o tratamento de dados relativos a incidentes de crédito*

Nos termos da Lei da Protecção de Dados, os tratamentos de dados pessoais só podem ocorrer quando exista uma condição de legitimidade que o fundamente. Estas condições são as previstas no art. 6.º:

- consentimento inequívoco do titular dos dados;
- execução de contrato ou diligências prévias à sua formação ou declaração de vontade negocial do titular dos dados (alínea a);
- obrigação legal do responsável pelo tratamento (alínea b);
- protecção de interesses vitais do titular dos dados, se este estiver incapaz de consentir (alínea c);
- execução de missão de interesse público ou exercício de autoridade pública (alínea d);
- prossecução de interesses legítimos do responsável ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados (desde que não devam prevalecer os interesses ou direitos do titular dos dados (alínea e).

O fundamento para constituição do tratamento e para o acesso aos dados destes ficheiros é o Decreto-Lei n.º 29/96, de 11 de Abril, **no caso do tratamento do Serviço de Centralização de Riscos do Crédito do Banco de Portugal**.

A **Lei obriga à comunicação** dos dados relativos ao crédito (art. 3.º n.º 1), por parte das entidades participantes, comunicação que, por isso, tem **fundamento legal**. Por outro lado, a própria Lei permite que as entidades às quais tenha sido pedida a concessão de crédito, ou sejam credoras actuais, possam conhecer as informações constantes do ficheiro acerca do requerente/devedor (art. 4.º n.º 1), havendo, todavia, segundo a regulamentação do Banco de Portugal, a necessidade de solicitar o **consentimento do titular** para o acesso às informações que lhe respeitem <sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Instrução n.º 16/2001 do Banco de Portugal (6.2).

É, assim, ao abrigo da condição de legitimidade para o tratamento de dados prevista no art. 6.º alínea b) da Lei n.º 67/98 (obrigação legal), que o envio de informações para centralização e sua **organização** se realiza. Mas é por força do consentimento que esta informação é **consultada** ou disponibilizada às entidades participantes (condição legitimante do tratamento de dados constante do corpo do art. 6.º da Lei da Protecção de Dados).

**No caso dos sistemas de informações recíprocas organizados por entidades ao abrigo do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras**, a sua constituição também se funda numa disposição legal (o art. 83.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro) e na autorização da CNPD <sup>37</sup>.

Porque existe esta disposição legal, os dados relativos ao incumprimento **são comunicados pelas entidades participantes e passam a constar dos sistemas** de informação comum **sem que se exija a autorização** do respectivo titular, que goza, todavia, do direito de informação <sup>38</sup>. Neste caso, a realização do tratamento de dados (comunicação à entidade centralizadora das situações de não cumprimento e organização do tratamento por esta) baseia-se no art. 6.º alínea e) da Lei da Protecção de Dados Pessoais («**prosecução de interesses legítimos** do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados») e na alínea d) («**execução de missão de interesse público**»), tanto mais que a existência de norma legal habilitante (art. 83.º do Decreto-Lei n.º 298/92) mostra bem a legitimidade desse mesmo interesse, e a sua caracterização como interesse público (designadamente da economia), revelado pela lei <sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Não se vê razão para que este sistema de informações recíproca não possa ser organizado por uma entidade que não caiba no âmbito do Decreto-Lei n.º 298/92. Esta entidade será uma entidade prestadora de serviços às entidades participantes.

<sup>38</sup> Autorização da CNPD n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD.

<sup>39</sup> Todavia, a CNPD tem vindo a considerar que a disponibilização das informações pela entidade gestora às entidades participantes é feita com base na alínea b) do mesmo art. (obrigação legal): veja-se, v.g., a Autorização n.º 66/2000 da CNPD.

O contrato entre a entidade prestadora de serviços que organiza o sistema de informação recíproca sobre crédito e as entidades utilizadoras deve estabelecer que estas informam o titular dos dados, no momento da concessão do crédito, de que o seu incumprimento será objecto de tratamento através da sua inclusão no ficheiro de «maus pagadores».

Por outro lado, a **sua consulta** antes da concessão do crédito – o acesso aos dados – pela entidade que vai (ou não) conceder esse mesmo crédito, acontece com base na **autorização** que a entidade utilizadora do sistema de informação sobre o crédito deve obter do titular dos dados ou em cláusula contratual.

Admite-se, nestes casos, a comunicação de dados por parte das instituições de crédito e sociedades financeiras a **empresas do Grupo**, para o **mesmo fim**, desde que estas também sejam instituições de crédito ou sociedades financeiras, **sem necessidade de autorização do titular dos dados**, na medida em que a Lei admite (no já referido art. 83.º do Decreto-Lei n.º 298/92) que «as instituições de crédito poderão organizar, sob regime de segredo, um sistema de informações recíprocas com o fim de garantir a segurança das operações». Esta comunicação de dados, que também é um tratamento nos termos do art. 3.º alínea b) da Lei da Protecção de Dados, fica igualmente legitimada pelo art. 6.º alínea d) (**execução de missão de interesse público**) e e) (**prosecução de interesses legítimos**) da Lei da Protecção de Dados.

Tem também sido solicitada autorização à CNPD para criação de serviços de informações sobre crédito, a realizar através de entidade prestadora de serviços, entre **entidades que não são instituições de crédito ou sociedades financeiras**, mas que são pessoas singulares ou colectivas que «vendam bens ou prestem serviços a crédito, e, por isso, cujo pagamento não seja efectuado de imediato ou a contado, e que, por esse facto, necessitem de informação actualizada sobre a solvabilidade e o crédito dos respectivos clientes ou potenciais clientes e, em concreto, sobre o cumprimento ou incumprimento por estes de obrigações de natureza idêntica»<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Autorização n.º 35/99, publicada na Relatório da CNPD de 1999.

O fundamento destes tratamentos, bem como da comunicação de dados que lhe anda associada, já não poderá ser a existência de disposição legal, que justificaria a missão de interesse público ou o interesse legítimo, pois o art. 83.º não se aplica a estas entidades. Assim, apenas a existência de **cláusula contratual entre o credor e o devedor**, ou de existência do **consentimento** deste, poderá criar condições de legitimidade para a realização deste tratamento (corpo do art. 6.º da Lei da Protecção de Dados), seja para a comunicação dos dados quando ocorra incidente, seja para constituição do próprio ficheiro <sup>41</sup>. Apesar da existência de um destes fundamentos, a entidade centralizadora sempre deverá cumprir o seu dever de informação ao consumidor/devedor quando este entra no ficheiro.

Outra das condições impostas pela CNPD para autorizar estes tratamentos utilizados por entidades não abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 298/92, tem sido a de que não exista interconexão de informação entre ficheiros (ao abrigo do art. 83.º e fora dele) quando por eles seja responsável a mesma entidade, e que, por exigência do art. 83.º, apenas as entidades abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 298/92 possam participar no seu próprio sistema de informação recíproca <sup>42</sup>.

Uma entidade não abrangida pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras não poderá participar – comunicando e recebendo informação – num sistema de informações de crédito criado para instituições de crédito e sociedades financeiras, pois o art. 83.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, apenas permite que as instituições de crédito e sociedades financeiras organizem um sistema de informação **recíproca** com o fim de garantir a segurança das operações <sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Deliberação n.º 16/2000, publicada no Relatório de 2000 da CNPD.

<sup>42</sup> Também Autorização n.º 35/99, publicada na Relatório da CNPD de 1999.

<sup>43</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 246/95, de 14 de Setembro, Decreto-Lei n.º 232/96, de 5 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, Decreto-Lei n.º 250/2000, de 13 de Outubro e Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro. Neste sentido: Autorização n.º 32/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

E se uma sociedade **não** financeira quiser transmitir dados pessoais dos seus clientes a entidades financeiras do **Grupo** quando os seus clientes estiverem em mora ou em situação de incumprimento?

Poderá fazê-lo desde que com o consentimento informado do titular dos dados. Não vale aqui o fundamento do art. 83.º do Decreto-Lei n.º 298/92. Poderá receber e facultar informação, **se o titular consentir**, depois de informado acerca da finalidade, dos dados comunicados e das entidades a que estes são comunicados <sup>44</sup>.

Por vezes as instituições de crédito recorrem a outros bancos ou empresas para obter dados (de forma indirecta) sobre os devedores, **pretendendo avaliar a sua situação patrimonial e financeira (não já os incidentes)**. Nestes casos, os credores devem solicitar a quem se lhe dirige procurando crédito que **autorizem** essa recolha indirecta de dados.

### *O dever de notificação*

É ao responsável pelo tratamento de dados que incumbe comunicar a sua realização à CNPD. Esta, nos termos do art. 28.º n.º 1 alínea b) da Lei da Protecção de Dados, avaliará a possibilidade da sua autorização.

A constituição dos tratamentos de dados relativos aos incidentes de crédito está sujeita ao controlo prévio da Comissão (são o que o art. 28.º refere como «tratamento de dados relativos ao crédito e à solvabilidade dos seus titulares»). Os tratamentos, são, por isso, objecto de uma autorização da CNPD e não de um mero registo <sup>45</sup>. A

<sup>44</sup> Autorização n.º 32/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>45</sup> O art. 11.º b) da anterior Lei da Protecção de Dados (Lei n.º 10/91, alterada pela Lei n.º 28/94) considerava os dados relativos à situação financeira e patrimonial como dados sensíveis. Com a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, estes dados deixaram de ser considerados como tal, por influência da previsão da Directiva 45/96/CE, e por isso ficando sujeito a um regime menos condicionado de tratamento. A Autorização n.º 90/95 da CNPD considerava o tratamento de dados relativos ao crédito como revelando a situação financeira e patrimonial do titular dos dados: «o ficheiro de incidentes de crédito apesar de não respeitar a toda a situação financeira da pessoa eventualmente indicada, terá, com o tempo,

submissão destes tratamentos ao controlo prévio da CNPD (que no caso dos ficheiros autorizados por Lei também acontece, em virtude da necessária submissão a parecer da CNPD do projecto de diploma legislativo, nos termos do art. 23. n.º 1) resulta da previsão da Directiva 95/46/CE (art. 20.º). Aí se estabelece que «os Estados-Membros especificarão os tratamentos que possam apresentar riscos específicos para os direitos e liberdades das pessoas em causa e zelarão para que sejam controlados antes da sua aplicação». Conjugando o teor deste artigo da Directiva com os seus considerandos 53 e 54, que referem como exemplo desses tratamentos todos aqueles que possam privar as pessoas de um direito, de uma prestação ou de um contrato, torna-se claro que a constituição de um ficheiro de crédito, que pode afastar a obtenção de um empréstimo por parte de uma pessoa, cairá nesta situação, ficando obrigada ao controlo prévio da CNPD, nos termos do que veio a definir o art. 28.º da Lei da Protecção de Dados <sup>46</sup>.

Assim, no caso dos tratamentos de dados relativos ao crédito, o pedido de autorização – a apresentar através do formulário comum disponível na página da *internet* da CNPD <sup>47</sup> – não será objecto de um mero registo, ficando sujeito a uma autorização da CNPD (ou lei especial).

Todavia, não carecem de autorização da CNPD os tratamentos que, como a Central de Riscos de Crédito do Banco de Portugal, tenham sido autorizados por Lei <sup>48</sup>.

---

um carácter abrangente, registando e relacionando todos os incidentes de crédito existentes com as várias empresas (pelo menos de todas as aderentes). Resulta claro que a finalidade do ficheiro respeita a parte da relação financeira da pessoa e que a indicação ou indicações existentes têm clara consequência numa leitura negativa da situação financeira. De facto não se indica quanto se tem, mas impede-se ou condiciona-se, quer a verdadeira situação financeira seja considerada positiva ou negativa, a relação comercial e financeira de determinada pessoa com base em indicação de crédito (isolado ou acumulado)».

<sup>46</sup> Sobre a importância da Directiva 95/46/CE neste aspecto: JIMÉNEZ RIUS, Pilar, *op.cit.* p. 230.

<sup>47</sup> [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt).

<sup>48</sup> Decreto-Lei n.º 29/96, de 11 de Abril; Instrução do Banco de Portugal n.º 16/2001, que regulamenta a comunicação ao Banco de Portugal das responsabilidades por crédito concedido ou potencial, por forma a que este centralize os respectivos elementos por agregação, publicada no BNPB n.º 7, de 16 de Julho de 2001.

Devem notificar os tratamentos de dados à CNPD, **quer as entidades responsáveis** por serviços de informação sobre o crédito, **quer os aderentes** a esses mesmos sistemas <sup>49</sup>.

A Comissão não tem autorizado a comunicação de dados por uma entidade a outra entidade cujos tratamentos de dados não se encontrem legalizados junto da CNPD.

### *O Princípio da finalidade*

O respeito pelo fim para que os dados foram recolhidos torna ilegítimos os tratamentos realizados com desvio da finalidade.

O que significa, *v.g.*, que desrespeitará o princípio da finalidade o responsável por um ficheiro relativo a incidentes de crédito, que, sem mais, utilize os respectivos dados para realizar campanhas de marketing, ou que os ceda para o mesmo efeito – quer ceda moradas, ou o perfil para publicitar novos produtos ou serviços.

Violará o mesmo princípio a instituição que conserve e utilize os dados contidos na listagem de utilizadores de cheques de risco (LUR), para analisar os pedidos de concessão de crédito <sup>50</sup>.

No caso do Serviço de Centralização de Riscos do Crédito do Banco de Portugal, a lei proíbe expressamente a utilização dos dados para fins diversos dos fins desta centralização de informação (art. 3.º n.º 2).

No caso dos serviços de informação sobre o crédito de titularidade privada, a proibição do tratamento de dados com desvio da finalidade resulta da própria Lei da Protecção de Dados (art. 5.º n.º 1 alínea b). As cláusulas contratuais a estabelecer entre a entidade que organiza o ficheiro de crédito e as entidades utilizadoras devem exigir que estas não utilizem os dados para finalidade diferente <sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Autorização n.º 35/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>50</sup> Isto porque a finalidade da listagem do Banco de Portugal é a de dar a conhecer as entidades com as quais não se pode celebrar convenção de cheque, e não para avaliar a concessão de crédito.

<sup>51</sup> Autorização n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD.

É contudo, em certas circunstâncias, possível tratar os dados recolhidos para uma finalidade, no âmbito de outra finalidade diferente.

De acordo com o art. 28.º da Lei da Protecção de Dados, carece de autorização da CNPD a utilização de dados pessoais para fins não determinantes da recolha. Assim, se uma instituição de crédito ou sociedade financeira pretende comunicar ao Grupo de que faz parte, para efeito da realização de campanhas de marketing, dados pessoais recolhidos, designadamente, para efeito de concessão de crédito, este desvio da finalidade só poderá ter lugar mediante autorização da CNPD<sup>52</sup>.

Esta poderá autorizar a comunicação de dados (que também é um tratamento) se o fundamento para o desvio da finalidade for o consentimento do titular dos dados (corpo do art. 6.º), ou de contrato celebrado entre a entidade financeira e o titular dos dados (art. 6.º al. a). A Lei impõe ainda que a autorização apenas possa ter lugar quando a nova finalidade não seja incompatível com a finalidade da recolha: a CNPD entendeu que a divulgação de produtos do Grupo não era incompatível<sup>53</sup>.

A necessidade de consentimento para tratamento de dados pessoais fora da constituição de um sistema de informações recíprocas, sempre resultaria do art. 78.º n.º 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras que estabelece que «Estão, designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias». Exceptuam-se, no art. 79.º, as situações em que exista autorização do cliente.

### *O Direito ao esquecimento*

Este *right to be let alone* obriga a que os dados apenas possam ser conservados de forma a **permitir a identificação dos seus**

---

<sup>52</sup> Veja-se, v.g., Autorização n.º 60/2000, da CNPD, publicada no Relatório de 2000.

<sup>53</sup> Autorização n.º 60/2000, da CNPD, publicada no Relatório de 2000.

titulares durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior (art. 5.º n.º 1 alínea e).

Os dados respeitantes a um incidente de crédito só devem ser conservados enquanto este incidente se verificar. Assim, logo que cessam os motivos determinantes do tratamento – i.e., logo que seja regularizado o incidente de crédito ou a dívida seja paga – os dados devem ser eliminados <sup>54</sup>.

A *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* francesa (CNIL), numa decisão de 1988, havia já recomendado que a conservação dos dados relativos a incidentes de crédito deveria ser limitada: ninguém pode ficar marcado/estigmatizado para toda a vida apenas porque, em circunstâncias especiais, teve um incidente nos seus pagamentos <sup>55</sup>.

A Comissão Nacional de Protecção de Dados tem tido o mesmo entendimento, que decorre do art. 5.º da Lei.

Tem-se admitido que o responsável pelo tratamento (que organiza a informação) possa conservar os dados relativos aos incidentes de crédito de forma a ser possível verificar as condições e os fundamentos da eliminação, mas de qualquer modo esta informação sobre incidentes de crédito já eliminados (porque paga a dívida ou regularizado o incidente) nunca deverá ser acedida por terceiros (i.e., pelas entidades participantes) <sup>56</sup>. Neste caso, o responsável poderá conservar os dados pelo período de 10 anos sobre o termo da relação de crédito <sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Autorização n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD, e Deliberação n.º 19/97, publicada no Relatório da CNPD de 1997.

<sup>55</sup> Deliberação de 5 de Julho de 1988. Veja-se também a Deliberação de 26 de Setembro de 1989, bem como o respectivo comentário: CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*), *Les libertés et l'informatique – vingt délibérations commentées*, La Documentation Française, Paris, 1998, p. 73.

<sup>56</sup> V. g., para fins de auditoria. Autorização n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD e Deliberação n.º 19/97, publicada no Relatório da CNPD de 1997.

<sup>57</sup> O prazo de 10 anos resulta da aplicação das normas do código comercial (art. 40.º): «Todo o comerciante é obrigado a arquivar a correspondência e

A Instrução n.º 16/2001, do Banco de Portugal, determinou, nas mesmas circunstâncias, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 29/96, um prazo de conservação das informações de 10 anos, pelo Banco de Portugal, findo o qual estas devem ser apagadas (9.3).

### *O Princípio da qualidade dos dados*

Os dados pessoais devem ser **exactos** e encontrar-se **actualizados** (alínea d do art. 5.º n.º 1). A particular natureza dos ficheiros de incidentes de crédito obriga a que se deva dar especial atenção a este aspecto. Está em causa a concessão de crédito: informação errónea ou não actualizada pode impedir a obtenção de crédito por parte de uma pessoa, o que é susceptível de, em certos casos, provocar consequências económicas e/ou sociais graves.

Os responsáveis pelos tratamentos de dados que organizam estes ficheiros dependem, para sua actualização e exactidão, das informações que lhes são fornecidas pelas entidades participantes. Devem, por isso, garantir contratualmente que estas actualizarão de imediato os dados constantes do ficheiro (designadamente no que respeita à regularização de dívidas, seu cumprimento, etc.), estabelecendo o prazo para actualização, a forma, a pessoa responsável na entidade participante pela recolha e comunicação dessas actualizações, podendo prever a resolução do contrato unilateralmente em caso de não cumprimento destas regras (sem prejuízo da responsabilidade que possa caber à entidade participante)<sup>58</sup>.

Devem ainda garantir que os procedimentos por si adoptados permitem a sua rápida actualização, para que a informação seja sempre rigorosa e actual.

Assim, v.g., quando o devedor efectue a regularização de uma dívida, deve garantir-se que a informação é de imediato actualizada: a regularização deve ser transmitida pela entidade credora dentro do

---

telegramas que receber, os documentos que provarem pagamentos e os livros da sua escrituração mercantil, devendo conservar tudo pelo espaço de 10 anos».

<sup>58</sup> Autorização n.º 35/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

(curto) prazo contratualmente estabelecido, e a entidade centralizadora das informações de crédito tem, na sequência da informação recebida, de actualizar imediatamente o sistema com esse novo elemento<sup>59</sup>. I.e., a regularização da dívida impõe a correcção dos dados pessoais, assim se cumprindo o art. 5.º n.º 1 alínea d) sobre qualidade dos dados, que devem ser exactos e, se necessário, actualizados.

A CNPD já deliberou algumas vezes assistir ao titular dos dados o direito de ver corrigidas as informações sobre si constantes, ordenando essa correcção mediante a imposição de um prazo curto para cumprimento<sup>60</sup>.

A exactidão da informação pode, por outro lado, obrigar a que do ficheiro conste a **natureza de alguns créditos**: a CNPD decidiu já diversas vezes no sentido de que deve ser criado um «indicador» que permita anotar a natureza de alguns créditos (v.g. créditos litigiosos) ou adoptados procedimentos que permitam consignar o “ponto de vista” do titular dos dados em relação a situações de incumprimento<sup>61</sup>.

Mas não é só a questão da regularização da dívida que pode causar problemas: deve ser-se rigoroso com a identidade das pessoas inscritas no ficheiro para evitar confusões de homónimos.

Note-se também que a actualização dos dados é um direito do titular, não é um ónus que sobre este deva recair. Não se pode fazer depender a actualização dos dados pessoais da iniciativa do titular (se bem que possa, naturalmente, ser uma das formas possíveis de actualização). É ao responsável dos dados que cabe actualizá-los. Do art. 5.º alínea d) resulta para o responsável pelo tratamento de dados um

---

<sup>59</sup> Veja-se, v.g., a Deliberação n.º 19/97 da CNPD, publicada no Relatório de 1997, ou a Deliberação n.º 2/99 da CNPD, publicada no Relatório de 1999.

<sup>60</sup> Deliberação n.º 2/99 da CNPD, publicada no Relatório de 1999.

<sup>61</sup> Autorização n.º 35/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999. Veja-se também, Deliberação n.º 11/97 e Autorização n.º 118/97, publicadas no Relatório da CNPD de 1997, bem como as Autorizações n.º 24/99, n.º 25/99, n.º 26/99 e n.º 27/99, publicadas no Relatório da CNPD de 1999.

dever, sancionável, quando não cumprido, designadamente, nos termos do art. 38.º da Lei da Protecção de Dados <sup>62</sup>.

No caso do Serviço de Centralização de Riscos do Crédito, a própria Lei estabelece que cabe às entidades participantes a sua alteração ou rectificação (art. 3.º n.º 4).

A CNPD pronunciou-se já acerca de situações de não cumprimento do dever de actualização. Foi o que aconteceu, *v.g.*, na Deliberação n.º 16/2000, que resultou de fiscalização realizada em virtude de uma queixa em relação a uma empresa de informações sobre crédito e a uma empresa de cartões de crédito para distribuição com quem o queixoso celebrara um contrato que não cumpriu <sup>63</sup>.

A empresa de cartões de crédito para distribuição não comunicou à primeira, como estava obrigada, a regularização da dívida, pelo que a empresa de informações não actualizou os registos negativos. Ora a empresa de informações sobre crédito não foi responsabilizada pelo sucedido, por não ter tido culpa na não actualização dos dados.

A Lei da Protecção de Dados faz ainda outras exigências em relação à qualidade dos dados. Segundo o art. 5.º n.º 1 alínea c), os dados pessoais **não podem ser excessivos**, e devem ser **pertinentes e adequados** relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados. O que significa que, *v.g.*, um tratamento de dados que pretenda incluir dados que permitam avaliar a situação patrimonial e financeira não pode incluir dados relativos à vida privada.

Por outro lado, a CNPD já considerou que «não há qualquer justificação legal para que se mantenha – na ficha de cliente da X – a inscrição do indicador “interveniente com incidentes” uma vez que essa inscrição é susceptível de originar discriminação do titular dos dados. A X deverá limitar-se a guardar o histórico das relações contratuais estabelecidas» <sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Neste sentido, Autorização n.º 155/2002 da CNPD de 18 de Junho de 2002.

<sup>63</sup> Publicada no Relatório da CNPD de 2000.

<sup>64</sup> Deliberação n.º 2/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

### ***O Direito de informação***

De acordo com a Lei da Protecção de Dados (art. 10.º), os devedores têm o direito de informação. O que pressupõe informação em dois momentos diferentes.

Assim, no momento de concessão do crédito os devedores devem ser informados pelas entidades participantes (no caso dos ficheiros privados) de que em caso de incumprimento passarão a constar da «lista negra»<sup>65</sup>. A garantia da efectivação deste direito deve constar, como vimos, de cláusula contratual a estabelecer entre a entidade organizadora do ficheiro e as entidades utilizadoras.

*Se, de facto, os devedores não cumprirem*, devem, no momento em que entram na listagem, ser disso informados pela entidade que organiza o ficheiro<sup>66</sup>.

Considera-se ilícita a inclusão num ficheiro de crédito de dados de um devedor, sem que ele seja informado.

### ***O Direito de acesso***

O art. 11.º da Lei da Protecção de Dados (assim como a Constituição) garante o acesso aos dados pelo seu titular.

O direito de acesso aos dados é particularmente importante neste tipo de ficheiros. O titular dos dados deve poder controlar a exactidão das informações sobre si constantes, já que a segurança do comércio jurídico e o perigo de discriminação exigem que existam garantias suficientes acerca da sua fidelidade<sup>67</sup>. Do acesso aos dados depende a possibilidade de exigir a sua rectificação.

---

<sup>65</sup> O mesmo entendimento tinha a CNIL na Deliberação de 15 de Julho de 1988.

<sup>66</sup> Autorização n.º 90/95, publicada no Relatório de 1995 da CNPD e Autorização n.º 35/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>67</sup> FREIXES SANJUÁN, Teresa, «Obtención y utilización de datos personales automatizados», *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, p. 113 (151) ss..

Quanto ao acesso, rectificação e actualização por parte dos beneficiários de crédito à informação contida na **Central de Riscos do Banco de Portugal**, a Instrução n.º 16/2001 do Banco de Portugal reafirma esse direito: os titulares dos dados devem solicitar a rectificação e actualização junto da entidade participante. Qualquer pessoa tem o direito de ser informada sobre o conteúdo dos registos em seu nome que existam nas bases de dados no Banco de Portugal, incluindo a da Centralização dos Riscos do Crédito. A informação só será prestada ao próprio ou a quem tenha poderes para o representar, tendo em atenção as normas de sigilo bancário vigentes <sup>68</sup>.

**Nos ficheiros constituídos ao abrigo do art. 83.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, bem como noutros sistemas de informação sobre crédito de titularidade privada**, a entidade centralizadora responsável pelo tratamento tem a obrigação de garantir o direito de acesso, actualização e correcção dos dados (art. 11.º da Lei n.º 67/98) <sup>69</sup>.

Um estudo no Reino Unido demonstrou que, apesar de, em geral, o número de pedidos de acesso a tratamentos de dados pessoais ser muito baixo, o caso do acesso a tratamentos de dados relativos ao crédito ao consumo apresentou-se bastante mais elevado. A explicação adiantada foi a de que o acesso era frequentemente pedido em virtude das **sérias consequências que a recusa de crédito** – tantas vezes apoiada nas informações contidas em tais tratamentos – **poderia ter** <sup>70</sup>. O autor inglês que comentou o estudo em causa adiantou uma explicação importante: as pessoas parecem estar mais preocupadas com o seu crédito e solvabilidade do que com a sua privacidade em geral, com os seus direitos, ou com as suas liberdades.

---

<sup>68</sup> Considera-se, todavia, que os poderes de investigação e inquérito permitem o acesso, naturalmente apenas para verificação da regularidade da inscrição, e na sequência de uma queixa apresentada pelo titular, pela CNPD (esta entidade tem «poderes de investigação e de inquérito, podendo aceder aos dados objecto de tratamento e recolher todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções de controlo»).

<sup>69</sup> Autorização n.º 35/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>70</sup> BAINBRIDGE, David, *EC Data Protection Directive*, Butterworths, London, 1996, p. 78.

A CNPD tem considerado que «o primeiro responsável pela difusão de informação desactualizada é o responsável do ficheiro», sendo este que deve tomar todas as medidas que evitem a transmissão de informação desactualizada. Estas medidas devem consistir, pelo menos, na inclusão de cláusulas contratuais com os aderentes do sistema. A responsabilidade pode, contudo, ser «partilhada» (ou até exclusiva, como vimos em exemplo anterior) pelas entidades envolvidas, devendo, em caso de incumprimento, ser analisadas as circunstâncias concretas do caso <sup>71</sup>.

### *O acesso de terceiros*

Em que condições poderá um terceiro (i.e., alguém que não é, nem o titular dos dados, nem o responsável pela organização do ficheiro) aceder aos dados constantes no ficheiro de crédito <sup>72</sup>?

No caso da centralização dos riscos do crédito do Banco de Portugal, as entidades participantes, embora terceiras em relação aos dados pessoais dele constantes, podem a eles aceder em virtude da autorização legal (art. 4.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 29/96), e em virtude do disposto na Instrução n.º 16/2001 do Banco de Portugal, desde que tenham **obtido prévia autorização escrita do respectivo titular** (clientes a quem foi concedido crédito ou pessoas que lho solicitem).

Além destas, poderão outras entidades ter acesso aos dados?

A Lei relativa ao Serviço de Centralização de Riscos do Crédito (art. 5.º n.º 2) é clara: as informações destinam-se ao uso exclusivo das entidades participantes, sendo-lhes vedada a sua transmissão, total ou parcial, a terceiro.

---

<sup>71</sup> Deliberação n.º 74/96, publicada no Relatório de 1996 da CNPD.

<sup>72</sup> A Lei da Protecção de Dados Pessoais definiu «terceiro» como sendo «a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, não sendo o titular dos dados, o responsável pelo tratamento, o subcontratante ou outra pessoa sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, esteja habilitado a tratar os dados» (art. 3.º alínea f).

No caso dos **sistemas recíprocos de informação sobre o crédito** de titularidade privada, quer hajam sido criados ao abrigo do art. 83.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ou sejam ficheiros com o mesmo fim organizados para entidades que não cabem no âmbito desse diploma, apenas o **consentimento** (de quem pede crédito) ou **cláusula contratual** poderão justificar o acesso às informações.

Um banco francês difundiu, sem mais, por 300 comerciantes, uma lista informática de nomes, moradas e números de conta de 900 pessoas que supostamente poderiam constituir risco na concessão de crédito. O tribunal condenou-o no pagamento de uma coima e no pagamento de uma indemnização, por se tratar de uma verdadeira «lista negra», que prejudicava a reputação das pessoas que nela figuravam e as excluía de forma imediata da obtenção de crédito <sup>73</sup>.

### *O Princípio da confidencialidade dos tratamentos de dados pessoais*

No caso dos ficheiros de crédito, o dever de sigilo não resulta apenas do art. 17.º da Lei da Protecção de Dados, mas das próprias regras do sigilo bancário. A isso mesmo faz referência o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ao exigir que o sistema de informações recíprocas sobre o risco só possa ser organizado sob o regime de segredo, bem como o n.º 3 do art. 1.º do diploma que institui o enquadramento legal do Serviço de Centralização de Riscos de Crédito <sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Decisão da Cour d'appel de Rennes, de 13 de Janeiro de 1992, citada em *L'informatique et le Droit*, p. 447 e 450.

<sup>74</sup> Decreto-Lei n.º 29/96, de 11 de Abril: «Em tudo o que se relacionar com informação recebida do Serviço de Centralização de Riscos do Crédito, as entidades referidas no número anterior ficam sujeitas, se não o estiverem já, às normas respeitantes a segredo profissional contidas no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro».

Em virtude desta obrigação de sigilo bancário, os sistemas recíprocos de informação sobre o crédito, ainda que possam ser organizados por entidades que não se enquadrem no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 298/92, quando sejam organizados por uma entidade prestadora de serviços a favor destas entidades, não podem ser utilizados por entidades de natureza diferente – nesse caso, a informação não pode ser prestada a outras entidades que não sejam instituições de crédito (não sendo possível a comunicação de dados, v.g., a empresas de telecomunicações)<sup>75</sup>. Se a mesma entidade prestadora de serviços organiza ficheiros de crédito para entidades ao abrigo do art. 83.º, e para outras entidades diferentes, não poderá existir interconexão de ficheiros, devendo estes ser totalmente separados.

Note-se que, quando as entidades envolvidas não estejam obrigadas ao sigilo bancário, ficam, todavia, os responsáveis pelo tratamento obrigados ao sigilo profissional estabelecido no artigo 17.º da Lei 67/98, de 26/10<sup>76</sup>

### *O Princípio da proibição de decisões individuais automatizadas*

A previsão do art. 13.º n.º 1 da Lei da Protecção de Dados, que segue de perto a redacção da Directiva 95/46/CE, teve como objectivo a proibição do *credit scoring* que consiste na “atribuição ou denegação **automática** de crédito pessoal, consoante a pessoa que solicita esse crédito responde ou não a certas características pessoais ou profissionais, previamente definidas no programa de computador»<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Autorização n.º 37/98, publicada no Relatório de 1998 da CNPD. No exemplo dado estaria também em causa a finalidade: «Se o ficheiro é constituído por dados relativos à situação de crédito (positivo ou negativo), que legitimidade teria uma empresa com quem se pretenda estabelecer um contrato de prestação de serviços de telecomunicações (v.g., um mero contrato de acesso à Internet) de conhecer e ficar na posse de toda a situação de crédito da pessoa em causa?».

<sup>76</sup> Autorização n.º 37/98, publicada no Relatório de 1998 da CNPD, e Autorização n.º 54/99, publicada no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>77</sup> LOPES, Joaquim Seabra, «A protecção de dados pessoais no contexto internacional e comunitário», Cadernos de Ciência e de Legislação, INA, n.º 8, Outubro-Dezembro 1993, p. 31. Há várias páginas na internet com informação

A CNPD decidiu já, em algumas ocasiões, que a apreciação do crédito e solvabilidade não pode ser tomada – de forma automática – com base nos suportes informatizados. A decisão não pode depender, **de forma exclusiva**, do conteúdo dos registos informáticos, salvo se ocorrerem as situações previstas no n.º 2 do artigo 13.º<sup>78</sup>

Os dados armazenados de forma automatizada podem ser utilizados **para ajudar** uma tomada de decisão, v.g. fornecendo mais informação, ou sugerindo a actuação apropriada, mas os computadores e os dados que armazenam não devem ser utilizados como **único** meio para encontrar a solução: assim, v.g. um tratamento de dados pode incluir muitos dados que podem **ajudar** a decidir acerca da concessão de crédito: rendimentos, morada e código postal, contrato de trabalho, antiguidade, rendimento fixo ou variável, tipo de habitação, encargo mensal com a habitação, etc.. Mas se, v.g., o crédito for recusado, não em virtude da história pessoal do indivíduo, mas apenas porque este vive numa determinada zona que se sabe, em resultado de pesquisas feitas, ser a zona de que é originária a maioria dos maus pagadores, então este método não deve ser utilizado<sup>79</sup>.

Neste sentido, no Reino Unido, um tribunal não deu provimento ao recurso interposto contra a decisão da Autoridade de Protecção de Dados que proibira a *Equifax Europe Ltd* de negar a concessão de crédito exclusivamente com base na morada do titular dos dados. A

---

relevante sobre o *credit scoring* ([www.bankrate.com](http://www.bankrate.com); [www.creditscoring.com](http://www.creditscoring.com)). O resultado/nota (*credit score*) do cálculo dos elementos que figuram no *dossier* de crédito é obtido através da utilização de um modelo matemático informatizado, com base nesses mesmos elementos do *dossier* de crédito. O conhecido «Fico score» americano foi realizado pela *Fair, Isaac and Co*, da Califórnia. Pode também consultar-se a breve nota de: BELLEIL, Arnaut, *E-privacy – le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l'âge d'internet*, Dunod, Paris, 2001, p. 130-131.

<sup>78</sup> Autorizações n.º 53/99, n.º 54/99, n.º 55/99, n.º 56/99 e n.º 57/99, publicadas no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>79</sup> BAINBRIDGE, David, *op. cit.*, p. 68. Curiosamente, a Lei relativa ao Serviço de Centralização de Riscos do Crédito proíbe que as informações prestadas pela Banco de Portugal às entidades participantes identifiquem a localidade em que os crédito foram outorgados ou as entidades que os concederam (art. 5.º n.º 1).

empresa negava crédito por considerar que em certas moradas era estatisticamente mais provável que a obrigação não fosse cumprida <sup>80</sup>.

Deve sempre permitir-se ao indivíduo a possibilidade de trazer à decisão o seu **ponto de vista pessoal**, o que não sucede se ela for tomada exclusivamente pelo computador.

A Lei da Protecção de Dados aponta precisamente neste sentido. Ao admitir-se, no n.º 2 do art. 13.º, a submissão a decisão automatizada, salvaguarda-se que devam existir «medidas adequadas que garantam a defesa dos seus (titular dos dados) interesses legítimos, designadamente o seu direito de representação e expressão». Isto é, a tomada de decisão terá sempre de contar com o referido ponto de vista pessoal do titular dos dados <sup>81</sup>.

Por outro lado, esta decisão individual automatizada poderá ter lugar quando «ocorra no âmbito da celebração ou execução de um contrato, e sob condição de o seu (do titular dos dados) pedido de celebração ou execução do contrato **ter sido deferido**» (art. 13.º n.º 2).

Então, apenas quando a decisão é **exclusivamente** tomada com uso da informática, e não ocorra «no âmbito da celebração ou execução de um contrato», ou, quando ocorra neste caso, sirva para negar o seu pedido, é que a decisão automática é proibida.

Em qualquer dos casos, o titular dos dados sempre terá direito a ter conhecimento da lógica subjacente ao tratamento de dados que lhe digam respeito (o que decorre, do art. 11.º n.º 1 alínea c) da Lei da Protecção de Dados).

---

<sup>80</sup> BAINBRIDGE, David, *op. cit.*, p. 69-70.

<sup>81</sup> Veja-se o que a propósito das tomadas de decisão pela Administração Pública dizem Garcia Marques e Lourenço Martins: o princípio da justiça a que deve obedecer a Administração exige o respeito pelo critério do exame individual, mesmo que o interessado deseje excluir essa ideia, autorizando um exame exclusivamente automatizado: MARQUES, Garcia/MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, Almedina, 2000, p. 284. Pode ainda consultar-se o Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 7/98, de 19 de Fevereiro.

### Os tratamentos realizados pelos «cobradores» subcontratados

Ainda nesta temática do crédito merecem a nossa atenção os tratamentos de dados realizados pelas vulgarmente chamadas empresas «gestoras de *dossiers* de crédito», de «cobranças de dívidas» ou de «recuperação de créditos»<sup>82</sup>. Estas têm geralmente como objecto social a prestação de serviços a empresas financeiras, na área da cobrança, levantamento, liquidação de bens e gestão de activos. Para exercício das suas funções pretendem tratar dados pessoais dos consumidores/devedores<sup>83</sup>.

O tratamento de dados realizado deve ter como fundamento, nos termos da alínea a) do art. 6.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, uma cláusula contratual prevista, de forma expressa, no contrato celebrado entre o **devedor** e o **credor a quem a entidade presta os seus serviços**<sup>84</sup>. No momento da recolha de dados, i.e., aquando da celebração do contrato, o devedor consente a comunicação dos seus dados por parte do credor à entidade de recuperação de créditos, se for caso disso.

A entidade de recuperação de créditos terá de legalizar o tratamento junto da CNPD, estando este sujeito a notificação nos termos da lei. Deverá ainda verificar se a empresa que lhe comunica dados pessoais tem os seus tratamentos legalizados junto da CNPD e se está autorizada a comunicá-los. Da mesma forma, a entidade que contrata a empresa de recuperação de créditos deve verificar se os tratamentos desta se encontram legalizados.

<sup>82</sup> Autorizações n.º 24/99, n.º 25/99, n.º 26/99 e n.º 27/99, publicadas no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>83</sup> Veja-se um dos vários estatutos publicados na III.ª Série do DR, v.g., DR n.º 64 de 17/3/99. Ver também as Autorizações n.º 24/99, n.º 25/99, n.º 26/99 e n.º 27/99, publicadas no Relatório da CNPD de 1999.

<sup>84</sup> No âmbito destes contratos são geralmente comunicados os seguintes dados: nome do locatário ou co-obrigados, residência e n.º de telefone. n.º do contrato, descrição do bem financiado e nome do fornecedor, número de rendas/prestações em dívida, valor das rendas/prestações em dívida e histórico dos contactos havidos entre o departamento de controlo de crédito e os intervenientes do contrato. Veja-se, v.g., a Autorização n.º 24/99, n.º 25/99, n.º 26/99, n.º 27/99, publicadas no Relatório de 1999 da CNPD.

Os dados não podem ser tratados para finalidades diversas das contratualmente estabelecidas entre o credor e a empresa de recuperação de créditos, nem podem ser comunicados a terceiros.

Deve ser garantido o direito de informação e de acesso ao titular dos dados pessoais. Para tal, o titular dos dados deve ser informado, no momento da entrada dos dados no seu ficheiro, da inclusão dos seus dados pessoais no mesmo, mas também da sua origem e finalidade do tratamento, nos termos do n.º 3 do art. 10.º da Lei da Protecção de Dados.

Cabe-lhe ainda a obrigação de manter os dados actualizados, assegurando no sistema os fundamentos invocados («ponto de vista») pelo titular dos dados quando este invoque razões para justificar o incumprimento <sup>85</sup>.

A empresa de recuperação de créditos tem também a obrigação de eliminar os dados logo que o devedor/consumidor proceda à liquidação da dívida e, por isso, tenham cessado as obrigações contratuais pendentes entre esta entidade de prestação de serviços e o credor que com ela contratou (alínea d) do n.º 1 do art. 5.º).

Naturalmente, estas entidades ficam obrigadas a cumprir as disposições relativas ao sigilo bancário em relação à informação recebida de instituições de crédito e das sociedades financeiras (n.º 1 do art. 78.º n.º 1 e do n.º 1 do art. 79.º do Decreto-Lei n.º 298/92) e, relativamente às restantes empresas, a sigilo profissional nos termos gerais (art. 17.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro).

#### **4. As entidades sancionadoras em caso de violação das regras da protecção de dados pessoais**

A Lei faculta ao titular dos dados pessoais garantias administrativas – asseguradas pela Comissão Nacional de Protecção de Dados - e garantias jurisdicionais que visam assegurar o cumprimento das normas de protecção de dados pessoais.

---

<sup>85</sup> Autorizações n.º 24/99, n.º 25/99, n.º 26/99 e n.º 27/99, publicadas no Relatório da CNPD de 1999.

### ***O papel da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPDP)***

A CNPDP é uma autoridade administrativa independente a quem compete, designadamente, autorizar ou registar os tratamentos de dados – definindo, *v.g.*, o prazo de conservação dos mesmos –, mas à qual compete também aplicar sanções administrativas em virtude do incumprimento dos preceitos de protecção de dados.

As **sanções administrativas** aplicadas pela CNPDP podem resultar da omissão ou cumprimento defeituoso de uma obrigação (art. 37.º e 38.º da Lei da Protecção de Dados). Quem não cumpra, ou o faça de forma defeituosa, uma obrigação estabelecida na Lei da Protecção de Dados, pratica uma contra-ordenação, sendo sancionado com a aplicação de uma coima.

Isto aplica-se a quem não cumpra o dever de notificação da realização de um tratamento de dados pessoais (art. 27.º e 28.º), mas também a quem não respeite a qualidade dos dados pessoais (art. 5.º), ou o direito de informação do titular dos dados (art. 10.º), ou o seu direito de acesso (art. 11.º). A violação do direito de objecção (art. 12.º), ou do direito de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada (art. 13.º), são igualmente ilícitos administrativos passíveis de aplicação de uma coima. Também são estabelecidas sanções para quem não respeite um dever especial de segurança imposto por lei (art. 15.º), podendo ser ainda punido o responsável por um tratamento isento de notificação que não preste as informações a que por lei está obrigado (n.º 3 do art. 31.º).

Quando a contra-ordenação resulte de omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensam o infractor do seu cumprimento, se este ainda for possível (art. 36.º).

O legislador também atribuiu à CNPDP poderes de investigação e de inquérito, podendo aceder aos dados objecto de tratamento e recolher todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções de controlo (art. 22.º n.º 3 alínea a) <sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> O art. 9.º da Lei n.º 10/91 era substancialmente mais parco quanto a este aspecto. Limitava-se a estabelecer um dever geral de colaboração: «É dever de todas as entidades públicas e privadas dispensar colaboração à CNPDPPI para o

Assim, apesar do dever de segredo imposto pelo art. 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, a Lei de Protecção de Dados assegura a consagração de um caso em que, nos termos do art. 79.º n.º 2, existe «outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo».

Tem também poderes para ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados (art. 22.º n.º 3 alínea b).

Note-se que quem, depois de notificado para o efeito, não interromper, cessar ou bloquear o tratamento de dados pessoais é punido com a pena prevista para o crime de desobediência, nos termos do art. 46.º (sob a epígrafe «desobediência qualificada») da Lei da Protecção de Dados.

Cabe também à CNPD fazer assegurar o direito de acesso à informação, o direito de rectificação e a actualização dos dados (art. 23.º n.º 1 alínea g), e apreciar as queixas dos particulares (alínea k), bem como, efectuar, a pedido de qualquer pessoa, a verificação da licitude de um tratamento de dados, sempre que esse tratamento esteja sujeito a restrições de acesso ou de informação, e informá-la da realização da verificação.

### *O papel dos tribunais*

A CNPD, por vezes, tem vindo a reconhecer que determinados comportamentos podem ser susceptíveis de gerar responsabilidade civil na sequência de violações da privacidade, apesar de esta repa-

---

cabal exercício das suas funções». Com a sua alteração, introduzida pela Lei n.º 28/94, os poderes foram reforçados e clarificados: «1. As entidades públicas e privadas devem dispensar a sua colaboração à Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados, facultando-lhe todas as informações que por esta, no exercício das suas competências, lhes forem solicitadas. 2. O dever de colaboração é designadamente assegurado quando a Comissão tiver necessidade, para o cabal exercício das suas funções, de examinar o sistema informático, os ficheiros automatizados e demais documentação relativa à recolha, tratamento automatizado e transmissão de dados pessoais».

ração ser fixada jurisdicionalmente<sup>87</sup>. Reconheceu-o recentemente no caso de uma queixa apresentada contra uma empresa de cartões de crédito para distribuição com quem o queixoso celebrara um contrato que não cumpriu, e contra a empresa de informações de crédito a quem aquela, na sequência do incumprimento, comunicara o não pagamento da dívida.

É precisamente na fixação de ressarcimento por violação de privacidade causadora de danos morais ou patrimoniais que os tribunais desempenham um papel relevante. O art. 34.º da Lei da Protecção de Dados atribui ao titular dos dados pessoais o direito a ressarcimento em caso de prejuízo sofrido em virtude de tratamento ilícito de dados pessoais, ou de outro acto que viole disposições legais em matéria de dados pessoais<sup>88</sup>.

Mas aos tribunais cabe, igualmente, a aplicação de sanções penais. A Lei da Protecção de Dados considerou como crimes no âmbito dos dados pessoais o não cumprimento de obrigações relativas a protecção de dados pessoais (art. 43.º), o acesso indevido a dados pessoais (art. 44.º), a viciação ou destruição de dados pessoais (art. 45.º), a desobediência (desobediência qualificada) à notificação de interrupção, cessação ou bloqueamento do tratamento de dados (art. 46.º), bem como a violação do dever de sigilo (art. 47.º).

## 5. Para onde caminhamos?

Com a liberalização da prestação de serviços no espaço comunitário iniciada em 1993, tornou-se possível aos agentes económicos obterem financiamento em qualquer um dos Estados-Membros. A revisão da Directiva sobre o crédito ao consumo aponta no sentido de **incentivar e de promover ainda mais a concessão de crédito a consumidores de outros Estados-Membros.**

---

<sup>87</sup> Mesmo em situações relacionadas com tratamentos de informação relativa a crédito – ver, v.g., Deliberação n.º 16/2000, publicada no Relatório da CNPD de 2000.

<sup>88</sup> Os tribunais já têm decidido que a difusão de informações erróneas sobre o crédito prejudica o bom nome e reputação de uma pessoa.

Isto só parece possível com a melhoria da qualidade da informação disponível num Estado, relativamente aos cidadãos de um outro Estado.

Até hoje algumas das dificuldades estavam a ser ultrapassadas mediante acordo estabelecido entre as centrais de crédito dos diferentes países – como no caso da Alemanha, da Áustria, dos Países Baixos e do Reino Unido. Aliás, também a nossa legislação relativa à Central de Riscos de Crédito do Banco de Portugal já referia «um quadro de cooperação estreita com outros países». O diploma prevê a troca de informações entre centrais de registo de crédito dos países da União Europeia.

Mas o futuro próximo poderá mesmo ditar a criação de ficheiros europeus de consumidores «maus pagadores». Prevendo-se como linha orientadora da revisão da Directiva a constituição de um quadro estruturado de informação para o credor, a fim de que este possa melhor avaliar os seus riscos, discute-se a possibilidade de criar bases de dados que possam satisfazer essa necessidade <sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Sendo a informação essencial ao funcionamento do mercado de crédito, a nível europeu a sua troca conduzirá ao fluxo transfronteiras de dados pessoais entre Estados-Membros. Nos termos do art. 18.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, é livre a circulação de dados pessoais entre Estados-Membros da União Europeia, isto porque, graças à regulamentação de matriz comum da matéria, os Estados-Membros oferecem níveis idênticos de protecção de dados. Colocam-se nesta situação alguns problemas já mencionados quando aos tratamentos de dados a nível nacional: a comunicação de dados, embora livre entre Estado-Membros, só poderá ocorrer para responder ao legítimo interesse do credor em avaliar o risco de crédito. As informações transmitidas não poderão ser utilizadas para fim diferente. Note-se, que estamos, nestes casos, a referir-nos ao fluxo de dados entre Estados-Membros. Os **fluxos de dados para países terceiros** obedecem a regras especiais mais restritivas e exigentes: estão sujeitos a autorização da CNPD (art. 19.º e 20.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais) que tem como objectivo a verificação da existência de um nível de protecção de dados adequado (art. 19.º), ou, na sua ausência, à verificação das condições enunciadas no art. 20.º

## 6. Conclusões

Não se pense, por tudo quanto fica dito, que temos uma visão menos positiva dos ficheiros de crédito. Eles são um instrumento indispensável de prevenção do sobreendividamento do consumidor, ao ajudar à definição do risco por parte do credor.

Todavia, no contexto da nova «E-conomia», é indispensável que se procure o equilíbrio entre o direito à autodeterminação informativa do cidadão/consumidor e «os legítimos interesses comerciais das empresas que tratam estes dados pessoais procurando uma maior agilidade e eficácia», tão necessárias ao desenvolvimento das actividades económicas<sup>90</sup>.

Só o respeito pelos princípios fundamentais de protecção dos dados pessoais permitirá salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais incluídos nestes ficheiros, num equilíbrio em que a liberdade de empresa e os seus legítimos interesses comerciais, devendo ser tidos em consideração, não podem, contudo, prevalecer<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> JIMÉNEZ RIUS, Pilar, *op. cit.*, p. 230.

<sup>91</sup> No mesmo sentido: JIMÉNEZ RIUS, Pilar, *op. cit.*, p. 230.

# LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS CELEBRADOS COM OS CONSUMIDORES ATRAVÉS DA INTERNET E TRIBUNAL COMPETENTE \*

ELSA DIAS OLIVEIRA

Assistente da Faculdade de Direito  
de Lisboa e Advogada

## Introdução

A utilização da Internet para a transmissão de mensagens potencia o surgimento de situações que estão em contacto com mais do que um ordenamento jurídico. Nesse caso, será necessário determinar qual a lei aplicável e qual o foro competente para dirimir eventuais litígios daí decorrentes. É essa a tarefa que nos propomos assumir nesta breve exposição, cingindo-nos, contudo, às questões relacionadas com os contratos internacionais celebrados com os consumidores.

---

\* O presente texto foi elaborado pela autora a partir de exposição oral que apresentou no Colóquio realizado no dia 21 de Junho de 2002, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários em parceria com o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, subordinada ao tema “Justiça e Defesa do Consumidor”.

## I. Determinação da lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores

### 1. Âmbito de aplicação da Convenção de Roma

No que respeita à determinação da lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores, a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de Junho de 1980, e publicada no D.R. de 3 de Fevereiro de 1994, que vigora em Portugal, bem como nos outros Estados Membros da União Europeia, é o principal instrumento de que nos iremos socorrer.

No seu art. 1.º, n.º 1, sob a epígrafe “Âmbito de aplicação”, determina-se que a Convenção será “(...) aplicável às obrigações contratuais nas situações que impliquem um conflito de leis”, com excepção das que constam das exclusões previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 1.º<sup>1</sup>.

Não existe, neste diploma, qualquer disposição que afaste expressamente a sua aplicação nos casos em que os contratos são celebrados através da Internet, nem tal se depreende do seu sentido.

### 2. Lei escolhida pelas partes

De acordo com o art. 3.º da Convenção de Roma, o contrato rege-se, por regra, pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha poderá ser expressa ou tácita se “(...) resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa”.

O recurso à autonomia da vontade na determinação da lei aplicável aos contratos permite aos contratantes uma maior previsibilidade e segurança e limita eventuais dificuldades relacionadas com a conexão de elementos do contrato a realidades geográficas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Acerca do âmbito de aplicação da Convenção de Roma, vide MARIO GIULIANO e PAUL LAGARDE, *Relatório relativo à Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, JOCE N.º C 327, de 11/12/1992, págs. 10 ss.

<sup>2</sup> RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 461, 517; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Joint Venture – Contrato de empreendimento comum em Direito Internacional Privado*, Edições Cosmos Direito, Lisboa, 1998, págs. 456, 807; LUÍS DE LIMA PINHEIRO,

Esta solução, que, em princípio, confere às partes liberdade na determinação da lei aplicável, poderá não ser a mais favorável para o consumidor, considerado como parte contratante mais débil face ao seu menor poder negocial. Nesse sentido, o que se poderá verificar não será uma livre escolha da lei aplicável por justa composição das partes mas antes uma imposição, por parte do fornecedor ou do prestador de serviços, com maior poder negocial, da lei aplicável ao contrato<sup>3</sup>.

### 3. Lei aplicável no caso de falta de escolha da lei

Se as partes não tiverem, expressa ou tacitamente, escolhido a lei aplicável, o contrato, nos termos do art. 4.º, n.º 1, da Convenção de Roma, é regulado pela lei do país com o qual o contrato apresente uma conexão mais estreita. No n.º 2 do art. 4.º esclarece-se que se presume "(...) que o contrato apresenta a conexão mais estreita com o

---

"Direito aplicável aos contratos com consumidores", *ROA*, Janeiro 2001, págs. 155-170, págs. 157 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 185 e referências aí indicadas.

<sup>3</sup> FAUSTO POCAR, "La protection de la partie faible", *RCADI*, tomo 188, 1984-V, págs. 341-417, pág. 352; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., pág. 748; EUGÉNIA GALVÃO TELES, *A protecção dos consumidores nos contratos internacionais*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, policopiada, 1997, pág. 393; RUI MANUEL MOURA RAMOS, "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", in *Droit international et droit communautaire*, Actes du Colloque, Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, Paris, 1991, págs. 97-133, págs. 105, 109, 114; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável...", cit., pág. 158; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 188 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e Tribunal competente" (texto elaborado pelo autor a partir das exposições orais proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 18.6.2001 e em 25.7.2002, no âmbito, respectivamente, do IV Curso de Pós-Graduação sobre o Direito da Sociedade da Informação – 2000/2001 e do Curso de Verão sobre Direito da Sociedade da Informação, que se realizou na mesma Faculdade, de 22 a 26 de Julho de 2002, que me foi amavelmente comunicado pelo autor, trabalho em vias de publicação), 2002, nota 35 e texto correspondente.

país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento”.

A concepção de prestação característica está associada à ideia de função que a relação jurídica que incorpora tem na vida económica e social do país, relacionando assim o contrato com o meio em que se insere <sup>4</sup>.

Sublinha Fausto Pocar <sup>5</sup> que, na economia monetária moderna, uma das prestações contratuais consiste no pagamento de uma determinada quantia em dinheiro. Esta prestação não se distingue de outras prestações monetárias semelhantes cumpridas em contratos de tipo diferente. Atendendo a que é a prestação não monetária que expressa a função económica do contrato e permite distingui-los entre si, será com referência a esta que se averiguará qual a lei aplicável ao contrato.

Por exemplo, numa situação em que uma pessoa com residência habitual em Portugal celebra, por correio electrónico, um contrato de fornecimento de bens, v.g., uma impressora, com um fornecedor com administração central em Itália, sem escolherem a lei aplicável ao contrato, considera-se que a lei que regula o contrato é a italiana,

---

<sup>4</sup> MARIO GIULIANO e PAUL LAGARDE, *Relatório relativo à Convenção...*, cit., pág. 19. EUGÉNIA GALVÃO TELES, define a prestação característica como “(...) a prestação que caracteriza o tipo ou a categoria contratual em questão” (“A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O art. 4.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais”, *O Direito*, Ano 127.º, 1995, I-II, págs. 71-183, pág. 94); ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 196 ss.; cf. ainda ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 42 e texto correspondente.

<sup>5</sup> FAUSTO POCAR, “La protection de la partie faible”, cit., pág. 389.

porque a venda da impressora é a prestação característica e é em Itália que o fornecedor tem a sua administração central <sup>6</sup>.

Ressalva-se, no entanto, que a determinação da prestação característica num contrato nem sempre é tarefa linear, no caso de experiências científicas em que há troca de informações entre as partes, poderemos ter algumas dificuldades em determinar qual seja a prestação característica <sup>7</sup>. Caso não se consiga determinar a prestação característica, o art. 4.º, n.º 5, afasta a presunção do n.º 2, e averiguar-se-á qual o país com o qual o contrato apresenta a conexão mais estreita, aplicando-se a lei desse país.

A presunção prevista no art. 4.º, n.º 2, conduzirá, portanto, na maior parte das situações, à aplicação da lei do país da administração central do fornecedor.

Assim, quer seja aplicável a lei escolhida pelas partes, quer a lei do país da administração principal do fornecedor, é este quem, em princípio, fica beneficiado, ou porque convence ou “força” o consumidor a escolher a lei que mais lhe convém, ou porque é aplicável a lei com a qual o fornecedor está mais familiarizado.

#### **4. A protecção dos consumidores na Convenção de Roma**

##### **4.1. Pressupostos gerais de aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma**

Foi atendendo a esta situação e à debilidade contratual do consumidor, que se estabelece, no art. 5.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção

---

<sup>6</sup> Dificuldade maior se poderá encontrar em determinar em que país é que uma parte tem a sua administração central, já que a única indicação poderá ser apenas um endereço electrónico. Nesse caso, terá de se ponderar todos os elementos que se tenham que conduzam a uma localização geográfica dessa parte. Um elemento indicador, embora não absolutamente decisivo, poderá ser a terminação do próprio endereço geográfico já que alguns têm aí a indicação das iniciais do país do servidor respectivo (ex. pt. para Portugal; es. para Espanha). Sobre esta questão *vide* ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 201 ss; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 45 e texto correspondente.

<sup>7</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 199.

de Roma, que – verificados os pressupostos de aplicação aí previstos e apesar de ter sido escolhida, nos termos do art. 3.º, uma determinada lei aplicável ao contrato, que o regerá –, o consumidor não pode ser privado da aplicação das disposições imperativas (injuntivas) da lei do país da sua residência habitual. Significa então que a lei escolhida regerá o contrato, sem prejuízo da aplicação das normas injuntivas da lei do país da residência habitual do consumidor.

De notar, no entanto, que, apesar de tal não constar expressamente da letra da lei, uma significativa fracção da doutrina tem entendido que as normas do país da residência habitual só serão aplicadas se se revelarem, no caso concreto, mais favoráveis ao consumidor do que as da lei escolhida<sup>8</sup>.

Nos termos do art. 5.º, n.º 3, do mesmo diploma, determina-se que, se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao contrato e se estiverem verificadas as circunstâncias previstas no n.º 2, os contratos previstos no n.º 1 serão regidos pela lei do país da residência habitual do consumidor, não se aplicando, neste caso, o art. 4.º.

Importa agora analisar quais são os pressupostos de aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma.

De acordo com a sua letra, este artigo aplica-se “(...) aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis

---

<sup>8</sup> Vide, neste sentido, JACQUES FOYER, “Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal du droit international*, Ano 118.º, n.º 3, 1991, págs. 601-631, pág. 612; ERIK JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Droit international et droit communautaire*, Actes du Colloque, Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, Paris, 1991, págs. 77-85, pág. 82; NORBERT REICH, “Protection of Consumers’ Economic Interests by the EC”, *Faculty of Law University of Sydney*, vol. 14, 1992, págs. 23-61, pág. 42; MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais, Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 699; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável...”, cit., pág. 161; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 247 ss. e referências indicadas na nota 710; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 91 e texto correspondente.

corpóreos ou de serviços (...)” a consumidores, bem como aos contratos que se destinam ao financiamento desse fornecimento.

Nos termos do n.º 4 do art. 5.º, são excluídos do âmbito de aplicação do art. 5.º, os contratos de transporte e os contratos de prestação de serviços quando esses serviços devam ser prestados, exclusivamente, num país que não é o da residência habitual do consumidor. O n.º 5 excepciona do n.º 4 os contratos que estabeleçam, por um preço global, prestações combinadas de transporte e alojamento, também designados por *package tours* <sup>9</sup>.

Ficariam, portanto, fora do âmbito de aplicação desta disposição os contratos que tivessem por objecto bens imóveis ou o fornecimento de bens móveis incorpóreos. *V.g.*, de acordo com uma interpretação literal, um consumidor que celebre um contrato de licença de programa de computador não ficará protegido pela aplicação do art. 5.º, por se não tratar de um bem móvel corpóreo. No entanto, tem vindo já a ser defendida a aplicação analógica das regras do art. 5.º a casos em que se verifica a mesma necessidade de protecção <sup>10</sup>.

Também ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, referindo-se, designadamente, a programas de computador, defende a aplicação do art. 5.º nos casos em que os contratos têm por objecto bens que não têm carácter corpóreo, desde que os restantes pressupostos de aplicação desta disposição estejam preenchidos. E acrescenta “[a] resposta positiva parece estar fora de dúvida, quer porque tal corresponde, de certo modo, à natureza das coisas, quer porque se adopta a qualificação de *serviços* em vez da categorização ou classificação de produtos relativamente a tais prestações” <sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> MARIO GIULIANO e PAUL LAGARDE, *Relatório relativo à Convenção...*, cit., págs. 22 ss.; cf. também PAUL LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980”, *Rev. crit.*, n.º 2, 1991, págs. 287-340, págs. 314 ss.; JACQUES FOYER, “Entrée en vigueur...”, cit., pág. 612.

<sup>10</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável...”, cit., pág. 163.

<sup>11</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 86 e texto correspondente; também acerca desta discussão, embora a propósito do Regulamento (CE) n.º 44/2001, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo”, in *Estudos de Direito do*

#### 4.2. Conceito de consumidor

No art. 5.º, n.º 1, o conceito de consumidor é delineado atendendo, essencialmente, ao seu elemento teleológico e ao próprio contrato que é celebrado: o contrato terá “(...) uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua [do consumidor] actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento”<sup>12</sup>.

Mas não basta, para se aplicar o art. 5.º da Convenção de Roma, que se trate de um contrato que tenha por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que se possa considerar estranha à sua actividade profissional, ou então, um contrato destinado ao financiamento desse fornecimento. Para que o art. 5.º seja aplicável, há ainda que verificar se está preenchido, alternativamente, algum dos pressupostos previstos num dos três travessões do n.º 2 do art. 5.º, que traduzem situações em que o consumidor é passivo, é convencido, incentivado, pelo fornecedor, no país da sua residência habitual, a consumir, a adquirir bens ou serviços.

---

*Consumidor*, n.º 3, dir. António Pinto Monteiro, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação do Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2001, págs. 281-300, pág. 293.

<sup>12</sup> Acerca da dificuldade em delinear, uniformemente, uma noção de consumidor, *vide*, designadamente, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pág. 203; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 58; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., pág. 747, nota 788; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Protecção do consumidor de serviços de telecomunicações”, in *As telecomunicações e o Direito na sociedade da informação*, coord. António Pinto Monteiro, IJC, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, págs. 139-158, pág. 140; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os pactos atributivos de jurisdição...”, cit., pág. 285, nota 11; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 49 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 58 e texto correspondente.

#### 4.3. Art. 5.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Convenção de Roma

No art. 5.º, n.º 2, primeiro parágrafo, condiciona-se a aplicação do artigo à circunstância de a celebração do contrato ser precedida, no país da residência habitual do consumidor, de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de um anúncio publicitário divulgado por um fornecedor e de o consumidor ter executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato.

Por exemplo, se um fornecedor tiver enviado uma mensagem, por correio electrónico, com uma proposta contratual ao consumidor e, nessa sequência, o consumidor tiver celebrado o contrato, não há dúvidas de que a situação se enquadra neste primeiro parágrafo.

Situação diferente, é aquela em que o consumidor acede a uma página na Internet e aí vê um anúncio publicitário relativo a algum bem ou serviço, e então decide contratar. Segundo uma fracção da doutrina, o facto de um anúncio publicitário ser divulgado através da Internet, significa que não é direccionado ao país da residência habitual de consumidores determinados – pressuposto que consideram necessário<sup>13</sup> –, mas para o mundo inteiro, e como tal não se aplicaria o art. 5.º. Consideram ainda alguns autores que pelo facto de o consumidor aceder à Internet, aí procurar os sítios que lhe interessam e então celebrar contratos, deixaria de poder ser considerado como um consumidor passivo, que é aquele que visa ser protegido pelo art. 5.º da Convenção de Roma<sup>14</sup>.

De acordo com uma orientação doutrinária divergente, para que o parágrafo primeiro do art. 5.º, n.º 2, se considere preenchido basta que o consumidor possa aceder às mensagens publicitárias que o

---

<sup>13</sup> Neste sentido nos parece ser a posição de KURT SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht des Verbraucherschutzes”, *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts/ Annuaire de droit suisse de la consommation*, Stämpfli Verlag AG, Berna, 1998, págs. 151-201, pág. 168.

<sup>14</sup> KURT SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht...”, cit., pág. 169; THOMAS STÄHEL, “Kollisionsrecht auf dem Information Highway”, in *Information Highway*, org. R. M. Hilty, n.º 3, Stämpfli Verlag/C.H.Beck, Berna/Munique, 1996, págs. 597-623, pág. 617.

fornecedor divulgou na Internet<sup>15</sup>. Consideram, aliás, alguns autores, que a distinção entre consumidor passivo e activo se encontra já relativamente esbatida face à globalização, rapidez e facilidade de acesso permitida, designadamente, pela Internet<sup>16</sup>.

Parece-nos assim que, quanto aos contratos que foram precedidos de publicidade a que o consumidor, no país da sua residência habitual, podia aceder e cujo âmbito foi, ou devia ter sido, previsto pelo fornecedor, deverá entender-se que estará preenchido o pressuposto do art. 5.º, n.º 2, primeiro parágrafo<sup>17</sup>, sendo que, por regra, este direcciona a sua mensagem para os consumidores do mundo inteiro.

No entanto, o fornecedor deverá ter a possibilidade de indicar, no seu sítio Internet que, se for esse o caso, a sua mensagem não se dirige aos consumidores residentes num determinado país, ou que se

---

<sup>15</sup> ARTHUR WALDENBERGER, “Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet”, *BB*, 46/1996, págs. 2365-2371, pág. 2371, e mais recentemente em “Verbraucherschutz im Internet”, in *Multimedia und Recht*, org. Thomas Hoeren e Ulrich Sieber, Verlag C.H.Beck, Munique, 1999, págs. 3-47, pág. 34, defende que basta que o consumidor consiga aceder à página do fornecedor e aí preencher um formulário de encomenda dos bens ou serviços que pretende adquirir; no mesmo sentido, na doutrina portuguesa, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável...”, cit., págs. 162 ss.; ainda sobre este assunto, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 224 ss., com referências bibliográficas, designadamente, na nota 644; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 79 e texto correspondente.

<sup>16</sup> HERBERT KRONKE, “Electronic Commerce und Europäisches Verbraucher-vertrags-IPR”, *RIW*, 12/1996, págs. 985-993, pág. 990; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, “Internet: Mondialisation de la communication – Mondialisation de la résolution des litiges?”, in *Internet, Which Court decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s’applique?*, org. Katharina Boele-Woelki e Catherine Kessedjian, Kluwer Law International, Haia/Londres/Boston, 1998, págs. 89-142, pág. 120. A celebração de contratos através da Internet parte, por norma, de uma consulta, pelo consumidor, da página do fornecedor à qual acede, seguindo-se, posteriormente a transmissão da sua declaração negocial.

<sup>17</sup> GERT REINHART, col. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, (EGBGB Art. 27-37, Art.10), 12. Edição refundida, Berlim, 1998 – anotações ao Art. 29 EGBGB, pág. 497, anotação 55; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 232 ss.

dirige especificamente a outros. Para além disso, o fornecedor que divulgar uma mensagem através da Internet terá sempre a possibilidade de divulgar um convite a contratar e não uma proposta, de modo que poderá sempre controlar a celebração do contrato ao não aceitar a proposta feita pelo consumidor <sup>18</sup>.

O parágrafo primeiro exige ainda que o consumidor tenha executado no país da residência habitual "(...) todos os actos necessários à celebração do contrato". Por "(...) actos necessários à celebração do contrato", no âmbito da Internet, penso que se poderão entender todos aqueles que são praticados na sequência de uma proposta ou mensagem publicitária divulgada pelo fornecedor e que visam a celebração do contrato. Poderá, v.g., ser considerado como tal um "clique" sobre o ícone da página do fornecedor em que está escrito "Aceito".

Esta disposição exige ainda que o consumidor execute esses actos no país da sua residência habitual. Ora, se o consumidor actuar do computador fixo que tem na sua residência habitual, não se suscitam especiais dúvidas quanto ao preenchimento deste requisito. Já no caso de o consumidor executar os actos necessários à celebração do contrato (v.g. enviar uma mensagem electrónica ao fornecedor em que comunica que aceita a proposta que lhe foi feita) do seu computador portátil ligado à Internet pelo seu telemóvel, poderá estar, ou não, no país da sua residência habitual.

No entanto, esta discussão terá uma importância relativa já que, neste caso, se o consumidor nada disser quanto à sua localização, o fornecedor não terá conhecimento da sua "deslocação" pois o endereço electrónico será sempre o mesmo, e considerar-se-á preenchido o primeiro travessão do art. 5.º, n.º 2 <sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 233 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito aplicável...", cit., notas 75 e 76 e texto correspondente.

<sup>19</sup> PETER MANKOWSKI, "Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht", *RabelZ*, 63, 2/1999, págs. 203-294, pág. 252; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 236-239; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito aplicável...", cit., notas 80 e 81 e texto correspondente.

#### 4.4. Art. 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Convenção de Roma

O segundo parágrafo do art. 5.º, n.º 2, estará preenchido “[s]e a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país” (da residência habitual do consumidor). Alguns autores exigem a presença física simultânea das partes contratantes no país da residência habitual do consumidor<sup>20</sup>. Parece-nos, no entanto, que a disposição em análise não o pressupõe, exigindo-se apenas que o co-contratante do consumidor ou o seu representante, receba o pedido no país da residência habitual do consumidor.

Se as partes estiverem na presença física uma da outra, não se colocam dificuldades em determinar em que país se recebe o pedido. Já nos contratos celebrados através da Internet, poderão suscitar-se dúvidas em saber se o co-contratante do consumidor recebeu, ou não, o pedido no país da residência habitual do consumidor.

O facto de o consumidor enviar o seu pedido para um endereço electrónico que tem a sua terminação associada ao país da residência habitual do consumidor (v.g. pt. para Portugal; es. para a Espanha) poderá ser um elemento indiciador, mas não cabal, de que o fornecedor recebeu no país respectivo o pedido do consumidor<sup>21</sup>.

#### 4.5. Art. 5.º, n.º 2, terceiro parágrafo, da Convenção de Roma

Por fim, no terceiro parágrafo do n.º 2 do art. 5.º, exige-se que o vendedor tenha organizado uma viagem a um país que não o da residência habitual do consumidor com vista a incitá-lo a comprar. Esta disposição tem em vista proteger os consumidores em situações das chamadas *Kaffeefahrt*, pelo que a sua aplicação nos contratos celebrados através da Internet só poderá encontrar aplicação se o

---

<sup>20</sup> K. SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht...”, cit., pág. 164, considera que o art. 120, n.º 1, al. a), da Lei de DIP suíça, semelhante à disposição da Convenção de Roma em análise, exige a presença física simultânea de ambas as partes no país do consumidor.

<sup>21</sup> PETER MANKOWSKI, “Internet im Internationalen Vertrags...”, cit., pág. 253; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 243 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 84 e texto correspondente.

fornecedor organizar a viagem a um país através da Internet, a aí incitar o consumidor a comprar <sup>22</sup>.

### 5. O art. 7.º da Convenção de Roma

Aos contratos celebrados com os consumidores poderão ser ainda aplicadas outras normas, para além da lei que for designada pela vontade das partes, e as normas imperativas (injuntivas) que forem aplicadas por força do art. 5.º da Convenção de Roma. Referimo-nos às normas de aplicação imediata <sup>23</sup> que poderão estabelecer um regime específico no âmbito da protecção dos consumidores.

No art. 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma, estabelece-se que poderá “(...) ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita (...)”, refere-se esta disposição às normas de aplicação imediata estrangeiras que tenham “vontade” de se aplicar àquela situação <sup>24</sup>.

No art. 7.º, n.º 2, do mesmo diploma, determina-se que, não obstante a lei aplicável ao contrato, serão também aplicadas as “(...) regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto (...)”, referindo-se aqui às normas de aplicação imediata do foro. E enquanto em relação às normas de aplicação imediata de países terceiros poderá “(...) ser dada prevalência às disposições imperativas (...)”, no que respeita às normas de aplicação imediata do foro, o

---

<sup>22</sup> KURT SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht...”, cit., pág. 161; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 245.

<sup>23</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 848, define as normas de aplicação imediata como “(...) normas materiais autolimitadas cuja «vontade de aplicação» extravasa do âmbito de competência da ordem jurídica a que pertencem, determinado este pelo respectivo sistema geral de normas de conflitos de leis; (...) essas normas reclamam, portanto, um campo de aplicação no espaço que pode revelar-se exorbitante em relação àquele que é reservado à ordem jurídica em que se inserem, ou que, em todo o caso, é autonomamente definido por elas, independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis”.

<sup>24</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 99 e texto correspondente.

disposto na Convenção “(...) não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro (...)”.

No art. 22.º, n.º 1, al. a), da Convenção de Roma prevê-se a possibilidade de qualquer Estado Contratante poder reservar-se o direito de não aplicar o art. 7.º, n.º 1. Portugal fez esta reserva – art. 3.º da Resolução da Assembleia da República n.º 3/94, de 3 de Fevereiro de 1994.

No entanto, segundo a orientação seguida por alguns autores, esse facto não significa que os tribunais portugueses não possam aplicar as normas de aplicação imediata de Estados terceiros<sup>25</sup>. Um dos argumentos invocados por esses autores é o art. 23.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que estabelece o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, em que se determina que “[n]o 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”, admitindo, portanto a aplicação das normas de aplicação imediata de países que não o do foro nem o da lei escolhida pelas partes.

## II. Determinação do foro competente para julgar os litígios decorrentes de contratos celebrados com os consumidores

### 1. *Âmbito de aplicação da Convenção de Bruxelas, da Convenção de Lugano e do Regulamento (CE) n.º 44/2001*

A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e

---

<sup>25</sup> Sobre os fundamentos desta posição, vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado, Introdução*, I volume, AAFDL, Lisboa, 2001, págs. 304 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 663 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito aplicável...”, cit., nota 99 e texto correspondente.

comercial vigora nos Estados-Membros da Comunidade Europeia e entrou em vigor em Portugal em 1 de Julho de 1992 <sup>26</sup>.

No preâmbulo desta Convenção determina-se que se pretende dar execução ao antigo art. 220.º (actual art. 293.º do Tratado da Comunidade Europeia) do Tratado de Roma que institui a Comunidade Económica Europeia, especialmente 3.º travessão, no qual se estabelece que os Estados-membros “(...) entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: (...) – a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais” <sup>27</sup>.

Adicionalmente, os Estados-Membros da EFTA e os Estados Comunitários adoptaram a Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, celebrada em Lugano em 16 de Setembro de 1988 <sup>28</sup>. Esta Convenção, também conhecida por Convenção de Lugano, apresenta grandes semelhanças com a Convenção de Bruxelas, tendo muitas disposições iguais <sup>29</sup>.

Ambas as Convenções, conforme consta do seu art. 1.º, aplicam-se em matéria civil e comercial e afastam do seu âmbito de aplicação matérias fiscais, aduaneiras e administrativas (art. 1.º, § 1, segunda parte), bem como as referentes ao estado e à capacidade das pessoas singulares, aos regimes matrimoniais, aos testamentos e às sucessões, às falências, às concordatas e a outros processos análogos, à segurança social e à arbitragem (art. 1.º, § 2, n.ºs 1 a 4).

<sup>26</sup> O texto integral encontra-se publicado no *D.R., I Série-A*, n.º 250, de 30 de Outubro de 1991. Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, LEX, Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, pág. 11; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e a arbitragem”, *ROA*, Ano 56, 1996-II, págs. 595-618, pág. 595.

<sup>27</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “A Convenção de Bruxelas...”, cit., pág. 596.

<sup>28</sup> Publicado no *D.R., I Série-A*, n.º 250, de 30 de Outubro de 1991.

<sup>29</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Notas sobre a competência internacional (I)*, salienta que “[d]os Estados que pertencem ao Espaço Económico Europeu apenas o Liechtenstein não é parte da Convenção de Lugano, mas a Suíça, que não o integra, é membro dessa Convenção”: texto consultável em <http://www.fd.ul.pt/licenciatura/dpc1/elementos-de-estudo.htm>.

A 1 de Março de 2002 entrou em vigor o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (art. 76.º do citado Regulamento)<sup>30</sup>.

Este Regulamento tem o mesmo âmbito de aplicação material da Convenção de Bruxelas e veio substituí-la, salvo nas relações entre a Dinamarca e os demais Estados-Membros e nos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pela aplicação territorial da Convenção e que ficam excluídos do Regulamento por força do art. 299.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (cf. arts. 68.º, n.º 1 e 1.º, n.º 3 e considerando 21, 22 e 23, todos do Regulamento)<sup>31</sup>. Vamos assim, nesta exposição, fazer incidir a nossa atenção nas disposições deste Regulamento.

A Convenção de Lugano não foi afectada pela entrada em vigor do citado Regulamento já que é aplicável nas relações entre os Estados comunitários e os Estados não comunitários que são parte dessa Convenção: Islândia, Noruega e Suíça<sup>32</sup>.

## 2. Regra geral de competência

Nos termos do art. 2.º, n.º 1, do Regulamento, como regra geral, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-membro devem ser demandadas perante os tribunais desse Estado.

A determinação do domicílio de uma pessoa no território de um Estado-Membro é submetida ao critério da *lex fori*, mas se a parte não tiver domicílio no Estado do foro “(...) o juiz, para determinar se a parte tem domicílio noutra Estado-Membro, aplica a lei desse Estado-Membro” (Art. 59.º, n.ºs 1 e 2)<sup>33</sup>.

Já no art. 60.º prevê-se que “(...) uma sociedade ou outra pessoa colectiva ou associação de pessoas singulares e colectivas tem domicílio no lugar em que tiver:

<sup>30</sup> Publicado no JOCE n.º L 012, de 16/01/2001.

<sup>31</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 326.

<sup>32</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Notas sobre a competência internacional (I)*, cit.

<sup>33</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os pactos atributivos de jurisdição...”, cit., pág. 289 e nota 18.

- a) A sua sede social;
- b) A sua administração central; ou
- c) O seu estabelecimento principal  
(...)"

No art. 5.º são estabelecidas competências especiais em que se admite que uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro possa ser demandada nos Tribunais de outro Estado-Membro. De entre as hipóteses aí indicadas, e face ao tema desta exposição, salientamos a que vem prevista no n.º 1, em que se determina, na sua al. a), que, em matéria contratual, a parte pode ser demandada "(...) perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão". Na al. b) esclarece-se que "[p]ara efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar de cumprimento da obrigação em questão será:

– no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues,

– no caso da prestação de serviços, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados;

(...)"<sup>34</sup>.

### ***3. Regras aplicáveis a litígios decorrentes de contratos celebrados com consumidores***

Do Regulamento constam normas que se aplicam especificamente na determinação do foro competente nos litígios decorrentes de contratos celebrados com consumidores. Cf. Secção 4, arts. 15.º a 17.º.

Nos termos do art. 15.º, n.º 1, estabelece-se que a competência do tribunal será determinada pela Secção 4 se o contrato for celebrado

---

<sup>34</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Os pactos atributivos de jurisdição...", cit., pág. 291 e nota 19. Para um estudo comparativo entre a redacção que foi dada a este artigo na Convenção de Bruxelas e no Regulamento (CE) n.º 44/2001, vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito aplicável...", cit., nota 152 e texto correspondente.

por um consumidor [à semelhança do art. 5.º, n.º 1, da Convenção de Roma, é definido como pessoa que celebra contrato com uma "(...) finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional (...)"] e

"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 actividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa actividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro, e o dito contrato seja abrangido por essa actividade".

Nestes casos, o art. 16.º, n.º 1 determina que o consumidor pode intentar uma acção 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 do domicílio do consumidor.

Já o consumidor, nos termos do art. 16.º, n.º 2, só pode ser demandado nos tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliado.

#### 4. *Pactos atributivos de jurisdição*

Estabelece ainda o art. 17.º do mesmo Regulamento que estas regras só poderão ser afastadas mediante convenção em contrário, nos exactos limites que vêm estabelecidos nos seus três números, a saber: a *electio fori* apenas será válida se ocorrer em momento posterior ao nascimento do litígio, ou, permitir ao consumidor recorrer a outros tribunais que não os indicados na Secção IV, ou se ambas as partes, no momento da celebração do contrato, tiverem domicílio ou residência habitual no mesmo Estado Contratante e atribuírem competência aos tribunais desse mesmo Estado.

Os limites à autonomia da vontade das partes aqui indicados justificam-se, uma vez mais, atendendo à necessidade de protecção do

contraente mais débil impedindo o seu co-contraente de lhe impôr um foro que fosse inconveniente para o consumidor <sup>35</sup>.

No caso de as partes convencionarem que um ou mais tribunais terão competência para decidir o litígio, o pacto atributivo de jurisdição deverá ser celebrado com observância dos requisitos que vêm estabelecidos no art. 23.º. Nesse sentido, o pacto atributivo de jurisdição deverá ser celebrado: a) por escrito ou verbalmente, mas confirmado por escrito, ou b) em conformidade com os usos estabelecidos pelas partes entre si, ou c) ainda, no comércio internacional, de acordo “(...) com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado”. E, no n.º 2 deste artigo, esclarece-se que equivale à forma escrita “[q]ualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do pacto (...)”, indicação que veio esclarecer dúvidas que se suscitavam quanto às exigências relativas à forma escrita.

Se se não aplicar a Convenção de Bruxelas nem a Convenção de Lugano nem o Regulamento (CE) n.º 44/2001, aplicam-se as normas que atribuem competência internacional aos tribunais portugueses e que vêm previstas no Código de Processo Civil: designadamente arts. 61.º, 65.º, 65.º-A e 99.º Código de Processo Civil <sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os pactos atributivos de jurisdição...”, cit., págs. 294 ss.

<sup>36</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “A competência internacional no Código de Processo Civil revisto”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, LEX, 1997, Lisboa, págs. 71-92, pág. 82. Também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Notas sobre a competência internacional (I)*, cit., salienta que “[n]o seu específico âmbito de aplicação, o Regulamento n.º 44/2001 prevalece sobre as normas reguladoras da competência internacional previstas nos arts 65.º, 65.º-A, 99.º e 1094.º a 1102.º CPC (cfr. art.º 249.º TCE; art.º 8.º, n.º 3, CRP). Assim, sempre que o caso concreto caiba no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, as suas normas prevalecem sobre aquela regulamentação interna. Se não for esse o caso, são aplicáveis as normas nacionais (cfr. art.º 4º Rgl. 44/2001)”.



## Trabalhos de Estudantes do Curso



# CONTRATOS DE VENDA AO DOMICÍLIO

## Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos

ANTÓNIO GAMA RAMOS

Lic. em Sociologia\*

*As pessoas têm um fraco pelas coisas cómodas.  
Acham que as coisas cómodas são melhores  
e põem de parte as coisas verdadeiramente úteis*

*in "Sonhos"  
de Akira Kurosawa*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Controle e Regulação do mercado no domínio das vendas ao Domicílio: uma Fiscalização ineficaz? 3. Regime Jurídico das Vendas ao Domicílio: Breve Abordagem aos Aspectos mais Relevantes. 4. Venda ao Domicílio e Crédito ao Consumo: O Consumidor a Caminho da "Catástrofe". 5. Os Casos Paradigmáticos do Senhor Antunes e do Senhor Prudêncio. 6. Conclusão. 7. Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO

Em todos os campos da vida social se fala, hoje, de consumo. O chavão 'somos todos consumidores' assume um significado multiplamente

---

\* Aluno do 4.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo.

abrangente. Somos consumidores nas mais diversas situações, pelas mais diversas formas e estilos, nos mais variados momentos e locais, dos mais diversos modos, às mais diversas distâncias. Consumimos bens e serviços comerciais. Consumimos espaço, consumimos ar. Consumimos saúde, somos consumidores aos olhos do próprio Estado. Passámos de trabalhadores a consumidores, de utentes a consumidores, de clientes a consumidores. Somos protagonistas de consumos úteis e inúteis, essenciais e supérfluos, bons e maus, inócuos e nocivos, equilibrados e desequilibrados, racionais e impulsivos.

A palavra consumo encontra-se no centro das preocupações dos nossos dias. Materialismo e posse. Ter e ser. Qualidade de vida e 'mau estar contemporâneo'. Superficialidade e espiritualidade. O consumo parece abrir novos espaços para a reflexão filosófica, motivar a pesquisa social, traçar novos caminhos para a reflexão sobre a vida em sociedade, ser campo de conflitualidade social – e, nessa medida substituir, de alguma forma, a velha luta de classes pela contraposição de interesses entre consumidores e produtores – e, ao mesmo tempo, estar no âmago de muito do trabalho de ordenação normativa a que cada sociedade está permanentemente sujeita.

O simples acto de consumir encerra múltiplas dimensões. Por um lado, pela maior complexidade que, nos nossos dias, cada relação comercial encerra, seja pela maior variedade de modalidades, seja pela crescente complexidade tecnológica envolvida. Por outro lado, pela complexidade que a escolha de um ou outro produto distinto encerra, força da multiplicidade de interações (ambientais, sanitárias, éticas, etc), e que faz do acto de consumo um acto não inócuo.

O consumo adquire, no entanto, diversificadas significações segundo a perspectiva disciplinar utilizada na sua abordagem. Jurídica, remetendo para as questões da contratualidade. Psicossociológica, remetendo para a sua influência nos mecanismos de escolha. Sociológica, tendo em conta as mutações sociais que se geram na estrutura dos modos e práticas de consumo. Económica, tendo em conta a reestruturação e reorganização dos mercados, etc, etc.

Na sociedade de consumo, hiperbólica, materialista, império do efêmero, os comportamentos individuais ganham uma relevância especial. Porque são o fio condutor de representações e atitudes dificilmente captáveis no imediato, por serem do domínio do não observado, do adquirido, tão perto estão do nosso quotidiano. Porque os consumos assumem expressão fundamental a três níveis: enquanto actos culturais, que consubstanciam estilos de vida e formas de organização da vida social; enquanto elementos que implicam com o equilíbrio e a harmonia global; enquanto elementos enquadradores do peso da norma na vida em sociedade e, logo, nas posições de relativa igualdade ou desigualdade em que os membros dessa sociedade se encontram.

A conflitualidade ligada ao consumo pode ser considerada uma boa medida da justiça na relação entre os diversos membros e estruturas duma sociedade. Sendo as relações de natureza contratual um mecanismo por excelência que define e tutela o funcionamento quotidiano da sociedade – suporte do funcionamento dos mecanismos de natureza económica, cultural e social – a perversão dos princípios que tutelam este tipo de relacionamento social é, quanto mais aguda, mais reveladora de um imaneente mal estar social.

Por esse motivo, a simples verificação de que em determinado domínio a posição do consumidor, por exemplo, é mais fragilizada ou que a conflitualidade aí é mais expressiva são razões suficientes para que, nos mais diversos domínios de estudo, se possam abordar os desequilíbrios que perpassam o âmago da sociedade.

Da nossa experiência de trabalho num Centro de Informação Autárquico ao Consumidor (CIAC) – ainda que não directamente enraizada nas relações jurídicas de consumo, outrossim nas questões mais genéricas da informação e educação dos consumidores – resulta uma percepção das problemáticas dominantes no domínio da conflitualidade de consumo, mormente numa zona urbana como é o concelho de Sintra. Essa conflitualidade assenta, essencialmente, em determinado tipo de contratos que absorvem grande parte das conjunturas conflituais. É o caso dos contratos referentes à prestação de serviços no domínio das telecomunicações, são as questões aliadas ao crédito ao consumo,

são as questões do cumprimento defeituoso de contratos no domínio da habitação, nomeadamente no que se refere à compra e venda de imóveis, e, finalmente, as questões inerentes à formulação e execução de contratos fora do domicílio do vendedor.

Este último tipo de relações de consumo que elencámos interessanos especialmente, mormente porque ao longo dos anos tem sido um domínio com altos níveis de recorrência ao CIAC e, logo, indutor de situações que os consumidores reputam de violadoras dos seus direitos, ou melhor, da noção apriorística que têm desses direitos.

As relações de consumo baseadas nas vendas ao domicílio apresentam-se como situações em que, a partir das descrições dos próprios consumidores, se deduz de imediato que existem desequilíbrios assinaláveis nas propostas contratuais e na formulação e conclusão dos contratos, porque a informação (sobre as cláusulas do contrato, os bens a fornecer, a assistência pós-venda ou os direitos do consumidor legalmente consagrados) é bastas vezes prestada de forma deficiente, porque este tipo de venda a retalho apresenta ainda margens de lucro assinaláveis, resultantes de estratégias de venda bastante sofisticadas e, finalmente, porque a fiscalização deste tipo de actividade é, regra geral, muito escassa e ineficaz.

## **2. CONTROLE E REGULAÇÃO DO MERCADO NO DOMÍNIO DAS VENDAS AO DOMICÍLIO: UMA FISCALIZAÇÃO INEFICAZ?**

Nos contratos efectuados fora do domicílio do vendedor o consumidor está, regra geral, numa situação de forte desvantagem em relação ao vendedor. Por esse motivo existe legislação especial para tutelar este domínio. Por esse motivo, também, haverá que considerar que a fiscalização das empresas que intervêm neste domínio haveria que ser mais eficaz e insistente.

As modalidades e intensidade da fiscalização da actuação das empresas não pode depender apenas da denúncia dos consumidores,

pois que é líquido que muitas vezes estes desconhecem pura e simplesmente os seus mais elementares direitos e, simultaneamente, não têm a mínima noção dos mecanismos que a lei prevê para se poderem defender, nem para poderem agir como contraparte numa simples relação contratual.

Num país com um tão grande extensão de analfabetismo funcional, dominado por “reality-shows” e em que a qualidade dos saberes é remetida para o espaço – muitas vezes fechado – dos domínios académicos a “xico-esperteza” só pode ter óptimas condições para florescimento.

Ao longo dos anos noventa, todas as “novas” formas de venda, todos os novos mecanismos de persuasão importados dos Estados Unidos foram usados e abusados nos mais diversos domínios. Com investimentos irrisórios, algumas pseudo-empresas fizeram autênticas razias na auto-estima de muitos consumidores. Exemplos práticos de uma determinada forma de actuar podem ser respigados da venda de Time-sharing, de cartões de férias, de cartões de desconto, de loiças e porcelanas, de “colchões medicinais ortopédicos climatizados”, etc, etc.

Em toda esta panóplia existiam dois denominadores comuns. Por um lado, cada um dos campos de actuação teve a sua época áurea. Por outro lado, as empresas iam variando mas as pessoas que aí actuavam mantinham-se, variando tão só o tipo de bem ou serviço comercializado.

No meio de todo este caos sobressaíam, evidentemente, empresas e pessoas que trabalhavam e actuavam com seriedade. Às vezes por certo o próprio funcionamento do mercado terá feito a justiça que alicerçar a sua actividade e permitir prosseguir calmamente o seu trabalho. Não sem terem sido, seguramente, prejudicados pelos agentes sem escrúpulos que pulularam por tanto tempo.

Mas o mercado, regra geral, ajusta-se e vai fazendo uma selecção natural. Os mecanismos de fiscalização também se apuram. O legislador também vai acompanhando os tempos, nomeadamente através do refazer das normas adaptando-as às novas situações de comercialização de bens e serviços.

Este é um domínio em que as fragilidades de uma sociedade como a nossa não podem estar expostas à sofreguidão de uns tantos agentes económicos sedentos de lucro. Isso implica que o mercado não possa funcionar de forma selvagem e que, portanto, haja regulação e fiscalização eficaz.

Sendo certo que, numa economia aberta, o Estado não pode substituir os cidadãos nas opções que quotidianamente tomam, a existência de relações de consumo que implicam desequilíbrios nas posições relativas das contrapartes nas situações de celebração contratual, como outras situações de desigualdade perante o mercado, implicam não só que tenha o sistema normativo que recobrir a maioria das situações que se podem ocasionar, como tenham que estar instituídos mecanismos de fiscalização eficazes. Implica também que tenha que haver, cada vez mais, um forte sentido de responsabilidade dos cidadãos, e que as questões que se interrelacionam com o consumo se reportem às questões da cidadania e da educação cívica, o que implica, necessariamente uma maior e mais sistemática intervenção do Estado.

O espaço de intervenção nesta área está delimitado por um lado pela componente civil de intervenção, i.e., pelo espaço que as associações ocupam e pelo papel que o associativismo desempenha, e está por outro lado alicerçado nos diversos papéis que encerram a intervenção do Estado, a saber:

Um papel legislador e que se prende com a estruturação de um equilíbrio nos contratos que subjazem a todo o acto de consumo. Um papel preventivo e fiscalizador assumido no desenvolvimento de competências de vários organismos, mormente a nível central. Um papel de intervenção no domínio da educação do consumidor e, finalmente, um papel de fiel da balança no estabelecimento de actividades de mediação, conciliação e arbitragem de conflitos resultantes das relações entretencidas entre agentes económicos e consumidores.

Releva que, considerada a relativa insipiência do movimento associativo, é notório que ao Estado, concorde-se ou não, está consignada uma importante parte da acção e da estruturação das actividades de

representação do consumidor. Não só no seu papel regulador, no seu papel fiscalizador, no seu papel legislador, na sua supervisão das políticas de educação cívica ao nível do sistema escolar, mas também enquanto promotor do associativismo e desempenhando os papéis que seriam da sociedade civil, como seja a representação dos consumidores e a tutela dos seus interesses.

O consumidor, regra geral desatento e mal informado, envolve-se então em situações de natureza contratual em que está manifestamente em inferioridade. Quando as situações degeneram em conflito – porque o consumidor percebeu que foi “enganado” – espera do Estado o desempenho desse papel paternalista de defensor do consumidor e agente de aplicação de castigos. Serve isto para dizer que, quando o consumidor tem a mínima percepção de que algum direito consagrado tenha sido violado, se dirige a uma qualquer Direcção-Geral, a um Centro de Arbitragem, a um Serviço Municipal de Informação ao Consumidor, a um CIAC, solicitando que o contrato que não lhe convém, mas a que se vinculou, seja desfeito.

O Estado sempre teve um peso incomensurável no ordenamento da vida dos cidadãos entre nós. O consumidor actual ainda confia no papel fiscalizador do Estado e só confrontado com situações conflituais percebe a sua condição de consumidor como uma parte igual na relação de consumo. Percebe aí que o papel do Estado não é o de “castigador” de agentes económicos menos escrupulosos. Percebe aí, também, que a avaliação dos contratos, a informação pré-contratual e a confiança com que se vincula são bens preciosos que deve reter para si e nunca entregar de mão beijada.

No entanto, este pressuposto tem subjacente uma confiança latente nas relações contratuais a que se vincula, sendo essa confiança indispensável para os indivíduos poderem levar uma vida “normal”.

Não obstante o mecanismo de confiança que naturalmente se gera na relação interpessoal entre comprador e vendedor, o consumidor age, regra geral, segundo três motivações básicas no processo de selecção e, posteriormente, aquisição de bens: a qualidade, ou melhor, as carac-

terísticas específicas que ele acredita, ou que lhe fazem acreditar, que o produto possui determinados atributos; as motivações estéticas, que se prendem com a forma de apresentação do produto; a utilidade segundo o princípio de ajustamento às necessidades.

Nas vendas ao domicílio, enquanto modalidade de comercialização a retalho, o mecanismo da confiança entre vendedor e comprador é absolutamente relevante. Primeiro porque o vendedor entra na intimidade do comprador tecendo, através de sofisticadas técnicas de venda, uma empatia inultrapassável. Depois porque, regra geral, e com base nessa confiança, a vinculação do consumidor ao contrato faz-se não através de uma desprendida análise das cláusulas que o constituem, mas sim através das considerações que o vendedor exprime – tratando o contrato como uma mera formalidade resultante de exigências estapafúrdias do Estado – ficando subentendido o contrato como um mero pró-forma sem importância nem relevo.

### **3. REGIME JURÍDICO DAS VENDAS AO DOMICÍLIO: BREVE ABORDAGEM AOS ASPECTOS MAIS RELEVANTES**

Cada acto de consumo pressupõe a celebração de um contrato. Ora, embora grande parte das pessoas entenda que o contrato é um acto que pressupõe a forma escrita, a verdade é que essa noção errada esconde e oblitera a noção dos deveres assumidos quando o contrato não assume a forma escrita. I.e., grande parte dos consumidores desconhece as obrigatoriedade de cumprimento que está subjacente à vinculação a um contrato, julgando que apenas a forma escrita produz obrigações relevantes em matéria de cumprimento contratual.

Embora não seja, por certo, a razão principal, essa não será certamente a menor das razões para que os contratos “verdadeiramente importantes” que realizamos ao longo da vida se processem através da forma escrita, como seja a aquisição de bens imobiliários.

A formulação escrita de determinado tipo de contratos favorece de forma expressa a posição do consumidor, ultrapassando debilidades endémicas que resultam da cada vez maior especificidade de alguns

tipos de contratos de consumo, por oposição à noção clássica de contrato, em que o posicionamento equilibrado entre as partes em situação negocial era regra.

Haverá, em função desta pressuposição, que ter em conta a intenção do legislador quando determina que, a partir de um determinado montante, o contrato de venda ao domicílio assuma a forma escrita sob pena de nulidade. Efectivamente, estamos – nesta modalidade de contratação – perante uma das situações em que o consumidor tem uma posição mais frágil e desprotegida.

A nossa experiência permitiu-nos, de facto, perceber as vendas ao domicílio e aquelas que a estas podem ser equiparadas como uma zona de forte conflitualidade e de grande ignorância por parte dos consumidores.

A interacção face a face tem uma forte componente de influência social, na medida em que, face aos modelos ideais que apresenta, desarma o consumidor das armaduras e bloqueios, dos estereótipos e obstáculos mentais e o transforma num (quase) “receptáculo”, depositário das imagens virtuais que ela própria veicula.

As vendas ao domicílio têm, por isso, uma forte componente em que o consumidor se despe da capa de protecção e se sustenta no mecanismo psicológico da confiança para interacção com o vendedor e, logo, para a vinculação a contratos que, tantas vezes observados à posteriori, lhe parecem sumamente absurdos, perdendo a percepção da razão que assistiu à sua decisão de contratar.

As vendas ao domicílio têm, ainda, outras componentes que jogam em desfavor do consumidor: o consumidor é apanhado desprevenido. I.e., quando se dirige a um estabelecimento a decisão de contratar depende de uma reflexão prévia que se funda, em princípio, no equacionamento de uma necessidade. Quando o consumidor é abordado no domicílio, sem que o tenha previamente solicitado, está numa posição psicológica mais débil, nomeadamente tendo em conta a forma como o produto ou serviço é normalmente apresentado, suscitando muitas vezes interesse, curiosidade e transformando-se quantas vezes em apelo

irresistível (o cartão de desconto tão atractivo, as férias para toda a vida que de outro modo não se teriam, o colchão ortopédico-medicinal que finalmente vai resolver o problema da dor nas costas, o aspirador que elimina os ácaros – até aí desconhecidos, mas que afinal provocavam fortes e prolongadas alergias, etc, etc).

Os contratos que advêm das vendas ao domicílio têm, pelas condições em que são realizados e pelo modo como objectivamente são preparados e propostos, nuances que os diferenciam dos modelos clássicos de contratar, onde o princípio da liberdade de contratar, a autonomia da vontade e a escolha, que são elementos preponderantes nas “normais” condições de formulação dos contratos, estão, muitas vezes, subordinadas às características da actuação do vendedor, que distorce aqueles princípios em favor da sua posição tecnicamente informada.

Inversamente, o contrato celebrado no domicílio do consumidor, sem que este tenha previamente solicitado a presença ou os serviços do vendedor, apresenta, regra geral, nuances que cerceiam algumas práticas basilares presentes nos modelos de contratação clássica, a saber: desde logo a impossibilidade de escolher com quem contratar, pois que o vendedor se apresenta directamente em casa do consumidor; artificial formação da vontade, pois que esta se irá basear bastas vezes na argumentação do vendedor, não havendo, nalgumas circunstâncias tempo para o consumidor reflectir capazmente; em muitos casos a informação sobre as condições do contrato, sua forma e normas especiais, é deficiente ou insuficientemente explicada, desconhecendo o consumidor os direitos que lhe assistem e, ainda que o contrato seja, tão só pela ausência da informação pertinente, passível de nulidade, o consumidor não utilizará os mecanismos legais ao seu alcance, tão só porque os desconhece, acabando muitas vezes por cumprir um contrato cuja formulação é manifestamente desequilibrada a favor do vendedor; as circunstâncias em que o vendedor se apresenta ao consumidor, utilizado a surpresa como forma de forçar o contrato; a utilização de técnicas de venda que o consumidor, pelo simples facto de se encontrar no seu próprio domicílio, se sente incapaz de contrariar. A capacidade técnica do vendedor acaba, por vezes por manietar o consumidor e a concordância deste mais não é que uma concordância confusa e quase inconsciente.

Para além dos princípios que tutelam, no geral, a formulação dos contratos, as vendas ao domicílio ou equiparadas são tuteladas por legislação especial, concretamente o Decreto-lei n.º 143/2001 de 26 de Abril, que veio substituir o anterior normativo (Decreto-lei n.º 272/87 de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-lei n.º 243/95 de 13 de Setembro), procedendo à transposição para o Direito interno da Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio.

O Decreto-lei n.º 143/2001 vem, assim, reconhecer a debilidade do consumidor neste tipo de relação contratual ao entender a necessidade de *reformulação e aprofundamento* do anterior texto legal, *tendo em vista adequá-lo à actual realidade económica e assim contribuir para uma maior transparência das relações comerciais e para uma melhor protecção do consumidor*. Podemos, pois, dizer que o seu mais profundo objectivo será proteger o consumidor de técnicas de venda refinadas e de aquisições que tanto podem ser inúteis quanto dispendiosas, procurando tutelar a posição do consumidor e, de certa forma, repor o equilíbrio contratual.

O normativo abrange basicamente a venda ao domicílio tanto como técnica de promoção quanto técnica de venda. O pressuposto é de que é o vendedor que se desloca ao domicílio do comprador, tratando-se de uma modalidade de distribuição comercial a retalho em que o contrato, em que o objecto tanto pode ser um bem como um serviço, é proposto e concluído no domicílio do consumidor, pelo vendedor ou representantes deste, sem que tenha existido um pedido expresso por parte do consumidor.

Por outro lado, o alcance deste normativo é estendido a vendas que se podem considerar como similares às vendas ao domicílio, o que é deveras relevante. Estão neste caso as vendas efectuadas no local de trabalho do consumidor, as vendas realizadas no domicílio do consumidor em que existe uma demonstração realizada por um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas a pedido do vendedor (a típica situação das vendas da Tupperware). O normativo também abrange as vendas em que a proposta é iniciada fora do estabelecimento comercial, concretamente na rua, situação muito comum na venda de Time-sharing, cartões de férias e cartões de desconto.

Releva aqui que, mais que a conclusão do contrato, é relevante o início da proposta contratual, i. e., sendo determinante o “onde”, esta determinação atém-se não só ao contrato propriamente dito como também à formulação inicial da proposta.

Apesar da importância da forma como as contrapartes se encontram em posição de contratar – o “onde” – de grande relevância é, também, a forma, o conteúdo e o valor do contrato.

Assim, o artigo 16.º do Decreto-lei n.º 143/2001 impõe que os contratos de venda ao domicílio ou equiparados sejam reduzidos a escrito estabelecendo um valor menor relativamente ao regime anterior a partir do qual o contrato deve assumir a forma escrita (concretamente 20.000\$00, cfr Portaria n.º 1300/95 de 31 de Outubro e 60 € no regime actual).

Esta obrigatoriedade de contrato escrito é relevante do ponto de vista da defesa dos interesses dos consumidores, pois que simultaneamente a mesma legislação enumera, no n.º 1 do artigo 16.º os elementos que o contrato deve possuir sob pena de nulidade. Concretamente:

- a) *“Nome e domicílio ou sede dos contraentes ou dos seus representantes;*
- b) *Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;*
- c) *Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;*
- d) *Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso do pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;*
- e) *Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou de início da prestação do serviço;*
- f) *Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;*

- g) *Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato, no prazo referido no artigo 18.º, n.º 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito.*”

O mesmo artigo, no seu n.º 2, impõe que *quaisquer outras condições e cláusulas devem ser expressas em termos claros e inequívocos*. De toda a forma essa obrigatoriedade decorreria já quer da Lei das Condições Gerais dos Contratos quer da própria Lei de Defesa do Consumidor, mas, em todo o caso, este aspecto vem, uma vez mais, ilustrar de forma clara a preocupação do legislador com a posição do consumidor.

No artigo 18.º vimos a encontrar uma outra consequência da matriz de protecção do consumidor que subjaz na feitura deste decreto-lei e, *pour cause*, na directiva que lhe deu origem. Trata-se das especificações atinentes ao direito de resolução do contrato, com a expressa determinação de que se trata de um direito inalienável, pois que o n.º 4 deste estabelece que *têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia aos direitos previstos nos números anteriores, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso do consumidor exercer aqueles direitos*.

O legislador especifica, ainda, no artigo seguinte os efeitos decorrentes da resolução, a fim de impedir que o consumidor possa ser de alguma forma penalizado pelo exercício desse direito.

Em suma, importa dizer que o legislador sustentou de forma adequada a posição do consumidor, estabelecendo um regime que o protege efectivamente nos contratos celebrados no seu próprio domicílio ou equiparados.

Evidentemente que uma boa lei não impede práticas lesivas por parte dos agentes económicos e os tribunais não são polícias da sociedade e o Estado não é onnipotente nem omnipresente. A existência dessas práticas decorre, sobretudo, da fraca noção do que implica a cidadania, na ausência de uma atitude crítica e pró-activa dos consumidores que bastas vezes se verifica.

As associações e os organismos vocacionados para a protecção do consumidor terão – ainda mais – uma palavra a dizer.

#### 4. VENDA AO DOMICÍLIO E CRÉDITO AO CONSUMO: O CONSUMIDOR A CAMINHO DA “CATÁSTROFE”

Muitas vezes a venda ao domicílio não aparece isolada. Conexo a essa venda aparece um contrato de crédito ao consumo, visando permitir ao consumidor conseguir fazer face aos encargos que resultam do compromisso assumido.

Fugindo da abordagem mais genérica e concreta, assim como de uma análise exaustiva, do regime jurídico do contrato de crédito, abordemos algumas especificidades deste tipo de contrato, como é o caso dos requisitos e da invalidade, que podem ter relevo na coligação com o contrato de venda ao domicílio, i.e., interessará mais uma abordagem aos requisitos do contrato – no que nos interessa: a entrega tempestiva ao comprador de um exemplar do contrato – e suas consequências num caso específico que ilustramos no capítulo seguinte.

Uma das especificidades que se apresenta como aspecto recorrente quando a uma venda ao domicílio se subordina também a concessão de um crédito tendo em vista o pagamento faseado por parte do consumidor é a questão da nulidade do contrato de crédito – arrastando a nulidade do contrato de compra e venda – por força da conjugação dos artigos 6.º e 7.º da normativo que rege os contratos de crédito.

Efectivamente, é interesse do vendedor receber a pronto, pois que, geralmente, o fundamento da sua actividade não se centra na concessão de crédito. Por outro lado, a empresa financiadora tem interesse em conceder crédito, pois esse é o seu objectivo enquanto entidade económica dotada de estatuto jurídico.

Desta composição de interesses resulta, muitas vezes, a *colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou conclusão do contrato de crédito*, referenciada no número 1 do artigo 12.º do Decreto-lei

n.º 359/91 de 21 de Setembro, que consagra o regime jurídico do contrato de crédito.

Estando nós a reflectir sobre os contratos de venda ao domicílio e introduzindo alguma complexidade na questão ao correlacioná-la com o domínio do crédito ao consumo – complexidade que deriva de inúmeras situações reais de que vamos tendo conhecimento – importa referenciar desde logo que estamos a falar de situações em que se verifica, em rigor, uma compra e venda financiada. Efectivamente, a compra é a pronto. O pagamento é que é feito através do financiamento, de forma faseada, à empresa financiadora.

Releva daqui que os valores são entregues pela empresa financiadora à empresa vendedora, enquanto que esta entrega os bens ao consumidor. Trata-se, portanto, de uma compra e venda a pronto e não a prestações.

Em princípio aplicar-se-ia aqui o princípio da relatividade, pois cada contrato vincularia apenas as respectivas partes, não se podendo opor à contraparte as excepções, exclusões ou nulidades derivadas do outro contrato. Nesta medida, os vícios referentes à execução do contrato de compra e venda não seriam, necessariamente, oponíveis ao contrato de crédito e vice-versa.

Simplesmente, o referido artigo 12.º do Decreto-lei n.º 359/91 induz a possibilidade de o comprador alegar excepção de não cumprimento fazendo-a repercutir no contrato de crédito quando o contrato de compra e venda se encontra incumprido, nomeadamente quando as diligências junto do vendedor se revelarem infrutíferas e quando a entidade financiadora e a entidade vendedora se organizaram para conceder esse tipo de créditos, havendo aí, de alguma forma, um regime de exclusividade.

Por outro lado, quando o consumidor opera a resolução do contrato de compra e venda, esses efeitos vão-se repercutir no contrato de crédito, por força do n.º3 do artigo 19.º do Decreto-lei 143/2001: *sempre que o preço do bem ou serviço for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo fornecedor ou por um terceiro com base num acordo celebrado entre este e o fornecedor, o contrato de crédito*

*é automática e simultaneamente resolvido, sem direito a indemnização, se o consumidor exercer o seu direito de resolução em conformidade com o disposto no artigo 18.º, n.º 1.*

Digamos que, na existência de um acordo entre vendedor e financiador, podemos dizer que se aplica, de alguma forma, uma regra de transitividade entre os contratos, sendo que num caso se está a arguir a nulidade de um contrato por força do incumprimento do outro, enquanto que no outro caso se está tão simplesmente a operar o direito à resolução.

Voltando atrás, o que importa referenciar, e veremos no exemplo que se seguirá, é que o contrato de crédito que está presente em muitas situações de venda ao domicílio se torna responsável pela nulidade de ambos os contratos. Isto resulta, como dissemos, da conjugação das especificações dos artigos 6.º e 7.º do Decreto-lei n.º 359/91.

De facto, o acordo entre vendedor e financiador é regra geral oculto à análise jurídica. Acaba por se subentender apenas por força da observação do comportamento do vendedor.

O que é facto é que, tomada a lei a preceito, sempre que se efectuasse uma venda ao domicílio nestas condições teria que estar presente um representante da entidade financiadora para responder pelo contrato de crédito e pela sua perfeição.

A vida real, no entanto, não se compadece com os princípios enunciados e o que ocorre é simplesmente que o vendedor transporta formulários de financiamento, que submete ao consumidor e que são por este assinados e que só muito mais tarde são devolvidos (apenas o duplicado) confirmando a concessão de crédito. Ora se isto não representa um acordo entre vendedor e financiador ...

Esse simples facto de não ser fornecida a cópia do contrato de crédito no momento da assinatura é fundamento suficiente provocar a nulidade dos contratos, por força do disposto nos artigos 6.º e 7.º do decreto-lei n.º 359/91. E porque a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito por força do artigo 12.º da mesma norma, a invalidade do contrato de crédito afecta decisivamente a validade do contrato de compra e venda.

O facto é que, ainda hoje, é recorrente o aparecimento de situações conflituais decorrentes da existência conjugada de contratos de venda ao domicílio com contratos de crédito ao consumo, sendo muitos desse contratos, salvo seja e que nos seja perdoada a expressão, feitos “a martelo”.

## 5. OS CASOS PARADIGMÁTICOS DO SENHOR ANTUNES E DO SENHOR PRUDÊNCIO

Os casos que de seguida parodiamos não valem por si sós. São casos paradigmáticos de determinado tipo de contratos que começaram muito a aparecer no CIAC da Câmara Municipal de Sintra a partir de 1995. Os casos são ficcionados, mas baseados em casos idênticos registados no CIAC. As personagens e as designações das empresas são, também, obviamente inventadas.

### Caso A:

“Em 1 de Dezembro de 2001, feriado nacional, pelas 08h30, batem à porta da família Antunes. O senhor Antunes, ainda ensonado espreita pela óculo, observando um homem e uma mulher bem vestidos, de pasta na mão e com um estranho carrinho atrás. A esposa pergunta da cozinha, onde preparava o pequeno-almoço:

- Ó Celestino, quem é?
- Devem ser Testemunhas de Jeová. Logo de manhã! – responde o senhor Antunes, enquanto abre a porta e se prepara para “despachar” os ditos pregadores.
- Bom dia senhor Antunes! Vimos da parte do seu amigo Albertino Fagundes que nos indicou a sua morada como local onde poderíamos fazer a demonstração da novíssima “Máquina Cozinhadora LATA REFULGENTE”; prometemos que apenas vamos gastar 10 minutos do seu tempo! – lançou um dos vendedores, agora já ex-Testemunhas de Jeová, para alívio do senhor Antunes.

- Ó Maria, chega cá que estão aqui uns senhores amigos do Fagundes para nos mostrarem uma coisa.  
A esposa aproxima-se curiosa.
- O vosso amigo comprou a nossa magnífica máquina e já ganhou da nossa empresa – a Lataria, Lda – um jogo de fritadeiras como brinde por nos ter indicado dez pessoas para fazermos a nossa demonstração. – E, sem respirar, acrescentou o vendedor – a nossa demonstração é inteiramente gratuita, não têm que nos comprar nada e desde já vos oferecemos um brinde só pela maçada: este excelente e inovador espremedor de citrinos – fabricado em Taiwan com base na tecnologia que incorpora hoje em dia os satélites – e que consegue espremer uma laranja inteira apenas a partir de um furinho feito esta espátula especialmente concebida e sem necessidade da intervenção humana!

O senhor Antunes de mãos atrás das costas fazia figas para que os vendedores se despachassem, esperando que a esposa manifestasse desinteresse e lhe desse um pretexto para correr com estes intrusos relutantemente consentidos em casa.

Passam à cozinha onde a demonstração se inicia. Passados 10 minutos está pronta uma pizza tamanho familiar e também dois pudins, uma taça de leite creme, lasanha para o almoço e meia dúzia de pastéis de massa tenra ex-congelados. Tudo sem fumo, sem gorduras, altamente ecológico, com baixo teor de colesterol, redutor da hipertensão e com elevado índice de poupança de electricidade.

Abreviando. Às 09h45 desse mesmo dia o senhor Antunes, persuadido pela esposa, mas ele próprio convencido que os almoços e jantares, para maior união da família, passariam a ser confeccionados em 15 minutos e sem necessidade de sujar loiça que custava tanto a lavar e a desencardir, havia assinado um contrato de compra e venda e um contrato de crédito ao consumo, naturalmente sem nada ter lido, pois que “isso era só um pró-forma exigido pelas estúpidas leis deste país”.

O contrato de compra e venda nada referia a propósito de prazos de resolução.

Passados que seriam 15 dias receberia uma carta do “banco” com uma cópia do contrato de crédito e a dar-lhe os parabéns porque “o seu crédito tinha sido aprovado”.

Nessa altura já era o senhor Antunes que deitava fumo pelas orelhas e se dirigia à “defesa do consumidor” para “dar um apertão nesses filhos da mãe que são capazes de vender a própria avó”.

Ah! A amizade com o Fagundes tinha esfriado um tanto.”

O caso foi analisado no CIAC. Tidos em conta todos os esclarecimentos prestados e analisada a documentação apresentada foi expedido um ofício para o senhor Antunes com o seguinte teor:

“Na sequência da reclamação apresentada por V/ Excia no Centro de Informação Autárquico ao Consumidor desta Câmara Municipal foi analisada a situação, importando que V/ Excia leve em linha de conta e proceda, se assim o entender, em conformidade com o que expressamos de seguida. Toda a análise que seguidamente explanamos prende-se com a formalização dos contratos, pelo que aconselhamos que a tenha em boa consideração.

#### 1. Relativamente ao contrato de crédito ao consumo:

O simples facto de não ter sido fornecida a V/ Excia uma cópia do contrato de crédito no momento da assinatura é fundamento suficiente provocar a nulidade dos contratos, por força do disposto nos artigos 6.º e 7.º do decreto-lei n.º 359/91 de 21 de Setembro. E porque a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, a invalidade resultante do que foi exposto afecta o contrato de compra e venda.

Aliás, neste aspecto, existe jurisprudência específica, que podemos explorar para configurar a situação dos contratos que V/ Excia celebrou. A verdade é que estamos perante a coligação de dois contratos: um contrato de compra e venda e um contrato de crédito ao consumo. Importa frisar que a coligação de contratos se opera quando os contratos – mantendo embora a sua autonomia estrutural – se encontram funcionalmente dependentes, a ponto de um condicionar o outro e, logo, de se condicionarem mutuamente. Isto implica que o regime que rege o contrato principal estende-se, desde logo, ao outro contrato.

No caso em apreço, os nexos funcionais entre os dois contratos surgem reforçados pelo nexo funcional entre a actividade das duas empresas: a Lataria, Lda angaria clientes ao Banco da Lata para que este conceda crédito e, na sequência disso, o consumidor adquire o bem. O relacionamento comercial entre as empresas, sustentado no artigo 12.º do Decreto-lei n.º 359/91 de 21 de Setembro, é vínculo que valida a ligação entre o crédito e a compra e venda.

Por isso a Lataria, Lda só pode vender se o Banco da Lata “emprestar” dinheiro, e esta Sociedade Financeira de Aquisição a Crédito só consegue “emprestar” se a Lataria, Lda vender. A ligação que isto implica com as relações privilegiadas de angariação, mútuo e venda traduz e incorpora o nexo entre os contratos que daí emergem.

Sendo certo que nem todo o crédito correlacionado com uma compra e venda integra uma coligação de contratos, é evidente que, no caso em apreço, existe uma actividade que expressa uma funcionalidade entre a existência dos contratos subscritos pelas três partes. Assim sendo, as disposições do decreto-lei n.º359/91 de 21 de Setembro têm plena aplicação a esta situação.

Compete, nesta circunstância, à Lataria, Lda a devolução de eventuais montantes entregues pelo consumidor e o pagamento das prestações ao Banco da Lata não tendo o consumidor que ser afectado por essa obrigação da empresa vendedora resultante das circunstâncias que invalidaram os contratos nos termos acima descritos, nem tendo que suportar quaisquer despesas com ‘processos administrativos de cancelamento’, nem tendo, ainda, que suportar as obrigações decorrentes do contrato de crédito, o qual se tem, assim, por inexistente.

O contrato de compra e venda é, assim, inválido tal como o contrato de crédito, já que é indissociável do pedido de crédito e da respectiva concessão.

## 2. Relativamente ao contrato de compra e venda:

Neste domínio importa frisar um aspecto que não é de somenos importância: a iniciativa contratual partiu da Lataria, Lda pelo facto de se ter dirigido à casa de V/ Excia. Nesta circunstância, o contrato de

compra realizado fica sob a alçada quer do Decreto-lei n.º 143/2001) de 20 de Maio (ratificado pela declaração n.º 13-C/2001 de 31 de Maio), quer da Lei de Defesa do Consumidor.

É imperativo que o contrato seja reduzido a escrito, sob pena de nulidade, e que contenha os seguintes elementos, impostos pelo n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-lei n.º 143/2001 de 20 de Maio:

- a) *“Nome e domicílio ou sede dos contraentes ou dos seus representantes;*
- b) *Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;*
- c) *Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;*
- d) *Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso do pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;*
- e) *Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou de início da prestação do serviço;*
- f) *Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;*
- g) *Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato, no prazo referido no artigo 18.º, n.º 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito.”*

Prescreve ainda o artigo 18.º do mesmo diploma:

*“1 – O consumidor pode resolver o contrato dentro do prazo de 14 dias a contar da data da sua assinatura ou até 14 dias ulteriores à entrega dos bens, se esta for posterior àquela data.*

*2 – O consumidor deve ser informado, por escrito, pelo outro contraente do direito a que se refere o número anterior:*

- a) *No momento da conclusão do contrato, nos casos referidos no artigo 13, n.º 1 e 2;*

- b) *Até ao momento da conclusão do contrato, nos casos referidos no artigo 13.º, n.º 3 e 4;*
- c) *Nos casos referidos no artigo 13.º, n.º 5, quando a proposta de contrato é feita pelo consumidor.*

*3 – Os prazos previstos no n.º 1 podem ser alargados por acordo entre as partes.*

*4 – Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia aos direitos previstos nos números anteriores, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos.”*

Na circunstância, o facto de o contrato não ter a menção do direito de resolução, respectiva forma e prazos, é motivo suficiente para que o contrato possa ser declarado nulo.

### 3. Relativamente à declaração de nulidade:

Assim, sendo os contratos nulos, a nulidade dos contratos pode, e deve, ser invocada, de forma unilateral, tanto judicial como extrajudicialmente.

A invocação extrajudicial dos contratos deverá ser feita através da expedição de carta registada com aviso de recepção para cada uma das empresas, descrevendo os factos invocáveis para esse efeito, juntando fotocópias de documentação que seja prova relevante para o mesmo efeito (nomeadamente no que respeita à entrega do contrato fora do prazo, i.e., posteriormente ao momento da assinatura) e exigindo a restituição das quantias eventualmente pagas e dos documentos eventualmente entregues (livranças, por exemplo).

Apenas após a declaração de nulidade dos contratos poderá V/ Excia, se assim o entender, cessar pagamentos.

### 4. Implicações a ter em conta:

A invocação da nulidade dos contratos judicialmente é, no entanto, mais segura, já que afasta a hipótese de ser intentada contra V/ Excia

qualquer tipo de acção, ao mesmo tempo que obriga à devolução de quantitativos eventualmente entregues, assim como à devolução de cheques, letras, livranças ou quaisquer outros títulos executivos, simultaneamente produzindo a nulidade de quaisquer documentos emitidos e assinados nos termos dos contratos subscritos.

Note-se, a este propósito, que existe a possibilidade de V/ Excia ter subscrito uma livrança reconhecendo-se devedor de uma quantia (não especificada, já que a livrança fica em branco) aquando da assinatura dos contratos de crédito e de compra e venda.

A livrança pode, assim, a todo o tempo, ser preenchida pelo Banco da Lata com a quantia em dívida no momento e, sendo um título executivo, poderá servir de base para a interposição de uma acção executiva, da qual V/ Excia poderá eventualmente ter conhecimento apenas no momento da penhora de bens de que seja proprietário ou de parte do seu vencimento (no caso de ser trabalhador por conta de outrem).

Na circunstância de tal acontecer, V/ Excia deverá de imediato constituir advogado que o represente ou solicitar apoio judiciário ao tribunal no caso de não possuir meios económicos que lhe permitam suportar o pagamento dos honorários do advogado.

Salvo melhor opinião, com os melhores cumprimentos, etc, etc.”

#### Caso B:

“O senhor Prudêncio da Silva recebeu uma chamada telefónica em que era convocado para comparecer num Hotel em Oeiras, onde lhe seria ofertado um relógio de marca.

Após horas e horas de “lavagem ao cérebro”, o senhor Prudêncio voltou para casa após ter celebrado um contrato de compra e venda de um trem de cozinha com a empresa Limpa Bolsos, Lda e subscrito um contrato de crédito ao consumo com a Fia-a-Todos, SA Não trouxe qualquer exemplar do contrato de mútuo e deu de entrada 120.000\$00, pagos através de cheque.”

Na segunda-feira seguinte dirigiu-se ao CIAC, onde apresentou a sua reclamação.

O caso foi analisado no CIAC. Tidos em conta todos os esclarecimentos prestados e analisada a documentação apresentada foram expedidos ofícios para as empresas reclamadas, cujo teor era o seguinte:

“No âmbito das suas competências em matéria de defesa do consumidor, recebeu esta Câmara Municipal, através do Centro de Informação Autárquico ao Consumidor, uma reclamação do Exmo Senhor Prudêncio da Silva. Essa reclamação reporta-se às condições em que se realizou um contrato de aquisição de vários conjuntos de loiça.

Em conformidade com as suas competências este Serviço analisou a situação apresentada pelo senhor Prudêncio da Silva e que foi objecto de reclamação, bem como sobre as implicações de natureza contratual que daí derivam. Tendo em conta a situação descrita pelo consumidor, assim como os documentos analisados, releva como principal conclusão que, quer o contrato de crédito ao consumo, quer o contrato de compra e venda são nulos por força dos dispositivos legais aplicáveis à situação.

Efectivamente, o consumidor foi contactado telefonicamente, a 1 de Dezembro, tendo sido informado que tinha ganho um prémio e que deveria levantá-lo em determinado sítio.

Essa deslocação culminou na assinatura de um contrato de compra e venda de diversos utensílios para o lar.

Ademais para o pagamento de tal contrato o consumidor celebrou também contrato de crédito ao consumo com a Fia-a-Todos, SA.

## CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Rege neste domínio o Decreto-lei n.º 143/2001, de 20 de Maio (ratificado pela declaração n.º 13-C/2001, de 31 de Maio), prescrevendo no n.º 2 do artigo 13.º:

*“São equiparados aos contratos ao domicílio, nos termos previstos no número anterior, os contratos:*

*.../...*

*d) Celebrados no local indicado pelo fornecedor, ao qual o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma*

*comunicação comercial feita pelo fornecedor ou pelos seus representantes.”*

Imperativo é que o contrato seja reduzido a escrito, sob pena de nulidade, e que observe o que a seguir se expõe e que consta do n.º 1 do artigo 16.º do mesmo diploma:

*“Os contratos concluídos com os consumidores no exercício de actividade regulada no presente capítulo devem, sob pena de nulidade, ser reduzidos a escrito e conter os seguintes elementos:*

- a) “Nome e domicílio ou sede dos contraentes ou dos seus representantes;*
- b) Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;*
- c) Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;*
- d) Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso do pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;*
- e) Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou de início da prestação do serviço;*
- f) Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;*
- g) Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato, no prazo referido no artigo 18.º, n.º 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito.”*

Prescreve ainda o artigo 18.º do mesmo diploma:

*“1 – O consumidor pode resolver o contrato dentro do prazo de 14 dias a contar da data da sua assinatura ou até 14 dias ulteriores à entrega dos bens, se esta for posterior àquela data.*

2 – O consumidor deve ser informado, por escrito, pelo outro contraente do direito a que se refere o número anterior:

- a) No momento da conclusão do contrato, nos casos referidos no artigo 13, n.º 1 e 2;
- b) Até ao momento da conclusão do contrato, nos casos referidos no artigo 13.º, n.º 3 e 4;
- c) Nos casos referidos no artigo 13.º, n.º 5, quando a proposta de contrato é feita pelo consumidor.

3 – Os prazos previstos no n.º 1 podem ser alargados por acordo entre as partes.

4 – Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia aos direitos previstos nos números anteriores, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos.”

## CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO

Tal instituto é regulado pelo DL n.º 359/91, de 21 de Setembro, que o define como o contrato por meio do qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de deferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante.

Também este contrato tem obrigatoriamente que ser reduzido a escrito. Deverá ainda ser o mesmo assinado por ambos os contraentes e obrigatoriamente ser entregue um exemplar ao consumidor no momento da respectiva assinatura.

Do contrato devem constar os seguintes elementos:

.../...

“Para além dos requisitos exigidos em geral para os negócios jurídicos, do contrato de crédito devem constar também os seguintes elementos:

- a) A TAEG;

- b) *Os elementos de custo referidos no artigo 4.º que não tenham sido incluídos no cálculo da TAEG, mas que devam ser suportados pelo consumidor;*
- c) *As condições em que pode ser alterada a TAEG;*
- d) *As condições de reembolso de crédito;*
- e) *A possibilidade de exercício do direito do cumprimento antecipado do contrato por parte do consumidor e o método de cálculo da correspondente redução do custo do crédito, nas condições previstas no artigo 8.º;*
- f) *O período de reflexão a que se refere o artigo 8.º (período de reflexão de 7 dias úteis);*
- g) *As garantias, incluindo as suas condições de utilização, e o respectivo custo para o consumidor;*
- h) *O seguro exigido, se for o caso, e o respectivo custo quando o consumidor não poder escolher a entidade seguradora”.*

Como no caso em apreço nenhum destes imperativos foi respeitado, ambos os contratos estão feridos de nulidade.

A nulidade pode ser invocada pelo consumidor extrajudicialmente através de carta registada com aviso de receção e pode sê-lo a todo o tempo.

A nulidade tem como efeito a restituição de tudo o que tiver sido prestado, tendo assim efeito retroactivo.

Além do mais, ainda que não necessário por força da nulidade dos contratos que tudo precede, o consumidor retractou-se no prazo legal de 14 dias úteis.

Pelo que está obrigada a empresa à devolução das quantias pagas.

E não pode a Fia-a-Todos, SA exigir, a despeito do artigo 12.º n.º 1 do DL 359/91, o pagamento de tais quantias.

Prescreve tal artigo: *“Se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito.”*

Pela inversa, prescreve o n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-lei 143/2001: *sempre que o preço do bem ou serviço for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo fornecedor ou por um terceiro com base num acordo celebrado entre este e o fornecedor, o contrato de crédito é automática e simultaneamente resolvido, sem direito a indemnização, se o consumidor exercer o seu direito de resolução em conformidade com o disposto no artigo 18, n.º 1.*

Então, a validade do contrato de crédito depende da validade do contrato de compra e venda. Se decaí um decaí também o outro.

Pelo que se solicita que procedam V/ Excias à devolução das quantias recebidas do consumidor e à devolução da documentação respeitante ao contrato assinada pelo mesmo, etc, etc”.

## 6. CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto de que a mera existência de regulamentação específica para os contratos ao domicílio não é suficiente para garantir, de todo, eficácia para o exercício, pelo consumidor, de todos os direitos que a legislação lhe confere, importará que sejam tomadas algumas medidas de carácter prático.

Em primeiro lugar é fundamental que todas as instituições que operam no domínio da protecção dos consumidores tenham “serviço à la carte” no que se refere ao exercício do direito de resolução dos contratos, i.e., que possam fornecer minutas pré-redigidas a fim de os consumidores que se dirigem a essas instituições possam obter instruções escritas sobre a forma como podem resolver os contratos ou declarar a sua nulidade. Não podemos esquecer que, apesar de não se pretender regra geral atribuir um estatuto de menoridade ao consumidor, somos um país em que se lê pouco, se escreve ainda menos e que a generalidade das pessoas tem dificuldades extremas em redigir próximo de um palavreado jurídico.

Criação de tribunais de pequenas causas ou alargamento da rede de arbitragem possibilitando o julgamento rápido dos casos que se enquadrem no domínio das vendas ao domicílio.

Incremento dos mecanismos de fiscalização sobre a actuação das empresas que se dedicam a esta modalidade de vendas e, ponderados os limites legais, criação de um registo de empresas que se sobreponha e absorva, mantendo, as normas estipuladas no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 143/2001.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1982): **Os direitos dos consumidores**, Coimbra: Almedina
- BARTHES, Roland (s.d.): **Mitologias**, Lisboa, Edições 70, (1957)
- BAUDRILLARD, Jean (1981): **A sociedade de consumo**, Lisboa, Edições 70
- COELHO, José B. Sampaio; CRUZ, Celso Pissarra de Abreu da; GRAÇA, Edmundo Ferreira da Silva (1992) **Observação e inquérito no acto de compra**, Lisboa, Instituto do Consumidor
- CUNHA, Carolina (2001): **Apontamentos sobre Direito dos Contratos para o Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo**, Coimbra, Policopiado
- DUARTE, Paulo (2001): **Tópicos sobre os Contratos de Crédito ao Consumo para o Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo**, Coimbra, Policopiado
- FROTA, Ângela Portugal (1995): **Os direitos dos consumidores – sua projecção interdisciplinar**, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito do Consumo
- HENRIQUES, Teresa (1998): **Guia prático do consumidor**, Lisboa, Texto editora
- MONTEIRO, António Pinto (1999): **Tópicos sobre o Direito dos contratos para o Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo**, Coimbra, Policopiado
- MOURA, Ana Pinto de (1998): “A sensibilidade do consumidor português face às promoções de venda” in **O Consumidor n.º 73**, Lisboa, Instituto do Consumidor
- OLIVEIRA, Carlos Barbosa (1998): **Do rato Mickey ao Dragon Ball in Tempo livre, n.º 85**, Lisboa, Inatel

- PONS, Dominique (1973): **Consome e cala-te**, Lisboa, Futura
- SANTOS, Mário Beja (1986): **Quotidiano e mito na cultura de massas**, Lisboa, INDC
- SANTOS, Mário Beja (1994): **O livro dos consumidores**, Lisboa, Bertrand
- SANTOS, Mário Beja (1998): “Não é tempo de acabar com os argumentos pseudocientíficos da publicidade” in **Jornal dos Consumidor n.º 65**, Lisboa, UGC
- SANTOS, Mário Beja; CARVALHO, Odete; DUARTE, Teresa (1991): **A educação do Consumidor – um guia para professores, formadores e animadores**, Lisboa, Texto Editora
- Schmidt, Luisa (1994): **Consumo bem espremido**, Lisboa, Gradiva

### REVISTAS

- Dinheiro e Direitos** (vários números), Lisboa, Deco, 1998/1999/2000
- Informação Consumo** (vários números), Lisboa, Associação de Técnicos de Informação e Consumo, 1995/1996/1997/1998
- Interconsumidores** (vários números), Lisboa, CGTP-IN, 1998/1999/2000
- O consumidor** (vários números), Lisboa, Instituto do Consumidor, 1997/1998/1999/2000
- Proteste** (vários números), Lisboa, Deco, 1997/1998/1999/2000

# AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

SARA LUÍSA BRANCO DANTAS \*

Advogada

**Sumário:** I. – Introdução; II. – As Cláusulas Contratuais Gerais; 2.1. – Os contratos pré-formulados; 2.2. – Definição de cláusulas contratuais gerais; 2.3. – Evolução legislativa; III. – A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais; 3.1. – As cláusulas contratuais gerais no Direito Comunitário; 3.2. – Transposição da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril; IV. – Regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais; 4.1. – Interpretação e Integração das cláusulas contratuais gerais; 4.2. – Nulidade das cláusulas contratuais gerais; 4.3. – Cláusulas contratuais gerais proibidas; 4.4. – A acção inibitória; 4.5. – Controlo das cláusulas contratuais gerais; 4.6. – As cláusulas contratuais gerais bancárias; V. – Conclusão

## I. – Introdução

Quando fazemos um negócio, a autonomia da vontade possibilita-nos três coisas: escolher a outra parte, determinar o conteúdo das obrigações a assumir, e, finalmente, contratar ou não contratar <sup>1</sup>. Compete,

---

\* Aluna do 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo (do CDC) na Madeira.

<sup>1</sup> Neste sentido, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Direitos dos Consumidores”, Almedina, Coimbra, 1982, p. 13. O referido Autor acrescenta, ainda, que “Trata-se da correspondência jurídica com as normas de comportamento racionais pressupostas pela concorrência exercida no mercado pelos agentes eco-nómicos livres”.

assim, a cada pessoa a designada “decisão periférica definitiva”<sup>2</sup>, ou seja, a decisão de adquirir ou não um bem, de adquiri-lo naquele estabelecimento ou em qualquer outro, etc.

Porém, é também sabido que quanto piores forem as condições sócio-económicas de um dos contratantes, maior poderá ser a sua subordinação ao poder económico dos demais e menor será, portanto, a autonomia da vontade<sup>3</sup>.

Nas sociedades técnicas de hoje existe uma grande circulação de bens e de serviços, o que conduz necessariamente a um acréscimo significativo dos negócios jurídicos celebrados. De facto, todos nós, no nosso quotidiano, celebramos inúmeros pequenos negócios, nos quais, ao contrário de outros, não conseguimos “descobrir” um processo de formação da vontade plenamente desenvolvido<sup>4</sup>. Assim, muitas vezes a “nossa” vontade, ou seja, a vontade do adquirente surge reduzida porque, a fim de satisfazer as suas principais carências, celebra contratos a que se vê, muitas vezes inconscientemente, “obrigado”, uma vez que os referidos contratos englobam cláusulas que noutra contexto nunca seriam de aceitar

A verdade é que, a grande maioria dos negócios de hoje se forma a um ritmo de tal forma acelerado que se torna incompatível com os esquemas negociais tradicionais<sup>5</sup>, nos quais as pessoas têm uma maior consciência do exercício das suas liberdades de celebração e de estipulação<sup>6</sup>. Mas, para além disso, é também hoje flagrante, na maior parte dos casos, a supremacia económica de uma das partes contratantes, o que lhe possibilita a imposição de condições que, a maior parte das

---

<sup>2</sup> A expressão é de António MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil Português”, Parte Geral, Tomo I, 1999, p. 351.

<sup>3</sup> Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Direitos...”, cit., p.13.

<sup>4</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.351.

<sup>5</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.351

<sup>6</sup> Conforme refere José de OLIVEIRA ASCENSÃO, “Teoria Geral do Direito Civil”, vol. III, Lisboa, 1992, p. 363, “Nas suas manifestações acabadas, há no contrato de adesão liberdade de estipulação, sem haver porém liberdade de negociação; mas a liberdade de estipulação é unilateral, pois dela não participa o aderente. Economicamente, vai-se ainda mais longe, pois suprime-se a própria liberdade de vinculação, ao menos nos casos mais característicos.”

vezes, têm apenas em consideração os seus interesses concretos <sup>7</sup>. A liberdade de estipulação é, assim, posta em causa por estes “novos negócios”, nos quais as pessoas reduzem a sua actividade jurídica à pura e simples aceitação global de um conteúdo negocial, sem qualquer possibilidade de discussão ou de negociação do mesmo, estando assim, nomeadamente, afastada a possibilidade de apresentação de contra-propostas <sup>8</sup>.

Ora, este novo fenómeno negocial é inevitável e imprescindível, uma vez que as sociedades técnicas de hoje assentam numa massificação das necessidades das pessoas, o que conduz a uma produção de bens e a uma distribuição dos mesmos em série, encontrando-se os esquemas negociais tradicionais desadequados a estes novos objectivos de racionalização, de celeridade e de eficiência do comércio <sup>9</sup>.

É claro que, a tipificação contratual não é, só por si, prejudicial, só o será se o contraente com superioridade económica introduzir cláusulas visivelmente vantajosas apenas para si e abusivas para a outra parte. Porém, a verdade é que, conforme salienta FERREIRA DE ALMEIDA, “Na prática, estas situações andam ligadas: a tipificação e o abuso do poder económico no conteúdo dos contratos” <sup>10</sup>.

Podemos concluir que as sociedades técnicas de hoje, ou seja, as sociedades industrializadas e pós-industrializadas, geraram a massificação do tráfego negocial, provocando a erosão dos esquemas negociais tradicionais <sup>11</sup>. De facto, são grandes as diferenças entre a posição contratual que as partes assumem nas relações jurídicas tradicionais e as posições que, pelo menos, uma dessas partes actualmente assume. Existem, assim, hoje novas formas de contratar e novos tipos de contratos. Porém, se antes os negócios jurídicos se formavam e executavam através de uma livre negociação entre as partes, as quais discutiam livremente a forma e o conteúdo dos mesmos, nos dias de hoje, a maior parte dos negócios jurídicos são celebrados através, por exemplo, de formulários

<sup>7</sup> Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Direitos...”, cit., p.95.

<sup>8</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.351

<sup>9</sup> Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Direitos...”, cit., p.96.

<sup>10</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Direitos ...”, cit., p.96.

<sup>11</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.351

pré-redigidos, os quais são imutáveis e rígidos, pelo que, as pessoas limitam-se a aceitar ou a recusar os mesmos, sem qualquer possibilidade de negociação. É óbvio que, como já atrás referido, os mencionados “formulários pré-redigidos” são exigidos pelas novas necessidades de racionalização e de celeridade do tráfego negocial e comercial, mas o que nunca poderá ser aceitável é que alguns se aproveitem de vantagens económicas que detêm no mercado para inserirem nesses contratos cláusulas lesivas e prejudiciais para os outros contraentes.

## II. – As Cláusulas Contratuais Gerais

### 2.1. – Os contratos pré-formulados

À semelhança do que acontece com as cláusulas contratuais gerais, nos contratos pré-formulados não existe liberdade de estipulação. Por outro lado, estes contratos, tal como as cláusulas contratuais gerais, resultam de um clausulado rígido que é imposto por uma das partes a outra, a fim de que esta, se quiser, os subscreva em conjunto. Assim, quer as cláusulas contratuais gerais, quer os contratos pré-formulados gozam de rigidez, porém, estes distinguem-se das referidas cláusulas porque ao contrário destas não têm generalidade<sup>12</sup>.

Pelo que, por vezes, podem ser fixadas as linhas mestras para um conjunto geral de contratos mas, se forem introduzidas algumas modificações pessoais, ou se não houver disponibilidade para celebrar uma multiplicidade de negócios, não estamos perante cláusulas contratuais gerais<sup>13</sup>.

Alguns autores defendem, no entanto, apesar de os contratos pré-formulados se distinguirem, pelas razões atrás expostas, das cláusulas contratuais gerais, a possibilidade de lhes aplicar a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG)<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p. 402.

<sup>13</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p. 402.

<sup>14</sup> Actualmente, a LCCG é o Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

Aliás, a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, que veio regular as “Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores” abrange, para além, das cláusulas contratuais gerais também as cláusulas rígidas incluídas nos contratos pré-formulados. Segundo MENEZES CORDEIRO “A grande novidade da Directriz n.º 93/13/CEE foi, pois, a de alargar aos contratos pré-formulados a defesa dispensada aos contratos por adesão. Com uma particularidade: em ambos os casos, a defesa apenas funciona perante consumidores”<sup>15</sup>.

Pelo que, ao transpor a referida Directiva o legislador português garantiu o funcionamento da LCCG perante contratos pré-formulados, ou seja, perante cláusulas rígidas incluídas em contratos com consumidores<sup>16</sup>. Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da LCCG, o ónus da prova sobre a prévia negociação de uma cláusula incide sobre quem se pretender prevalecer do seu conteúdo, pelo que, na ausência de tal prova, vai-se aplicar o regime das cláusulas contratuais gerais<sup>17</sup>.

Contudo, os contratos pré-elaborados são sobretudo previstos na Lei de Defesa do Consumidor, a qual faz menção dos mesmos no seu artigo 9.º, remetendo, nos termos do disposto no n.º 3 do mencionado artigo, o seu regime para a LCCG.

## 2.2. – Definição de cláusulas contratuais gerais

As cláusulas contratuais gerais são “proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar.” (MENEZES CORDEIRO)<sup>18</sup>. O Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, no seu artigo 1.º dispõe que: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou a aceitar, regem-se pelo presente diploma”, ficando, assim, delimitado o campo de aplicação do diploma.

<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.402.

<sup>16</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.403.

<sup>17</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.403.

<sup>18</sup> A definição é de MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p. 353.

Pelo que, as cláusulas contratuais gerais são dotadas das características da generalidade (pois, elas são propostas a destinatários indeterminados ou subscritas por proponentes indeterminados) e da rigidez (não existindo, por isso, possibilidade de negociação ou alteração do conteúdo destas cláusulas)<sup>19</sup>.

### **2.3. – Evolução legislativa**

Feita uma breve caracterização das cláusulas contratuais gerais, bem como do contexto em que elas surgiram parece óbvio que não era suficiente a aplicação a estes contratos das regras jurídicas aplicáveis aos contratos em geral, pelo que, sentiu-se a necessidade de criar uma legislação específica que estabelecesse regras que disciplinassem as cláusulas contratuais gerais e prevenissem, na medida do possível, eventuais abusos.

De facto, antes da publicação do Decreto-lei n.º446/85, de 25 de Outubro, vários autores se debruçaram, em Portugal, sobre este tema e sobre os problemas muito específicos que ele levantava, derivados sobretudo do facto de muitas vezes o aderente ser “obrigado” a aceitar as cláusulas contratuais gerais previamente elaboradas.

Por outro lado, os tribunais durante muito tempo tentaram solucionar os problemas levantados pelas cláusulas contratuais gerais através dos princípios gerais aplicáveis aos contratos, tais como, o princípio da boa-fé ou o princípio do erro na formação da vontade, o que, na maior parte dos casos, originou soluções desfavoráveis e injustas para o aderente.

---

<sup>19</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Manual de Direito Bancário”, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 413 e 414. O referido Autor acrescenta ainda que na falta de generalidade estaríamos perante uma simples proposta feita por alguém decidido a não aceitar contra-propostas e, na falta de rigidez, se assistiria a um normal exercício de liberdade negocial.

Para além das mencionadas características das cláusulas contratuais gerais, o mencionado Autor refere, ainda: a desigualdade entre as partes (uma vez que, o utilizador das cláusulas contratuais gerais possui, em regra, superioridade económica e jurídico-científica em relação ao aderente); a complexidade e a natureza formulária (pois, as cláusulas constam, em regra, de formulários onde o aderente se limita a especificar escassos elementos de identificação).

Assim, de um ponto de vista da sua evolução legislativa, aos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais começaram por se aplicar as regras gerais dos contratos, resolvendo os vários problemas que se colocavam através das regras comuns. Porém, tal solução mostrou-se muitas vezes insuficiente porque as cláusulas contratuais gerais colocam problemas específicos, pelo que, não se lhes podem aplicar, pura e simplesmente e sem qualquer adaptação, pelo menos, sem que isso conduza a resultados injustos e inconvenientes, as mesmas regras que se aplicam aos negócios onde existe discussão e negociação prévia, bem como onde existe uma livre manifestação da liberdade de estipulação e de celebração <sup>20</sup>.

Acresce que, nalguns países, tais como a França e a Alemanha, a jurisprudência foi aos poucos autonomizando o tratamento destes contratos, tendo-se conquistado, através das decisões jurisprudenciais, dois aspectos: primeiro, as cláusulas contratuais gerais têm de ser conhecidas, aquando da celebração do contrato, pelo aderente, caso contrário, as mesmas serão excluídas do mesmo; segundo, as cláusulas que frustrem os objectivos normais do contrato serão inválidas <sup>21</sup>.

Porém, os referidos problemas levantados pelas cláusulas contratuais gerais parece que apenas poderiam ficar resolvidos através de um conjunto específico de regras jurídicas especialmente previstas. Antes de avançar para a análise do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais queria, apenas, referir algumas das posições doutrinárias de alguns autores portugueses anteriores à publicação da LCCG.

Assim, MOTA PINTO, antes da publicação da referida lei, alertou para a situação de debilidade do aderente destas novas formas de contratar, chamando a atenção para os inconvenientes derivados da desigualdade e do desequilíbrio entre o proponente e o aderente. Referiu o mencionado Autor que estávamos perante "...uma manifestação jurídica

---

<sup>20</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, "Tratado...", cit., pp.356 e 357.

<sup>21</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, "Tratado...", cit., p.357. O referido Autor acrescenta ainda que, "A autonomização jurisprudencial, em regra antecédida ou acompanhada de um conveniente tratamento doutrinário, equivale à obtenção, através dos tribunais, de soluções particularmente adequadas ao problema das cláusulas."

da moderna vida económica”<sup>22</sup> e, perante tal realidade, sugeriu medidas de política legislativa capazes de ultrapassar os perigos dos contratos de adesão, tendo em linha de conta experiências de direito comparado.

Também PINTO MONTEIRO pouco antes da publicação da LCCG, em 1985, criticou a inércia do legislador português sobretudo quando a Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelecia, como funções prioritárias do Estado, a de reprimir os abusos do poder económico, assim como a protecção do consumidor, sugerindo que, face ao quadro legal existente e perante a falta de uma lei específica, se deveria recorrer aos princípios da boa-fé, da ordem pública e dos bons costumes para resolver os problemas que estes contratos colocavam<sup>23</sup>.

Por outro lado, ANTUNES VARELA, procedeu à definição de contratos de adesão, definindo-os como “aqueles em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado”<sup>24</sup>. O referido autor referiu, ainda, que estes contratos derivavam do facto de certas empresas, em vez de discutirem o conteúdo dos contratos com cada um dos seus clientes, procederem à adopção de certos modelos que depois utilizavam na generalidade dos seus contratos, sendo os particulares forçados a aceitar aqueles modelos, seja porque a empresa tinha o monopólio daquela actividade ou porque todas as empresas concorrentes tinham adoptado aquela atitude. Assim, concluía o referido autor, os sujeitos apenas podem aderir ou não ao modelo pré-fixado, mas não podem discuti-lo ou negociá-lo, “daí exactamente o nome de contratos de adesão, dado a esse tipo de convenções, que entre nós têm os seus exemplos mais vulgarizados nas várias modalidades do contrato de seguro, em algumas variantes dos contratos de transporte e de fornecimento e em certas operações bancárias.” O mencionado Autor salientou, ainda, que, no plano da lei, nada impede os particulares e as

---

<sup>22</sup> MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, RDES, ano XX, pp. 119 e ss.

<sup>23</sup> António PINTO MONTEIRO, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 333 e ss.

<sup>24</sup> João de Matos ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 1973, pp. 219 e ss.

empresas de fixarem entre si estas cláusulas, para além de que, elas só obrigam porque são aceites por ambas as partes. Porém, “o facto de os modelos ou formulários de alguns destes contratos incluírem numerosas cláusulas, que regulam minuciosamente os vários aspectos, não só substantivos mas até processuais da relação, dá na prática como resultado que o outro contraente não chega em muitos casos a aperceber-se da existência ou do alcance de algumas delas, porque as não lê ou as não examina com a necessária ponderação.” ANTUNES VARELA salientou, também, a necessidade de resolver o problema em sede legislativa, dada a inexistência de preceitos específicos para este tipo de situações e atenta a insuficiência do controlo judicial assente em preceitos pensados para esquemas contratuais diferentes.

Outro Autor que se debruçou sobre o tema foi GALVÃO TELES, o qual referiu que, de um ponto de vista tradicional, o contrato é o resultado possível de uma luta de vontades, porém, com o aceleração da vida, “está muito generalizado o hábito de um dos pactuantes, o mais forte naquele sector especial da vida económica a que respeita o contrato, estabelecer genérica e antecipadamente o respectivo conteúdo. Formula-se e oferece-se ao público um modelo de contrato, e quem quiser contratar tem de aceitar esse modelo sem discutir: ou aceita em bloco as cláusulas ou não contrata. Assim, apareceram, ao lado dos contratos puramente individuais, estes contratos em série. Dá-se-lhes o nome de contratos de adesão.” Acrescentou, ainda, que apesar de apresentarem várias vantagens, estes contratos “...envolvem evidentes perigos para a massa anónima e dispersa do público, sem liberdade nem condições próprias de defesa, forçada a aceitar as cláusulas que se lhe impõem”<sup>25</sup>.

Para além destes, também ALMEIDA COSTA, insistindo na necessidade de criação de uma legislação específica, salientou que sem a mesma “nunca a doutrina e a jurisprudência conseguirão alcançar facilmente os resultados que obteriam com apoio em normas adequadas à questão”<sup>26</sup>. Acresce que, também RUI ALARCÃO, acentuou que a criação de uma

---

<sup>25</sup> Inocêncio GALVÃO TELES, “Direito das Obrigações”, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Ed., 1980, pp. 68 e ss.

<sup>26</sup> ALMEIDA COSTA, “Direito das Obrigações”, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 1984, p. 185.

legislação específica sobre as cláusulas contratuais gerais tinha-se tornado numa "...das prioridades da acção legislativa no domínio do direito civil"<sup>27</sup>.

Também VAZ SERRA se debruçou sobre o problema dos contratos de adesão e propôs a consagração de vários meios de controlo destes contratos<sup>28</sup>.

Pelo que, podemos constatar que havia todo um movimento doutrinário, o qual reclamava a publicação de uma lei que fixasse o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, face à inadequação e insuficiência do direito tradicional para defender o aderente destes contratos.

Este movimento inseriu-se dentro de um mais vasto de protecção do consumidor. Aliás, sempre houve no nosso país uma especial sensibilidade em relação aos problemas dos consumidores, sendo isso comprovado pela nossa própria CRP que, desde 1976, colocou a protecção do consumidor entre as tarefas prioritárias do Estado Português. As revisões constitucionais de 1982 e de 1989 apenas vieram fortalecer esta protecção ao estabelecerem como direitos fundamentais os direitos dos consumidores. Pelo que, desde 1981, existe em Portugal uma Lei de Defesa do Consumidor.

Ora, as cláusulas contratuais gerais surgiram ligadas às modernas sociedades técnicas, associadas às necessidades de racionalização, eficiência e celeridade da vida negocial. Porém, apenas um dos sujeitos da relação contratual conhece de antemão as obrigações a que vai ficar adstrito<sup>29</sup>.

O recurso às cláusulas contratuais gerais pode, assim, degenerar em situações de abuso porque elas limitam a liberdade do aderente, precisamente, porque este limita-se a aderir às cláusulas pré-estabelecidas, muitas vezes com desconhecimento total ou apenas parcial do seu conteúdo.

---

<sup>27</sup> RUI ALARCÃO, "Direito das Obrigações", Ed. policop., Coimbra, 1983, p. 100.

<sup>28</sup> VAZ SERRA, "Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes das obrigações", Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), número 77, Junho de 1958, pp.127 e ss.

<sup>29</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, "Tratado...", cit., p.355.

A verdade é que as cláusulas contratuais gerais não podem mais ser afastadas, tornaram-se imprescindíveis. Sem elas a actividade comercial e económica iria sofrer um abalável retrocesso. Porém, é um dado assente que elas precisam de ser especificamente reguladas porque levantam problemas próprios e específicos com que a teoria geral do negócio jurídico não está preparada para lidar <sup>30</sup>.

### III. – A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

Foi com o Decreto-lei n.º446/85, de 25 de Outubro, que se introduziu no ordenamento jurídico português o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Pelo que, desde 1985, existe um sistema judicial de fiscalização das cláusulas contratuais gerais em Portugal, o qual surgiu dentro do âmbito de um movimento mais vasto de protecção dos direitos dos consumidores.

Conforme é referido no preâmbulo do mencionado diploma legal, “Apresentam-se as cláusulas contratuais gerais como algo de necessário, que resulta das características e amplitude das sociedades modernas. Em última análise, as padronizações negociais favorecem o dinamismo do tráfego jurídico, conduzindo a uma racionalização ou normalização e a uma eficácia benéficas aos próprios consumidores. Mas não deve esquecer-se que o predisponente pode derivar do sistema certas vantagens que signifiquem restrições, despesas ou encargos menos razoáveis ou iníquos para os particulares. Ora, nesse quadro, as garantias clássicas de liberdade contratual mostram-se actantes apenas em casos extremos: o postulado da igualdade formal dos contratantes não raro dificulta ou até impede, uma verdadeira ponderação judicial do conteúdo do contrato, em ordem a restabelecer, sendo caso disso, a sua justiça e a sua idoneidade. A prática revela que a transposição da igualdade formal para a material unicamente se realiza quando se forneçam ao julgador referências exactas, que ele possa concretizar (...) Sabe-se, contudo, que o problema das cláusulas contratuais gerais oferece aspectos peculiares. De tal modo

<sup>30</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p. 356.

que sem normas expressas dificilmente se consegue uma sua fiscalização judicial eficaz. Logo, a criação de instrumentos legislativos apropriados à matéria reconduz-se à observância dos imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder económico e de defesa do consumidor...”

Conforme refere PINTO MONTEIRO, “...los contratos celebrados sobre la base de “condiciones generales” suscitan, fundamentalmente, tres tipos de problemas: uno consiste en que el adherente desconoce cláusulas que van a formar parte del contrato; outro es el de que favorecen la inserción de cláusulas abusivas; el tercer problema tiene que ver con la necesidad de vencer la inercia del adherente a través de medidas preventivas activadas por ciertas instituciones (el Ministerio Publico, p. ej.) u organizaciones (asociaciones de defensa de los consumidores, p. ej.). A la vista de esto, un control eficaz habrá de actuar en tres direcciones: mediante la consagración de medidas destinadas a obtener, en cada contrato, un acuerdo efectivo y real sobre todos os aspectos de la reglamentación contractual; a través de la prohibición de cláusulas abusivas; y mediante la atribución de legitimación procesal activa a ciertas instituciones y organizaciones para desencadenar un control previo, esto es, un control sobre las condiciones generales antes y al margen de haberse celebrado ya cualquier contrato”<sup>31</sup>.

### **3.1. – As cláusulas contratuais gerais no Direito Comunitário**

Os regimes jurídicos das cláusulas contratuais gerais existentes nos vários Estados membros eram, antes da Directiva de 1993, diferentes. Ora, a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais exigia, a fim de se evitar distorções na concorrência, um quadro jurídico uniforme. Por outro lado, essa diversidade de regimes jurídicos não era benéfica para os consumidores, pelo que, tornou-se necessário legislar sobre esta matéria em sede comunitária.

---

<sup>31</sup> Antonio PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, Madrid, 1996, p. 85.

Assim, já depois de ter sido publicado em Portugal o Decreto-lei n.º446/85, de 25 de Outubro, o Conselho adoptou a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril relativa às “Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e nos contratos de adesão”, após um longo processo de negociações sobre a proposta inicial da Comissão.

Nos termos do artigo 3.º, n.º1 da referida Directiva, define-se como sendo uma cláusula abusiva, a cláusula contratual “...que não tenha sido objecto de negociação individual (...) quando, a despeito de exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Pelo que, a Directiva refere-se aos contratos de adesão ao contrário da lei portuguesa de 1985 que como é sabido trata das cláusulas contratuais gerais. É certo que em muitos países, incluindo Portugal, as duas expressões são usadas indistintamente, porém, a expressão contratos de adesão é mais ampla do que a de cláusulas contratuais gerais<sup>32</sup>, a qual para além de exigir a existência de um contrato pré-formulado por uma das partes, sem que a outra tenha podido influenciar o seu conteúdo, exige que o mesmo tenha sido pré-elaborado para um número indeterminado de aderentes. Ora, o problema é que, de acordo com este artigo 3.º da Directiva, dispõe-se que esta se deve aplicar ainda que a cláusula não tenha sido redigida para uma pluralidade de contratos.

Por outro lado, a averiguação sobre se uma determinada cláusula é ou não abusiva deve ser realizada tendo em atenção todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração, bem como todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que esse dependa, nos termos do artigo 4.º da mencionada Directiva.

Relativamente às formas de controlo das cláusulas abusivas a Directiva ficou aquém da lei portuguesa porque, se por um lado estabeleceu um controlo directo sobre o conteúdo das cláusulas, proibindo as que sejam abusivas, nomeadamente, nos artigos 3.º, 4.º e 6.º, assim como no seu anexo, onde estabeleceu presunções de cláusulas abusivas;

---

<sup>32</sup> Neste sentido, António PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação para Breve”, Entrevista publicada na Revista Actualidade Jurídica, Ano I, n.º 11, p. 5.

no que diz respeito à formação do contrato, no sentido de fixar as regras que evitem que o aderente contrate desconhecendo as cláusulas (por exemplo, através do estabelecimento dos deveres de comunicação, de informação ou de esclarecimento sobre as mesmas), a Directiva limitou-se a fazer uma breve referência, no artigo 5.º, da necessidade destas serem redigidas de forma clara e compreensível, bem como estabeleceu o princípio da interpretação mais favorável para o consumidor<sup>33</sup>.

Parece-me, assim, que a Directiva deveria ter incluído regras, como as existentes na lei portuguesa de 1985, que permitissem o conhecimento prévio e esclarecido das cláusulas por parte do aderente antes de contratar, bem como regras que evitassem a inclusão de cláusulas surpresa nesses contratos ou cláusulas inseridas após as respectivas assinaturas, actuando dessa forma sobre os utilizadores dessas cláusulas dissuadindo-os de usá-las quando estas não correspondam aos critérios de inserção.

Acresce que, os Estados membros podem ter regimes jurídicos mais rigorosos do que o constante da referida Directiva, e devem zelar para que existam, no seu ordenamento jurídico, meios adequados para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas (vd. Artigos 7.º e 8.º da referida Directiva). De referir ainda que a Directiva prevê, quando estejam em causa cláusulas contratuais gerais, uma medida que corresponde à nossa acção inibitória, em que se pretende, por um lado, ultrapassar os inconvenientes do facto da iniciativa processual contra estas cláusulas depender única e exclusivamente do aderente lesado, e, por outro lado, conseguir ultrapassar as dificuldades do facto da decisão judicial apenas produzir efeitos no caso julgado.

A Directiva dispõe, ainda, como já atrás referido, de uma lista anexa onde se enumeram as várias cláusulas a proibir, a qual é mais reduzida do que a que constava do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Assim, a fim de se conseguir a harmonização legislativa dos vários regimes jurídicos existentes nos diversos Estados membros, a Directiva

---

<sup>33</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, "El problema de las condiciones...", cit., pp. 96 e 97.

estabeleceu o mínimo, ou seja, uma protecção mínima, apesar da lei portuguesa vigente na altura ir já para além desse mínimo<sup>34</sup>.

Fazendo uma breve análise genérica da Directiva podemos concluir que ela tem alguns aspectos positivos, mas também demonstrou ter algumas insuficiências.

Conforme salientou PINTO MONTEIRO, “A pesar de su limitado campo de aplicación, y del alcance reducido de las medidas que consagra, la Directiva es importante. En primer lugar, por la *protección* concedida contra las *cláusulas abusivas*. En segundo lugar, por las implicaciones que la misma tiene en la *teoría general del contrato*. En tercer lugar, por el reconocimiento y refuerzo del estatuto del *consumidor* como sujeto necesitado de una especial protección. Finalmente, porque constituye un paso más hacia la armonización del “*derecho europeo de los contratos*”<sup>35</sup>.

Porém, como já atrás mencionado, a referida Directiva também tem muitas insuficiências. De facto, a Directiva trata precisamente das cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, mas não de todas as cláusulas abusivas inseridas em contratos com os consumidores, apenas daquelas que não tenham sido individualmente negociadas, nos termos do n.º1, do artigo 3.º da mencionada Directiva<sup>36</sup>. Daí ser mais correcto falar-se numa Directiva sobre cláusulas abusivas inseridas nos contratos de adesão celebrados com os consumidores.

Por outro lado, se a referida Directiva não abarca todas as cláusulas abusivas, ela também não abrange outros contratos a não ser os celebrados com os consumidores<sup>37</sup>.

Pelo que, são várias as críticas que podemos tecer em relação a esta Directiva porque, por um lado, ela não abrange todas as cláusulas abusivas mas apenas as inseridas em contratos de adesão (já não as inseridas em contratos negociados), por outro lado, ela não abrange

---

<sup>34</sup> PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 5.

<sup>35</sup> PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 94.

<sup>36</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 94.

<sup>37</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 95.

todos os contratos de adesão, porque eles também podem ser celebrados entre empresários ou entidades equiparadas <sup>38</sup>.

Podemos, assim, concluir que esta Directiva é sobre cláusulas abusivas inseridas nos contratos de adesão celebrados com consumidores. PINTO MONTEIRO é, no entanto, da opinião de que a Directiva deveria ter ido mais longe pois “...los problemas de los contratos “*standard*” no se agotan en la protección del consumidor ni las cláusulas abusivas son privativas de los contratos con consumidores”<sup>39</sup>.

### 3.2. – *Transposição da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril*

Nos trabalhos preparatórios da Directiva Comunitária de 1993, a Comissão Europeia procedeu a uma análise das legislações vigentes nos vários Estados membros, tendo o Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro sido apontado como uma lei modelo <sup>40</sup>. Aquando da sua necessária transposição, Portugal entendeu que a mencionada Directiva não obrigava a grandes alterações no regime jurídico vigente.

Contudo, sempre se fizeram alguns pequenos ajustamentos, tendo, na sequência dos mesmos, surgido o Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto <sup>41</sup>.

Pelo que se eliminou a alínea c), do n.º1, do artigo 3.º, a qual excluía da fiscalização judicial “as cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”, pois nos dias de hoje já não faz muito sentido a referida exclusão, uma vez que as novas funções assumidas pela Administração Pública prestadora, em que ela intervém muitas vezes como fornecedora de bens e de serviços, faz com que se assemelhe aos privados e, portanto, seja equiparada a estes. Em consequência da referida eliminação, suprimiu-se também o n.º 2, do artigo 3.º, onde aquele

<sup>38</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 95.

<sup>39</sup> PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 95.

<sup>40</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 5.

<sup>41</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 424.

preceito era atenuado. De facto, o preceito afastado fazia com que a lei não se aplicasse, nomeadamente, aos contratos de seguros, aos contratos bancários, aos contratos de fornecimento de água, luz, telefone, ente outros, quando era sobretudo nestas áreas que muitas vezes as necessidades de protecção do aderente eram mais sentidas. Isto porque existiam nessas áreas entidades públicas com prerrogativas de fiscalização sobre as empresas que celebram esses mesmos contratos.

Autonomizou-se, também, numa secção introdutória, os anteriores artigos 16.º e 17.º, uma vez que tais disposições são comuns quer às relações entre empresários ou entidades equiparadas, quer às relações com consumidores finais.

Eliminou-se, igualmente, a alínea h), do artigo 19.º por estar tacitamente revogada em virtude da adesão de Portugal à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma em 1980, e a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992, bem como se eliminou a norma de conflito que se ocupava do âmbito de aplicação do diploma no espaço.

Alterou-se o valor máximo das sanções pecuniárias compulsórias previstas, bem como se estabeleceu o critério da sua actualização automática.

Previu-se a obrigatoriedade de registo das decisões judiciais que tenham proibido cláusulas contratuais gerais ou que tenham declarado a sua nulidade, pelo que, em virtude desta obrigatoriedade foi publicada a Portaria n.º1093/95, de 6 de Setembro, a qual incumbiu o Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça de "...organizar e manter actualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas". Esta medida veio, assim, permitir dar publicidade às referidas sentenças, facilitando o conhecimento das mesmas e das cláusulas proibidas ou declaradas nulas através delas.

Por último, ficou expressamente consagrado que a acção inibitória abrange tanto as proibições dos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º como quaisquer outras que violem o disposto nos artigos 15.º e 16.º.

Não obstante estas alterações, entendeu-se que a referida Directiva não tinha sido devidamente transposta. Como já atrás referi, a Directiva é sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e nos contratos de adesão, cujo conceito é mais amplo do que o conceito de cláusulas contratuais gerais porque pode haver contratos de adesão

que não sejam celebrados através de cláusulas contratuais gerais. Neste âmbito, a Directiva pode ir mais longe do que a LCCG. Porém, o Decreto-lei n.º220/95, de 31 de Agosto, não resolveu este problema porque nada disse relativamente aos contratos com consumidores que não forem celebrados através de cláusulas contratuais gerais<sup>42</sup>.

De facto, ao fazermos a delimitação do conceito de contrato de adesão podemos-nos aperceber de que este termo é mais amplo do que o conceito de cláusulas contratuais gerais, ou seja, um contrato de adesão não é necessariamente um contrato celebrado através de cláusulas contratuais gerais, isto é, tanto pode ser como também pode não ser. Assim, o conceito de contrato de adesão é mais abrangente do que o conceito de cláusulas contratuais gerais, porque, como já atrás referido, pode haver contratos de adesão que não tenham sido celebrados através de cláusulas contratuais gerais<sup>43</sup>.

Pelo que, aquando da transposição da Directiva de 1993 para o ordenamento jurídico português, colocou-se um problema interessante relativo a esta questão, porque a referida Directiva trata das cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores e nos contratos de adesão e, portanto, segundo a lógica atrás referida, o seu âmbito de aplicação é mais extenso do que o do diploma que procedeu à sua transposição, ou seja, o Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto.

Contudo, esse problema acabou por não ser resolvido pelo legislador português porque este não alterou o diploma inicial das cláusulas contratuais gerais, o Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, nesse sentido, uma vez que não foi estendida a protecção prevista no Decreto-lei n.º220/95, de 31 de Agosto, aos contratos com consumidores que não forem celebrados com base nas cláusulas contratuais gerais.

Assim, perante um contrato de adesão não celebrado com base em cláusulas contratuais gerais é discutível se será ou aplicável a LCCG, pelas razões atrás invocadas. No entanto, PINTO MONTEIRO<sup>44</sup> é de opinião

<sup>42</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 5.

<sup>43</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação ...”, cit., pp. 5 e 6.

<sup>44</sup> PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação ...”, cit., pp. 5 e 6. Para o referido Autor a LCCG deve ser aplicável também aos contratos de adesão que não sejam celebrados através de cláusulas contratuais gerais porque:

de que a referida LCCG se deve aplicar a todos os contratos de adesão, mesmo aos não celebrados através de cláusulas contratuais gerais, com excepção da acção inibitória porque, para o referido Autor, tal medida é própria apenas das cláusulas contratuais gerais.

Pelo que, num contrato de adesão há cláusulas pré-redigidas, há unilateralidade e rigidez, não havendo possibilidade de qualquer negociação, mas, para que o referido contrato de adesão seja celebrado através de cláusulas contratuais gerais é ainda preciso que exista generalidade e indeterminação<sup>45</sup>. Assim, um contrato de adesão pode ser celebrado com um único adquirente, desde que reúna os seguintes requisitos: elaboração prévia, unilateralidade e rigidez, ou seja, as cláusulas são previamente elaboradas, assim como, não há qualquer negociação. Porém, se para além destes requisitos, se verificar a generalidade, então estamos perante um contrato de adesão celebrado através de cláusulas contratuais gerais.

Ora, apesar desta advertência, a verdade é que muitas vezes os termos “contratos de adesão” e “cláusulas contratuais gerais” são usados indistintamente, o que não é inteiramente correcto, como já atrás referido. Aliás, para MENEZES CORDEIRO a locução “contratos *de* adesão” é imprópria, “por dar ideia de um problema de conteúdo... e não de modo de celebração. Melhor seria, pois, falar em contratos *por* adesão”<sup>46</sup>.

Podemos, assim, dizer que em Portugal, tal como noutros países, a doutrina tem empregue, sem fazer qualquer distinção, as expressões contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, aceitando-se pacificamente que se trata do mesmo fenómeno. Porém, e sobretudo após a

---

1) Se o legislador português quis, em 1995, transpor a Directiva e não alterou nada na LCCG nesse sentido é porque entendeu que ela já se aplicava a todos os contratos de adesão,

2) De acordo com o princípio da interpretação conforme com a Directiva, deve-se interpretar a lei portuguesa em termos de ela coincidir com esta,

3) A ratio legis destas medidas legislativas está relacionada com a ausência de negociações, que se verifica quer no contrato de adesão celebrado através de cláusulas contratuais gerais, quer não. Por outro lado, o referido Autor é de opinião que nos contratos de adesão não celebrados através de cláusulas contratuais gerais deve-se aplicar o regime destas, ou seja, a LCCG, salvo quanto à acção inibitória.

<sup>45</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 6.

<sup>46</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual de ...”, cit., p.421.

Directiva de 1983 sobre as cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com consumidores essa identificação pode-se questionar já que a referida Directiva fala em contratos de adesão que são, como já vimos, uma fórmula mais ampla do que as cláusulas contratuais gerais e que a Directiva parece preferir.

Face a este problema, questionou-se se Portugal havia transposto correctamente a Directiva. Relativamente a esta questão, PINTO MONTEIRO é da opinião de que se este problema se levantar num tribunal português deve ser aplicada a LCCG, desde que o contrato seja de adesão, e mesmo que não seja celebrado através de cláusulas contratuais gerais<sup>47</sup>.

De qualquer forma, mais recentemente foi publicado o Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho, o qual dispõe que, “O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.” (vd. Artigo 1.º, n.º 2 do referido Decreto-lei)

Concluindo, podemos dizer que a maior dificuldade trazida pela Directiva foi, precisamente, o facto desta no seu artigo 3.º, apenas referir as cláusulas que não tenham sido objecto de negociação individual, isto é, as cláusulas previamente redigidas. Ora, sendo a lei portuguesa de 1985 uma lei sobre cláusulas contratuais gerais questionava-se se seria necessário alterar a nossa lei de forma a que ela abrangesse igualmente todos os contratos de adesão, incluindo aqueles cujas cláusulas foram pré-elaboradas mas tendo apenas em vista um determinado contrato e não uma pluralidade deles. Partindo do pressuposto que apenas a acção inibitória é que pressupõe a existência de cláusulas contratuais gerais, então a lei portuguesa estava em conformidade com a Directiva porque todas as demais formas de controlo poderiam ser estendidas aos contratos de adesão mesmo que não celebrados através de cláusulas contratuais gerais. De qualquer forma, este problema deveria ter sido expressamente resolvido pelo novo diploma legal.

---

<sup>47</sup> PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., pp. 5 e 6.

#### IV. – Regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais

Nos termos dos artigos 1.º e 2.º da LCCG, todas as cláusulas contratuais gerais devem-se considerar abrangidas pelo diploma, independentemente da sua forma de comunicação ao público, do seu conteúdo, da sua extensão nos contratos e do facto de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros. No entanto, retirou-se do seu âmbito os contratos submetidos a normas de direito público, bem como as situações jurídico familiares e sucessórias e, ainda, as cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (vd. alíneas c), d) e e) do artigo 3.º da LCCG).

De qualquer forma, a LCCG, mesmo nas situações que estão fora do seu âmbito de aplicação, pode ser utilizada, nomeadamente, como elemento auxiliar de concretização de conceitos indeterminados <sup>48</sup>.

Dispõe o artigo 4.º da LCCG que, “As cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação...”. De facto, é a liberdade de estipulação que é posta em causa pelas cláusulas contratuais gerais, pelo que, como é óbvio, apenas as cláusulas sobre as quais tenha havido acordo de vontades é que fazem parte do contrato <sup>49</sup>.

Porém, face aos abusos a que muitas vezes assistimos nos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais e tendo em linha de conta os problemas específicos que estes levantam, para além dos requisitos gerais, estabeleceram-se ainda mais três para que as mencionadas cláusulas sejam consideradas incluídas nos referidos contratos.

O legislador teve, assim, a preocupação de assegurar que nos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais sejam respeitados os deveres de comunicação e de informação do respectivo conteúdo.

Nos termos do artigo 5.º da LCCG, “As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las.” Para além da necessária comunicação na íntegra, esta deve obedecer também ao requisito da adequação, bem

<sup>48</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.367.

<sup>49</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.370.

como deve ser comunicada com a necessária antecedência a fim de que seja possível o seu conhecimento completo e efectivo. (vd. n.º 2, e 3 do referido artigo)

Pelo que, o referido preceito visa evitar o desconhecimento, por parte do aderente, das cláusulas inseridas no contrato, tendo em atenção a forma como estes são celebrados, estabelecendo, assim, o dever de comunicação prévia e na íntegra destas, antes da celebração do mesmo <sup>50</sup>.

Como refere MENEZES CORDEIRO, “Em casos limite não haverá dúvidas: a remissão para tabuletas inexistentes ou afixadas em local invisível não corresponde a uma comunicação completa; a rápida passagem das cláusulas num visor não equivale à comunicação adequada; a exibição de várias páginas de um formulário, em letra pequena e num idioma estrangeiro, seguida da exigência de imediata assinatura não integra uma comunicação atempada. Já a assinatura de um clausulado, “bem impresso, perfeita e completamente legível, sendo as letras de tamanho razoável e razoável também, o respectivo espaçamento satisfaz as exigências legais.” (RLx 14-Nov.-1996, (Manso Rodrigues, CJ XXI (1996) 5, 93-95 (94/1), a propósito de uma cláusula de arbitragem) <sup>51</sup>

Do ponto de vista do aderente, dispõe-se nos termos do n.º 2, do artigo 5.º, que a verificação dos requisitos da comunicação faz-se a partir de um aderente que “...use de comum diligência”. Pelo que, a comunicação deverá ser feita adequadamente e com a necessária antecedência, “...requisitos cuja satisfação terá de aferir-se em função da sua idoneidade a um conhecimento completo e efectivo, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, por um aderente de normal diligência.” (PINTO MONTEIRO) <sup>52</sup>

A verdade é que o ónus da prova de uma efectiva e adequada comunicação compete ao contratante que submeteu outrem às cláusulas contratuais gerais <sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, 1986, p. 749.

<sup>51</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual ...”, cit., pp. 428 e 429.

<sup>52</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p.749.

<sup>53</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p. 749.

Acresce que, nos termos do artigo 6.º, “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”, bem como “devem ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.”

Assim, para além do dever de comunicação prévia, recai também sobre o utilizador das cláusulas contratuais gerais, um dever de informação, a fim de possibilitar ao aderente a compreensão do conteúdo das referidas cláusulas, esclarecendo-o igualmente de todos os aspectos necessários, quando por este solicitado. Porém, a extensão e a profundidade destes deveres de comunicação e de informação dependem também das circunstâncias de cada caso concreto <sup>54</sup>.

De referir ainda que, nos termos do artigo 7.º da LCCG, as cláusulas especificamente acordadas entre as partes prevalecem sobre as gerais, pois é natural que essas cláusulas retractem melhor a vontade das partes.

Perante o incumprimento dos mencionados deveres de comunicação e de informação presume-se que o aderente não deu o seu consentimento ao que não conhece ou não entende, pelo que, a LCCG entendeu que, em tais situações, as mencionadas cláusulas se consideram pura e simplesmente excluídas dos contratos singulares. Pelo que, as cláusulas contratuais gerais que não reunirem os requisitos previstos nas diversas alíneas do artigo 8.º, se consideram fora do conteúdo do contrato celebrado.

Excluem-se igualmente as cláusulas designadas por “cláusulas surpresa” porque “..., pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica...” passam “...despercebidas a um contratante normal, colocado na posição de contratante real.” (vd. alínea c), do artigo 8.º), bem como as cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes. (vd. alínea d) da mencionada disposição legal). Tentou-se, assim, evitar que façam parte do contrato, por exemplo, cláusulas que parecem uma coisa e afinal são outra, zelando-se pela confiança que o aderente depositou no utilizador das mesmas. Trata-se, igualmente, de impedir que sejam inseridas no

---

<sup>54</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., pp. 749 e 750.

contrato cláusulas, cujo conhecimento efectivo, por parte do aderente, não seja exigível pela forma sub-reptícia ou camuflada como elas foram apresentadas, ainda que comunicadas <sup>55</sup>.

Devem, assim, ser excluídas todas as cláusulas que não respeitem os requisitos da sua inclusão definidos na lei, protegendo-se a confiança do aderente e sancionando-se os comportamentos fraudulentos por parte dos utilizadores que assim actuarem <sup>56</sup>.

Porém, e tendo em atenção o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos, apesar de as referidas cláusulas se considerarem excluídas do mencionado contrato singular, estes mantêm-se, sendo a parte excluída substituída, sucessivamente, pelas regras supletivas aplicáveis e pelas regras de integração dos negócios jurídicos. Mas, em todo o caso, se, em virtude de tais substituições, ocorrer uma indeterminação de aspectos essenciais do contrato ou a violação do princípio da boa-fé, os referidos contratos apenas podem ser declarados nulos. (vd. n.º 2 do artigo 9.º)

Podemos concluir que este primeiro meio de controlo das cláusulas contratuais gerais visa sobretudo combater o possível desconhecimento, por parte do aderente, de aspectos essenciais do contrato. Pelo que, para evitar esse risco de desconhecimento, a lei impõe que o utilizador das cláusulas contratuais gerais as comunique prévia e adequadamente ao aderente, permitindo, assim, que este tenha um perfeito conhecimento do conteúdo destas antes de celebrar o contrato. Ao dever de comunicação acresce o dever de informação e o dever de esclarecimento por parte do utilizador de forma a tornar possível a compreensão do conteúdo das mencionadas cláusulas. É claro que a extensão destes deveres dependerá das circunstâncias, mas o resultado deverá ser a compreensão, por parte do aderente que, por sua vez, terá também de ser diligente, do conteúdo destas cláusulas.

---

<sup>55</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., pp. 750 e 751.

<sup>56</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p. 751.

#### 4.1. – *Interpretação e Integração das cláusulas contratuais gerais*

As cláusulas contratuais gerais devem ser interpretadas nos termos dos artigos 236.º e ss do Código Civil mas, atendendo também ao contexto do contrato singular no qual se incluem, e não interpretadas apenas em si mesmas. Por outro lado, as cláusulas contratuais gerais não podem ser interpretadas com base em outras regras de interpretação que elas próprias determinem<sup>57</sup>.

O artigo 11.º da LCCG trata das cláusulas ambíguas remetendo para o sentido que o aderente normal lhes daria, prevalecendo, em caso de dúvida, o sentido mais favorável ao aderente.

Conforme refere PINTO MONTEIRO, "...estabelecem-se no artigo 11.º duas regras, a respeito das cláusulas ambíguas: a primeira, consagrada no n.º1, parece-nos ser uma aplicação da doutrina da impressão do destinatário; a segunda, acolhe o princípio *in dubio contra stipulatorem*"<sup>58</sup>.

Pelo que, podemos concluir que as medidas consagradas nestes primeiros onze artigos da LCCG destinam-se, sobretudo, a evitar, quer o desconhecimento das cláusulas que fazem parte do contrato, quer a inserção de cláusulas prejudiciais aos interesses do aderente ou de "cláusulas surpresa". Actuam para suscitar a reflexão do aderente, chamando-lhe à atenção para os termos do contrato, podendo também actuar, do ponto de vista do utilizador, exercendo sobre o mesmo um efeito dissuasor<sup>59</sup>.

Porém, muitas vezes sustenta-se que a sua eficácia é muito reduzida porque não protege o aderente de cláusulas abusivas ou injustas a que ele tem de se submeter mesmo consciente dos riscos que corre por não ter outra hipótese de adquirir o bem ou o serviço de que carece<sup>60</sup>. Por outro lado, também o próprio aderente não lê, por falta de tempo ou por conformismo, as condições do contrato.

<sup>57</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, "Tratado...", cit., p. 374.

<sup>58</sup> PINTO MONTEIRO, "Contratos...", cit., p. 752.

<sup>59</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, "Contratos...", cit., p. 752.

<sup>60</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, "Contratos ...", cit., p. 752.

Ora, o objectivo destas medidas não é só esse, mas também o de actuar sobre o eventual utilizador de cláusulas contratuais gerais obrigando-o a ter em conta os deveres de comunicação e de informação, evitando assim alguns abusos.

Estas medidas, embora insuficientes só por si, constituem um primeiro passo na protecção do aderente. Conforme refere PINTO MONTEIRO “Merece la pena recordar que la jurisprudencia de diversos países, en una primera fase, en que abordó el problema de una forma más tímida, se escudó bajo el control del consentimiento para impedir cláusulas inequitativas, desterrándolas del contrato por manifiesto desconocimiento por parte del adherente. Se trataba, a menudo, de una forma disimulada de control sobre el contenido, de un control travestido, impulsado por razones de (in)justicia del contrato, pero disfrazado de control sobre el consentimiento”<sup>61</sup>.

#### **4.2. – Nulidade das cláusulas contratuais gerais**

Como já atrás referido, as cláusulas contratuais gerais proibidas são nulas, nos termos do artigo 12.º da LCCG. Porém, nos termos gerais, a nulidade de uma cláusula inserida num contrato singular acarreta a invalidade de todo o contrato, com excepção da possibilidade de redução de acordo com o artigo 292.º do Código Civil<sup>62</sup>.

Ora, nos termos do artigo 13.º da LCCG previu-se que, apesar da eventual nulidade de algumas das cláusulas, o aderente pode optar pela manutenção do contrato vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, podendo o mesmo ser também integrado, se necessário, de acordo com as regras de integração dos negócios jurídicos. De qualquer forma, se o aderente usar da faculdade prevista no referido artigo 13.º e, em consequência, verificar-se um “desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé”, vigorará o regime da redução dos negócios jurídicos previsto no artigo 292.º do Código Civil, caso contrário, o negócio será efectivamente nulo.

<sup>61</sup> PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p.89.

<sup>62</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p.433.

Pelo que, o aderente pode sempre escolher entre o regime geral (nulidade das cláusulas viciadas com hipótese de redução do negócio), nos termos do artigo 14.º da LCCG, ou a manutenção do contrato, nos termos do artigo 13.º da LCCG.

Uma questão que se pode levantar a este respeito tem a ver com saber se uma cláusula proibida pode ser corrigida de acordo com o previsto na lei e depois voltar a ser inserida no contrato? Segundo PINTO MONTEIRO, “A solução consagrada, em termos gerais, no artigo 13.º, n.º 2, apelando às regras de integração dos negócios jurídicos, poderá justificar, em certos casos, uma resposta afirmativa, no quadro do artigo 239.º do Código Civil, designadamente, para evitar, da parte do credor, uma inadmissível *venire contra factum proprium*.”<sup>63</sup> De qualquer forma, acrescenta o mencionado Autor que esta é uma questão muito complicada.

#### 4.3. – *Cláusulas contratuais gerais proibidas*

Como refere MENEZES CORDEIRO, “O cerne da LCCG reside na proibição de certas cláusulas”<sup>64</sup>.

Podemos, assim, encontrar na mencionada lei uma listagem, onde se procedeu a uma tarefa de concretização das cláusulas que o legislador entendeu deverem ser proibidas, partindo-se da distinção, para o efeito, entre as relações entre empresários ou entidades equiparadas, quando intervenham nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica (vd. artigos 17.º a 19.º da LCCG), e as relações com os consumidores finais (vd. artigos 20.º a 23.º da LCCG). Fez-se, portanto, uma distinção relativamente à protecção a dar a cada uma destas relações, consoante a maior ou menor protecção que elas precisam.

Porém, para além das disposições sobre proibições específicas, a LCCG elencou ainda as disposições comuns por natureza, as quais assentam, nos termos do artigo 15.º e 16.º, no princípio da boa-fé. Estão, assim, proibidas todas as cláusulas contratuais gerais que sejam contrárias à boa-fé. O artigo 16.º da mencionada lei procurou concretizar

<sup>63</sup> PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., p.760.

<sup>64</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual de...”, cit., p.433.

o artigo 15.º, salientando alguns aspectos fundamentais da boa-fé: “valores fundamentais do direito”, a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. É claro que, estes critérios fornecidos pelo legislador servem, apenas, para orientação.

Convém, no entanto, salientar que as proibições relativas às relações entre empresários ou entidades equiparadas são aplicáveis às relações com consumidores finais, as quais para além dessas proibições estão também sujeitas a proibições específicas, o que é compreensível pois os consumidores precisam de maior protecção. Conforme refere PINTO MONTEIRO isso é sintomático de uma “...especial sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir, porém, a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector, antes mostrando que o problema é mais geral, não descurando, por isso, a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica”<sup>65</sup>.

Existem, assim, quer nas relações entre empresários e entidades equiparadas, quer nas relações com consumidores finais, cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º da LCCG) e cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º). Ora, as primeiras não podem, de modo algum, ser incluídas nos contratos, ao passo que as segundas não podem ser incluídas nos contratos se sobre elas incidir um juízo negativo formulado pela entidade aplicadora, no caso concreto. Pelo que, cabe ao juiz decidir, tendo em conta o contexto em que se insere o tipo de contrato em causa, se determinada cláusula é ou não nula. A referência da lei ao “quadro negocial padronizado” surge precisamente para advertir de que para sabermos se uma determinada cláusula deve ou não ser proibida devemos atender à cláusula em si, ao conjunto de cláusulas em que ela está inserida e aos padrões normais, ou seja, para sabermos, por exemplo, se o prazo de entrega de uma carro é ou não é excessivo, devemos atender não àquela venda em concreto mas ter em linha de conta esse tipo de vendas<sup>66</sup>. Conforme salienta PINTO MONTEIRO, “Esse padrão de referência, o *quadro negocial*

<sup>65</sup> PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., p.754.

<sup>66</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.379.

*padronizado* (nos termos dos artigos 19.º e 22.º) é, um paradigma, é o *modelo* perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial de determinado sector de actividade”<sup>67</sup>.

Assim, as cláusulas que constam do elenco previsto nos artigos 18.º e 21 são automaticamente proibidas nos contratos, ao passo que as cláusulas que constam dos artigos 19.º e 22.º só estão proibidas após a sua concreta apreciação judicial.

Convém apenas chamar a atenção para o seguinte, é que a listagem das cláusulas relativamente e absolutamente proibidas feita pela LCCG não constitui impedimento para que outras cláusulas não incluídas nesses elencos sejam proibidas por decisão judicial, desde que contrárias à boa-fé<sup>68</sup>.

Pelo que, enquanto as cláusulas absolutamente proibidas incidem sobre aspectos tão importantes, tais como, a exclusão ou limitação da responsabilidade por danos causados à vida, à integridade física ou moral das pessoas, as cláusulas relativamente proibidas, as quais, como já vimos, estão dependentes de um juízo concreto, já tratam de questões relativas, por exemplo, aos prazos de aceitação ou de rejeição de propostas<sup>69</sup>.

Assim, o sistema instituído pelo legislador parte da enumeração de um conjunto de cláusulas relativamente e absolutamente proibidas, o qual fica completo com a previsão de uma cláusula geral assente na boa-fé.

Fazendo uma breve análise ao artigo 18.º podemos constatar que, nas quatro primeiras alíneas do referido artigo, ou seja, nas alíneas a) b) c) e d) proibem-se as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade. Assim, apesar de nas relações entre empresários e entidades equiparadas existir uma maior autonomia do que nas relações com consumidores finais, mais carecidos de protecção legal, o legislador não prescindiu da proibição da exclusão da responsabilidade relativa aos danos causados<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., p.755.

<sup>68</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p.755.

<sup>69</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.378.

<sup>70</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Tratado...”, cit., p.381.

Ora, se repararmos melhor, tanto a alínea c), como a alínea d) tratam de proibições que “actuum” em caso “...de dolo ou de culpa grave.” Pelo que, se estivermos perante cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade devido ao não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso mas em que exista apenas culpa leve, parece que, salvo a hipótese de as referidas cláusulas serem proibidas por aplicação dos artigos 15.º e 16.º da LCCG, a proibição do artigo 18.º não se lhes aplica <sup>71</sup>.

A alínea e) evita que se estabeleçam regras de interpretação que permitam conseguir alcançar através da interpretação de certas cláusulas o que não se pode obter directamente por ser proibido por lei. As alíneas f) g) h) e i) tratam de proibições relativas à exclusão ou limitação dos institutos garantísticos do bom cumprimento das obrigações, tais como, a excepção de não cumprimento dos contratos, resolução por incumprimento, direito de retenção, compensação e consignação em depósito. A alínea j) proíbe as obrigações perpétuas e a alínea l), conforme refere MENEZES CORDEIRO, “...pretende...prevenir que, a coberto de esquemas de transmissão do contrato, se venha a limitar, de facto, a responsabilidade. Bastaria, na verdade, transferir a posição de uma entidade que não tenha adequada cobertura patrimonial para, na prática, esvaziar o conteúdo de qualquer imputação de danos” <sup>72</sup>.

Já no âmbito do artigo 19.º, estabelece-se que, nos termos das alíneas a) e b), são relativamente proibidas, dependendo, assim, do tipo

---

<sup>71</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., pp.757 a 759. Acrescenta o referido Autor que a referida interpretação do artigo 18º, alíneas c) e d) da LCCG veio reforçar a sua interpretação do artigo 809º do Código Civil. Assim, defende o mencionado Autor que não era proibida por aquela norma “... à partida, uma cláusula exoneratória em caso de simples culpa leve do devedor – porque, como então demonstrei, ela não representa, nestes limitados termos, uma *renúncia* do credor à indemnização, esta sim, proibida pelo artigo 809º- o legislador acaba de consagrar uma solução que vem reforçar, parece-nos, as nossas conclusões, não só de *iure condendo*, como, igualmente, de *iure condito*.” De facto, conclui o referido Autor que, “Efectivamente, sendo permitidas, em princípio, cláusulas desta índole, desde que condicionadas à culpa leve, em contratos de adesão, parece – *a fortiori* – não se justificar a sua proibição radical, em termos absolutos, em contratos negociados.”

<sup>72</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p.440.

negocial em causa, as cláusulas contratuais gerais que estabeleçam prazos dos contratos excessivos. Na alínea c) proibem-se as cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir. Na alínea d) proibem-se as cláusulas contratuais gerais que permitam que se recorra a factos insuficientes para alicerçar a aceitação do aderente. Nos termos da alínea e), e segundo o referido “quadro negocial padronizado” haverá que indagar se a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados colocada na dependência de terceiros é ou não um meio de limitar a responsabilidade. A alínea f) trata da faculdade de umas das partes, unilateralmente e sem qualquer justificação, denunciar o contrato “...sem compensação adequada do contrato quando esta tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis”<sup>73</sup>.

“O estabelecimento de um tribunal competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, em razão da distância ou da língua, por exemplo, deve ser justificado por equivalentes interesses da outra parte. Quando assim não suceda, a competente cláusula é nula, nos termos da alínea g)”<sup>74</sup>. Por outro lado, as alíneas h) e i) tratam de proibir a atribuição a uma das partes de poderes excessivos ou exorbitantes.

Estando uma determinada cláusula dentro do âmbito das cláusulas relativamente proibidas ela é toda nula, não havendo qualquer possibilidade da sua redução, passando-se de imediato à aplicação do direito subsidiário para preenchê-la<sup>75</sup>.

Como já atrás foi referido, nas relações com consumidores finais aplicam-se todas estas proibições e ainda as constantes dos artigos 21.º e 22.º da LCCG. Conforme sintetiza MENEZES CORDEIRO, “As proibições absolutas inseridas nas alíneas a), b), c) e d) do artigo 21.º visam assegurar que os bens ou serviços pretendidos pelo consumidor final são, de facto, os que ele vai alcançar. Por seu turno, as alíneas e), f), g) e h) pretendem garantir a manutenção eficaz duma tutela adequada, prevenindo a possibilidade de recurso a vias oblíquas para defraudar a lei. As proibições relativas do artigo 22.º/1 acentuam, também, esta

<sup>73</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., pp.440 e 441.

<sup>74</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 441.

<sup>75</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 441.

mesma via. Nas relações com consumidores finais, não se trata, apenas, de denegar a exclusão de responsabilidade: há que, pela positiva, assegurar a própria obtenção do bem, já que a obtenção dum indemnização é, aqui, problemática. As diversas alíneas especificam pontos nos quais, segundo a experiência, os consumidores mais facilmente podem ver em perigo a sua posição”<sup>76</sup>.

#### **4.4. – A acção inibitória**

Nos termos do artigo 25.º dispõe-se que, “As cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares.” O legislador consagrou, assim, um meio complementar preventivo de tutela do aderente, em que independentemente da inclusão concreta de uma determinada cláusula num contrato, a sua elaboração para utilização futura pode desde logo ser proibida por decisão judicial<sup>77</sup>.

A legitimidade activa neste tipo de acções compete às associações de defesa do consumidor, às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, e ao Ministério Público, officiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou a solicitação de qualquer interessado (vd. artigo 26.º da LCCG). E pode ser intentada contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, quer contra quem apenas as recomende a terceiro (vd. artigo 27.º da LCCG).

Esta acção visa, assim, a condenação dos eventuais utilizadores de cláusulas contratuais gerais, criando o meio jurídico necessário para obviar à eventual inclusão nestes de cláusulas relativamente e absolutamente proibidas. Para além de criar o referido meio jurídico o legislador pretendeu também que este fosse célere e eficaz, daí a consagração no artigo 31.º da LCCG de um meio expedito e provisório para evitar a inclusão, nos contratos singulares, das mencionadas cláusulas. De facto,

<sup>76</sup> MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 442.

<sup>77</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p. 760.

de acordo com o referido artigo “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 26.º requerer provisoriamente a sua proibição.”

O que é específico desta acção é que, sendo ela uma medida de controlo preventivo e abstracto actua mesmo que não se tenha celebrado nenhum contrato singular<sup>78</sup>, para além de que não é o consumidor individualmente que a propõe mas antes as pessoas, com legitimidade activa, referidas no artigo 26.º. Assim, quando essas entidades tiverem conhecimento de que um eventual contratante se está a preparar para celebrar um contrato através de cláusulas contratuais gerais absolutamente ou relativamente proibidas para a lei portuguesa devem as mesmas propor de imediato a referida acção inibitória.

Ora, prevê-se no artigo 32.º que, “as cláusulas contratuais gerais objecto 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.” Acresce que, nos termos do n.º 2 do mencionado artigo se dispõe que “aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.”

Pelo que, por este artigo pode-se verificar que esta acção, apesar de muito importante, vale apenas para o demandado vencido na referida acção e não para qualquer outro, ou seja, intentada uma acção inibitória contra uma determinada empresa e sendo a mesma condenada em tribunal por pretender utilizar cláusulas contratuais gerais que violam a lei, essa empresa não pode mais fazer uso das cláusulas afastadas por decisão do tribunal. Porém, se uma outra empresa pretender utilizar as mesmas cláusulas, até que seja intentada uma nova acção inibitória e o tribunal profira uma decisão de inibição do uso dessas mesmas cláusulas, a referida empresa poderá fazer uso destas porque a sentença

<sup>78</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 7.

proferida para a primeira empresa não vale para ela. Assim, não tendo a referida decisão judicial proferida contra a primeira empresa formado caso julgado em relação à segunda empresa, ela não pode produzir efeitos relativamente a esta, o que não deixa de criar situações muito injustas <sup>79</sup>.

Refira-se, ainda, que nos termos do artigo 34.º da LCCG, “Os tribunais devem remeter, no prazo de 30 dias (...) 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”. O aderente tem, assim, acesso a um serviço de registo, para onde os tribunais enviam as referidas sentenças, possibilitando-lhe o conhecimento das cláusulas que já foram proibidas, evitando-se, assim, que as empresas incluam noutros contratos as cláusulas porque já foram condenadas.

Julgando o tribunal procedente uma determinada proibição, as cláusulas viciadas não poderão mais ser incluídas nos contratos singulares daquela empresa condenada <sup>80</sup>, e caso isso aconteça os seus utilizadores, nos termos do artigo 33.º, vão ser sancionados com sanções pecuniárias compulsórias.

Pelo que, podemos concluir que a finalidade desta acção é a de instituir, para além de um controlo repressivo, a posteriori, dependente da mera iniciativa do lesado e com efeitos circunscritos ao caso concreto, um controlo preventivo das cláusulas contratuais gerais, proibindo para o futuro a sua utilização nos contratos.

Por outro lado, o legislador confiou esta tarefa não a órgãos administrativos, mas ao poder judicial, o que pode trazer alguns inconvenientes uma vez que poderia haver uma maior especialização mas, por outro lado, fortalece as garantias de independência e de imparcialidade <sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “Direito do Consumo – Codificação...”, cit., p. 7.

<sup>80</sup> Assim, PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p. 761.

<sup>81</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones...”, cit., p. 92.

Assim, transitada em julgado a decisão inibitória, o aderente pode sempre valer-se dela se o contrato em causa for celebrado com a mesma empresa vencida naquela acção, caso contrário, isto é, mesmo estando em causa as mesmas cláusulas mas sendo outro o utilizador já a decisão não produz efeitos em relação a ele. Pelo que, a sentença judicial pode ser oposta ao utilizador condenado mas não contra qualquer outro, ainda que as cláusulas utilizadas sejam iguais, sendo isto consequência da eficácia ultra partes da sentença judicial que apenas permite que ela seja invocada contra a empresa condenada<sup>82</sup>.

De qualquer forma, uma acção inibitória perdida não impede que no futuro as cláusulas em causa possam, noutro processo, vir a ser efectivamente proibidas porque, conforme refere PINTO MONTEIRO, "...pode não se justificar, a priori, a interdição de certas cláusulas contratuais gerais, mas justificar-se já, no entanto, a sua nulidade, em determinado contrato singular, concluído posteriormente, em face das circunstâncias"<sup>83</sup>.

#### 4.5. – *Controlo das cláusulas contratuais gerais*

A consagração de sistemas e de meios de controlo adequados à protecção do aderente das cláusulas contratuais gerais insere-se dentro do âmbito mais geral de protecção e de tutela do consumidor.

Ora, a existência de cláusulas contratuais gerais na maior parte dos contratos que hoje em dia são celebrados é uma evidência para todos nós. Porém, eles têm especificidades próprias que têm vindo a ser sublinhadas ao longo deste trabalho e que se prendem, desde logo, com o facto destes contratos não serem antecedidos de qualquer discussão ou negociação prévia, sendo indeterminados à partida os eventuais contratantes que, por sua vez, ficam limitados a aceitar ou a rejeitar o clausulado estabelecido. Daí que se as cláusulas contratuais gerais existem e são um modo típico de contratar da sociedade industrial moderna, é legítima a preocupação em instituir sistemas de controlo eficazes sobre estes contratos.

---

<sup>82</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, "El problema de las condiciones...", cit., p. 93.

<sup>83</sup> PINTO MONTEIRO, "Contratos..." cit., p. 763.

De um ponto de vista do direito comparado verificamos que as soluções legislativamente consagradas visam sobretudo satisfazer preocupações de duas ordens, "...por um lado, zelar pela obtenção, em cada caso concreto, de um efectivo e real acordo, quanto a todos os aspectos de regulamentação contratual; por outro lado, garantir, na medida do possível, a justiça do contrato, proibindo cláusulas que a prática já revelara particularmente abusivas. Para alcançar o primeiro objectivo, estabelecem-se regras sobre a inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares; no cumprimento da segunda tarefa, declaram-se ineficazes as condições gerais proibidas pela lei" (PINTO MONTEIRO)<sup>84</sup>. Porém, como refere o mencionado Autor, um controlo apenas judicial é insuficiente, daí a necessidade de consagração da acção inibitória, em que determinados órgãos têm por missão fiscalizar preventivamente as minutas das cláusulas contratuais gerais que se pretende que no futuro venham a ser inseridas em contratos com aderentes.

São, assim, vários os sistemas de controlo abstractamente possíveis, desde a existência de um controlo preventivo ou repressivo, até à possibilidade de instituir um controlo administrativo ou judicial.

#### **4.6. – As cláusulas contratuais gerais bancárias**

No ponto 2 do anexo da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, constam regras relativas às cláusulas contratuais gerais bancárias. Constam, também, da LCCG, mais precisamente, do seu artigo 22.º, n.º 1, alíneas c) e d), as seguintes regras referentes às referidas cláusulas: são relativamente proibidas as cláusulas que "c) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado; d) Estipulem a fixação do preço de bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às negociações." Porém, nos termos do n.º 2 do mencionado artigo tais regras são derogadas quando se especifica que, "O disposto na alínea c) do

---

<sup>84</sup> PINTO MONTEIRO, "Contratos...", cit., p. 744 e ss.

número anterior não determina a proibição de cláusulas contratuais gerais que: a) Concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração; b) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente o conteúdo de um contrato de duração indeterminada, contando que se preveja o dever de informar a contraparte com pré-aviso razoável e se lhe dê a faculdade de resolver o contrato.”

Acresce que, nos termos do n.º3 do referido artigo, se prevê que, “as proibições constantes das alíneas c) e d) do n.º1 não se aplicam: a) Às transacções referentes a valores mobiliários ou a produtos e serviços cujo preço dependa da flutuação de taxas formadas no mercado financeiro; b) Aos contratos de compra e venda de divisas, de cheques de viagem ou de vales postais internacionais expressos em divisas.”

Por fim, nos termos do artigo 4.º: “as alíneas c) e d) do n.º1 não implicam a proibição das cláusulas de indexação quando o seu emprego se mostre compatível com o tipo contratual onde se encontrem inseridas e o mecanismo de variação do preço esteja explicitamente descrito.”

Relativamente à realidade portuguesa o que podemos adiantar é que os diversos grupos bancários nacionais não utilizam cláusulas contratuais gerais comuns, adoptando cada um deles as suas cláusulas contratuais gerais próprias para cada tipo de negócio, as quais são, grosso modo, mais favoráveis para os bancos do que para os aderentes, os quais accionam a protecção legal estabelecida através delas sempre que tal se mostra necessário <sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., pp. 444 a 446.

## V. – Conclusão

As sociedades modernas de hoje, geradas pelas revoluções industrial e comercial, são, sobretudo, sociedades de consumo, destinadas a desenvolver as técnicas de produção e de distribuição em massa. Porém, tais esquemas produtivos aliados a inevitáveis situações de desigualdade, a evidentes abusos de poder económico, e, em geral, à criação de situações de risco, impuseram que a sociedade e, em especial, o Direito “sentissem” a necessidade de adoptar medidas destinadas a travar alguns abusos e a proteger o consumidor <sup>86</sup>.

Pelo que, podemos dizer que hoje existe a preocupação em desenvolver uma política sistemática de defesa do consumidor. Aliás, a nossa própria Constituição não é alheia a este movimento pois instituiu como matéria com dignidade constitucional, precisamente, a protecção do consumidor. Nos termos do artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa dispõe-se que: “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.”

Esta não é, porém, a única disposição constitucional que trata da defesa do consumidor. Podemos também encontrar referências nos seguintes artigos: artigo 81.º, alínea h) da CRP, o qual estabelece que uma das incumbências prioritárias do Estado Português é precisamente a defesa do consumidor, por outro lado, nos termos do artigo 99.º, alínea e) da CRP, esse objectivo é igualmente estabelecido como uma das prioridades da política comercial.

Apesar de todas estas referências à defesa do consumidor não pretendo dizer que o controlo sobre as cláusulas contratuais gerais se cinge à defesa do consumidor pois penso que é um problema mais amplo mas, como já atrás tivemos possibilidade de ver, a protecção é acrescida quando estão em causa relações com consumidores.

---

<sup>86</sup> Neste sentido, António PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, *Estudos de Direito do Consumidor*, publicação do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, Coimbra, 2000, pp.334 e 335.

De facto, cedo se sentiu a necessidade de regular de forma específica as cláusulas contratuais gerais, apesar de constarem do Código Civil preceitos, tais como os referentes à boa-fé e à ordem pública, que, na falta da referida legislação, poderiam servir de apoio legal à fiscalização judicial.

Essa necessidade derivava da grande particularidade dos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais face aos esquemas negociais tradicionais.

A especificidade dos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais deriva do facto dessas cláusulas serem previamente elaboradas, limitando-se o aderente a aceitá-las ou não. A verdade é que, nas típicas sociedades modernas, este modo de contratar tornou-se imprescindível pois corresponde aos actuais objectivos de celeridade e de eficiência. Porém, em virtude desses objectivos sacrificou-se a liberdade de estipulação, uma vez que nestes contratos não existe qualquer discussão ou negociação prévia, de forma a que as obrigações assumidas correspondam melhor à vontade e aos interesses do aderente.

Conforme refere PINTO MONTEIRO, estes contratos passam antes a "...traduzir, de facto, 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"<sup>87</sup>.

Assim, o aderente nada mais pode fazer a não ser aceitar ou rejeitar, quando discordar do conteúdo do contrato, sabendo, porém, de antemão, que o outro contratante não está disposto a introduzir quaisquer alterações.

A verdade é que este modo negocial está enraizado na sociedade de massas dos nossos dias, e corresponde à satisfação das necessidades de racionalização, celeridade e eficiência, aliás, conforme refere PINTO MONTEIRO, "...à produção e distribuição standard corresponde necessariamente a contratação standard, sendo impensável, na moderna estrutura

---

<sup>87</sup> PINTO MONTEIRO, "Contratos...", cit., p. 740.

industrial, um processo de negociação caso a caso, com cada um dos milhares (ou milhões) de utentes”<sup>88</sup>.

Acontece que, a regulamentação minuciosa previamente elaborada por uma das partes vai sobretudo acautelar os interesses dessa parte, e, nessa medida, tornou-se indispensável prevenir e reprimir os eventuais abusos e as eventuais injustiças. Por outro lado, tornou-se também importante garantir que o aderente conheça e esteja plenamente informado sobre o conteúdo das cláusulas inseridas nos contratos a que vai aderir.

Daí que, como refere PINTO MONTEIRO, “...a necessidade de controlo sobre os contratos de adesão se faça sentir não só ao nível da tutela da vontade do aceitante, como também ao nível de uma fiscalização do conteúdo das condições gerais do contrato, ditada por razões de justiça comutativa”<sup>89</sup>.

Pelo que se tornou necessário prever regras específicas de controlo destes contratos.

Foi neste contexto e tendo em linha de conta todas estas considerações que surgiu, primeiro, o Decreto-lei n.º446/85, de 25 de Outubro, e, mais tarde, em virtude das orientações comunitárias da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, o Decreto-lei n.º220/95, de 31 de Agosto.

Estas leis nacionais visaram, sobretudo, acautelar, por parte do aderente, quer o conhecimento integral das cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos, quer a proibição de cláusulas abusivas. Por outro lado, para além de estabelecerem medidas judiciais repressivas, previram, também, medidas preventivas, tais como, a acção inibitória.

Pelo que, o essencial destas leis reside no estabelecimento de formas de controlo dos referidos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais. De facto, a maior parte dos seus preceitos regulam as mencionadas formas de controlo, que actuam quer ao nível da formação do contrato e do seu conteúdo, quer preventivamente, através da referida acção inibitória.

---

<sup>88</sup> PINTO MONTEIRO, “Contratos ...”, cit., p.742.

<sup>89</sup> PINTO MONTEIRO, “Contratos...”, cit., p.743.

Considero que, de um ponto de vista genérico, o diploma legislativo actualmente em vigor sobre as cláusulas contratuais gerais conseguiu atingir os seus objectivos de protecção do aderente das referidas cláusulas. O legislador ao instituir o mencionado controlo das mesmas, actuando quer preventivamente, quer repressivamente, tornou possível uma tutela adequada dos aderentes, conseguindo, assim, evitar o desequilíbrio que resulta da celebração de contratos através de cláusulas contratuais gerais previamente elaboradas sem que haja qualquer negociação ou possibilidade de intervenção do aderente, considerada a parte mais fraca.

Porém, como referiu PINTO MONTEIRO, "...uma coisa é a *law in the books* e outra coisa é a *law in action* ..." <sup>90</sup>, pelo que, previstos legalmente os necessários meios judiciais de controlo depende apenas do consumidor, e, relativamente à acção inibitória, das associações de defesa do consumidor, das associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, bem como do Ministério Público, fazer valer os seus direitos e, em geral, os direitos dos consumidores.

---

<sup>90</sup> PINTO MONTEIRO, "Direito do Consumo - Codificação...", cit., p. 3.

**BIBLIOGRAFIA**

- ALARCÃO, Rui – “Direito das obrigações”, Ed. policop., Coimbra, 1983.
- ALMEIDA COSTA – “Direito das Obrigações”, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 1984.
- ALMENO DE SÁ- “Cláusulas Contratuais gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas”, 2.<sup>o</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2000.
- ANTUNES VARELA, João de Matos – “Das Obrigações em Geral”, 2.<sup>a</sup> Edição, Volume I, 1973.
- “Estudos de Direito do Consumidor”, publicação do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 1, Coimbra, 1999
- “Estudos de Direito do Consumidor”, publicação do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 2, Coimbra, 2000
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos – “Os Direitos dos Consumidores”, Almedina, Coimbra, 1982.
- GALVÃO TELES, Inocêncio – “Direito das Obrigações”, 3.<sup>o</sup> Edição, Coimbra Editora, 1980.
- MENEZES CORDEIRO, António – “Manual de Direito Bancário”, Almedina, Coimbra, 1998.
- “Tratado de Direito Civil Português”, Parte Geral, Tomo I, 1999.
- MOTA PINTO – “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in RDES, ano XX.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José – “Teoria Geral do Direito Civil”, Volume III, Lisboa, 1992.
- PINTO MONTEIRO, António – “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, Almedina, Coimbra, 1985.
- “Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º446/85, de 25 de Outubro”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, 1986.
- “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre clausulas abusivas en los contratos con consumidores”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 219, Madrid, 1996.
- “Direito de Consumo – Codificação para Breve”, Entrevista publicada na Revista Actualidade Jurídica, Ano I, n.º11.
- “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, Estudos de Direito do Consumidor, publicação do Centro de Direito do

---

Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º2, Coimbra, 2000.

Sousa Ribeiro – “O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais gerais e o Princípio da Liberdade Contratual”, Almedina, Coimbra, 1999.

Vaz Serra – “Fontes das Obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes das obrigações”, Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), número 77, Junho de 1958.



# O CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

ANTÓNIO COSTA \*

Jurista da IGA – Investimentos e Gestão da Água, S.A.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contrato de fornecimento de água: inclusão de cláusulas contratuais gerais. 2.1 Modo de contratação inovador. 2.2 Situação de monopólio. 2.3 Legislação nacional. 2.3.1 Regime legal das cláusulas contratuais gerais. 3. Fornecimento de água: serviço público essencial. 3.1 O prestador do serviço de fornecimento de água. 3.1.1 Concessão do serviço. 3.1.2 Designações diversas. 3.2 O utente do serviço de fornecimento de água. 4. Medidas de protecção do utente. 4.1 Direito de participação. 4.2 Princípio da boa-fé. 4.2.1 Princípio da universalidade. 4.2.1.1 Princípio do utilizador-pagador. 4.2.2 Princípio da igualdade. 4.2.3 Princípio da continuidade. 4.2.3.1 A suspensão do serviço de fornecimento de água. 4.2.3.2 Caução em caso de incumprimento. 4.2.3.3 Prazo de seis meses. 4.2.4 Princípio do bom funcionamento. 4.3 Dever de informação. 4.3.1 Facturação detalhada. 5. Conclusão. Bibliografia e endereços consultados na *Internet*.

## 1. Introdução

A água é, porventura, o *único bem de consumo universal*. Ao contrário da esmagadora maioria dos restantes bens ou produtos, a água é um bem relativamente ao qual não há uma opção de consumo,

---

\* Aluno do 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo (do CDC) na Madeira.

pois é essencial e imprescindível para a satisfação das necessidades humanas mais primárias e básicas. Neste sentido, é também um bem de *consumo inelutável*, razão pela qual o respectivo enquadramento legal está impregnado de normas e regras particularmente exigentes que visam a protecção e a defesa do consumidor.

As características particulares da água justificaram a implementação, ao longo dos tempos, de um regime jurídico específico, decorrente da mobilidade propensa à criação de conflitos especiais de interesses entre os respectivos utentes. As questões que tradicionalmente suscita centram-se na sua natureza jurídica, no seu regime de propriedade e na sua classificação.

Já no direito romano são feitas várias referências à água em diversos trechos do *Digesto*, do *Código* e das *Institutas de Marciano e Justiniano*, dos quais resulta uma classificação tripartida em águas comuns, públicas e particulares e se vislumbra uma forte tendência para a ampliação do domínio público das águas em prejuízo do domínio privado, tendência que viria a assumir uma dimensão mais relevante no direito moderno <sup>1</sup>.

Em Portugal, o domínio público da água, decorrente da influência do direito romano, manteve-se até à instituição do feudalismo que fortaleceu a propriedade particular dos senhores feudais e, em consequência, favoreceu situações de apropriação privada da água. As *Ordenações do Reino* viriam a incluir as correntes de água no património exclusivo da Coroa. Posteriormente, o *Alvará de 27 de Novembro de 1804* restringiu fortemente o regime de regalias reais até então vigente, acentuando a importância da água para a actividade agrícola e industrial. O *Código Civil de 1867* recuperou a distinção romana entre águas públicas, comuns e particulares. A conhecida *Lei de Águas* constante do *Decreto n.º 5787-III, de 10 de Maio de 1919*, consubstanciou uma importante disciplina das águas públicas e particulares, bem como o *Código Civil de 1966* que consagrou uma sistematização jurídica elogiada pela maioria da doutrina, pois

---

<sup>1</sup> Para uma profunda análise histórica desta matéria, vide MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual do Direito de Águas*, Volume I, 2.ª edição revista e ampliada, Coimbra Editora, 1999, págs. 20 e seguintes.

distingue a matéria da propriedade das águas, das servidões legais de águas e das meras limitações ao direito de propriedade.

No próprio espaço nacional coexistiram regimes legais da água diferenciados como, por exemplo, o regime jurídico especial vigente até recentemente na Ilha da Madeira que, em vários períodos históricos, contrastou com a legislação aplicável ao restante território português. Merecem particular referência a *carta provisão* de D. João II, de 7 de Maio de 1493, que vedou a apropriação individual e particular da água na Madeira de modo a favorecer a actividade agrícola; a *prescrição régia* de 8 de Maio de 1493 que determinou a constituição de servidões de aqueduto, proibindo que qualquer proprietário de terrenos, atravessados pelas *levadas*, pudesse impedir a sua implementação ou interferir nas suas operações de funcionamento; as *provisões* de 7 e 8 de Maio de 1743 e de 5 de Março de 1770 e a *Lei* de 12 de Novembro de 1841 que reafirmaram a natureza pública da água; a *Lei* de 26 de Junho de 1888 que atribuiu personalidade jurídica às *levadas*; a *Lei* n.º 141 de 20 de Abril de 1914 que procurou corrigir os efeitos negativos da aplicação do *Código Civil de Seabra* que não salvaguardou a situação específica da Madeira; o *Decreto-Lei* n.º 19 357, de 14 de Fevereiro de 1931, que reafirmou os direitos das *levadas da Madeira* perante o esquecimento do legislador nacional plasmado, ainda na I República, no célebre *Decreto* n.º 5787-III, de 10 de Maio de 1919. O *Decreto-Lei* n.º 29 718, de 28 de Junho de 1939, bem como os *Decretos-Lei* n.ºs 33 158 e 33 159, de 21 de Outubro de 1943, viriam a esbater o regime específico da água na Madeira ainda que, posteriormente, o *Decreto-Lei* n.º 36 136, de 5 de Fevereiro de 1947, tivesse reconhecido algumas especificidades regionais <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Actualmente, os recursos hídricos são qualificados de matéria de interesse específico da Região Autónoma da Madeira, nos termos da alínea f) do artigo 228.º da *Constituição da República Portuguesa* e da alínea j) do artigo 40.º do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira*, aprovado pela *Lei* n.º 13/91, de 5 de Junho, na redacção e numeração da *Lei* n.º 130/99, de 21 de Agosto. Nesse contexto, a Assembleia Legislativa Regional da Madeira e o Governo Regional têm aprovado legislação e regulamentação que salvaguardam especificidades regionais em matéria de água.

O actual Código Civil classifica a água como uma *coisa imóvel* – artigo 204.º, n.º 1, alínea b) –, eliminando a discussão doutrinária motivada pelo texto do *Código Civil de Seabra* – artigo 375.º, n.º 1 – que classificava como imóveis os produtos e partes integrantes dos prédios rústicos.

O texto legal em vigor merece a concordância da maioria da doutrina que defende a inexistência de qualquer contradição entre o carácter imobiliário da água e a sua natureza fluida. ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA defendem que “*enquanto não forem desintegradas da propriedade superficiária, por lei ou negócio jurídico, as águas são partes componentes dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de per si, imóveis*”<sup>3</sup>. JOSÉ CANDIDO DE PINHO precisa que “*só as porções que ainda se apresentem integradas nos prédios respectivos se podem considerar coisas imóveis no verdadeiro sentido legal. As restantes, as parcelas retiradas, serão coisas móveis, como quaisquer outras*”<sup>4</sup>.

No domínio específico da água de consumo humano foi aprovada, nas últimas duas décadas, diversa legislação comunitária e nacional que tem como matriz essencial a defesa e a protecção do consumidor, quer ao nível da qualificação do fornecimento de água como um *serviço público essencial*, quer ao nível da definição dos parâmetros de qualidade da água, quer ainda ao nível da fiscalização da actividade das entidades fornecedoras.

Procuraremos, em primeiro lugar, analisar o contrato de fornecimento de água sob o ponto de vista da legislação que define o regime das cláusulas contratuais gerais, de seguida ao abrigo do regime da protecção do utente de serviços públicos essenciais e, concomitantemente, a diversa legislação avulsa de defesa do consumidor da água.

<sup>3</sup> In *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 196.

<sup>4</sup> In *As Águas no Código Civil*, Almedina Coimbra, 1985, pág. 4.

## 2. Contrato de fornecimento de água: inclusão de cláusulas contratuais gerais.

O desenvolvimento económico e social exigiu a implementação de sistemas de abastecimento público de água potável que, em muitos casos, servem vários milhões de indivíduos. Estes são naturalmente compelidos a estabelecer relações contratuais com entidades fornecedoras que, por sua vez, são confrontadas com a necessidade de utilizar mecanismos expeditos de contratação aptos a acorrer a uma clientela vasta. Daí que, neste domínio, a expressão “contratos *standard*” assuma plena justificação.

### 2.1 *Modo de contratação inovador*

Estamos, portanto, perante um modo de contratação que extravasa o contrato tradicional ou clássico. A sociedade industrial moderna impõe um novo modelo de contratação funcionalmente ajustado às actuais estruturas de distribuição de água potável, em que se intensifica a satisfação de necessidades de racionalização e de eficácia na concretização da relação contratual.

Neste contexto, os *contratos de adesão* assumem um protagonismo decisivo. Trata-se de contratos mediante os quais o consumidor de água adere às *cláusulas contratuais gerais* predeterminadas pela entidade fornecedora, com o fim de uniformizar a disciplina de todos os contratos de fornecimento a celebrar no futuro.

Estes contratos não são precedidos de uma discussão prévia tendente a conformar o respectivo conteúdo em consonância com a vontade e os interesses das partes contratantes, mas traduzem apenas a vontade e os interesses da entidade fornecedora de água. Esta predetermina o seu conteúdo através da elaboração de condições ou cláusulas contratuais gerais destinadas a integrar o conteúdo dos inúmeros contratos a celebrar futuramente, mediante a sua oferta, em massa, ao público interessado que, assim, adere a um modelo previamente fixado.

A parte interessada em estabelecer a relação contratual com a entidade fornecedora de água tem a sua liberdade fortemente limitada

na medida que está confinada à aceitação ou rejeição das condições essenciais do contrato, sem poder verdadeiramente interferir nos aspectos mais significativos do mesmo.

Note-se que esta contratação baseada em condições ou cláusulas negociais gerais não pode, à partida, ser objecto de censura ética ou jurídica, pois existem razões objectivas que a explicam e legitimam. Tal como refere o Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO “*necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia tornam as condições gerais do contrato um processo indispensável de negociação da empresa, podendo dizer-se que à produção e distribuição standard corresponde necessariamente a contratação standard, sendo impensável, na moderna estrutura industrial, um processo de negociação caso a caso, com cada um dos milhares (ou milhões) de utentes*”<sup>5</sup>.

No sector da distribuição de água esta prática comercial uniformizada é um instrumento jurídico decisivo para o estabelecimento de relações contratuais com os utentes. É certo, porém, que a mesma acarreta importantes perigos para o aderente motivados essencialmente pela inexistência de uma discussão prévia das cláusulas contratuais, razão pela qual se verificou nas últimas décadas uma intervenção legislativa no sentido da tutela do consumidor, entendido como a parte mais débil da relação de consumo.

## 2.2 Situação de monopólio

Este aspecto é particularmente importante no sector da distribuição da água potável pois a parte que define os termos contratuais actua em *regime de total monopólio*. Trata-se de um mercado com características muito especiais cujo funcionamento denota um significativo desequilíbrio em prejuízo da posição contratual do consumidor, pois é um serviço básico, universal e essencial em que o

---

<sup>5</sup> *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, Dezembro 1986, págs. 741 e 742.*

consumidor não dispõe de poder negocial perante uma situação de monopólio natural.

Na verdade, são extremamente raros os casos em que existe mais do que uma empresa de distribuição domiciliária de água para uma mesma área geográfica, facto que resulta da complexidade da instalação de redes independentes de distribuição, do elevado volume financeiro indispensável à implementação e manutenção deste tipo de infra-estruturas e da própria escassez do recurso que não permite sustentar múltiplas redes de abastecimento <sup>6</sup>.

O utente não tem verdadeiramente uma opção de contratar entre uma ou outra empresa, pelo que carece de uma alternativa real para o fornecimento de água <sup>7</sup>. Daí que se acentue nestas situações, por um lado, a necessidade de estabelecer regras sobre a inclusão das cláusulas contratuais gerais nos contratos de fornecimento de água, de modo a obter-se, em cada caso concreto, um real e efectivo acordo entre as partes contratantes e, por outro lado, a necessidade de declarar a ineficácia das condições gerais abusivas com o fito de garantir a justiça do contrato.

Aliás, a legislação específica relativa aos contratos de fornecimento de água, designadamente o **Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho**, que **regulamenta o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais de distribuição de água potável**, revela uma manifesta preocupação pela defesa do consumidor, como se constata pelo teor do respectivo preâmbulo:

*Na verdade, tendo as referidas actividades a natureza de serviço público, a concessão da sua gestão em regime de exclusividade pressupõe uma regulamentação detalhada e cuidadosa no que se refere à protecção do consumidor. Deste modo, o presente diploma visa assegurar uma correcta protecção do consumidor neste domínio, evitando possíveis abusos do mercado, por um lado, no que se refere*

---

<sup>6</sup> Dentre os casos excepcionais, destaca-se o caso da cidade de Madrid que possui em determinadas zonas duas redes independentes de distribuição de água geridas por empresas fornecedoras distintas.

<sup>7</sup> O mesmo sucede com o fornecimento de energia eléctrica. Já no domínio do serviço de telefone e de gás existem empresas fornecedoras concorrentes, embora em número limitado.

*à garantia e controlo da qualidade dos serviços públicos prestados e, por outro, no que respeita à supervisão e controlo dos preços praticados, que se revela essencial por estarmos perante uma situação de monopólio natural.*

*Com efeito, procura-se assegurar no presente diploma a protecção dos interesses dos consumidores utilizadores dos sistemas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, assegurando-lhes condições de igualdade e lealdade na contratação directa e um direito à informação.*

Este diploma contém diversas normas relevantes para a defesa do consumidor que abordaremos, com o devido detalhe, a propósito dos princípios essenciais que regem a actividade dos prestadores de serviços públicos essenciais.

### **2.3 Legislação nacional**

O Código Civil consagra determinados preceitos que poderiam constituir um relevante apoio legal para a fiscalização judicial do conteúdo dos contratos de adesão. É o caso dos artigos 227.º, 280.º e 762.º que consagram os *princípios da boa fé e da ordem pública e bons costumes* que são traves-mestras que devem conformar as condições gerais dos contratos. Porém, aqueles princípios não foram, ao longo do tempo, devidamente aproveitados pela jurisprudência para a defesa do consumidor.

As questões relativas ao consumo passaram a ser objecto de particular atenção a partir do momento em que se constatou a inadequação e a insuficiência do direito tradicional para defender eficazmente os direitos e interesses do consumidor. Dessa constatação resultaram, como salienta o Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “*apelos frequentes a que o legislador interviesse em vários domínios e consagrasse medidas destinadas a proteger o consumidor*”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, Coimbra, 2000, pág. 335.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 impulsionou de forma determinante este aspecto ao colocar a protecção do consumidor entre as “*incumbências prioritárias do Estado*” (artigo 81.º). As revisões constitucionais de 1982 e 1989 elevaram os direitos dos consumidores à dignidade de direitos fundamentais. A CRP estabelece, no artigo 60.º, n.º 1, que “*os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos*”.

No domínio dos contratos de adesão e, em particular, no domínio específico dos contratos de fornecimento de água, merece igualmente especial referência a alínea e) do artigo 81.º da CRP que impõe como incumbência prioritária do Estado “*reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”.

Tendo presente esses imperativos constitucionais, foi publicada no início da década de 1980 a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto. Esta *Lei de defesa do consumidor* estabeleceu os direitos dos consumidores e o âmbito de intervenção das associações de consumidores, bem como os princípios e as regras de concretização da defesa daqueles direitos. Dado se tratar de uma lei-quadro, verificou-se ao longo dos anos a aprovação de diversas leis que a concretizaram em vários domínios, como a publicidade, a responsabilidade do produtor, o *time sharing*, o crédito ao consumo, etc. Esta lei viria a ser revogada e substituída pela *Lei n.º 24/96, de 31 de Julho* que, com um teor mais desenvolvido que a anterior, continua a consubstanciar o quadro normativo básico de defesa dos consumidores.

### 2.3.1 Regime legal das cláusulas contratuais gerais

A Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto influenciou igualmente a aprovação do **Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro** – entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho – que consagrou uma disciplina específica das cláusulas contratuais gerais.

O legislador nacional optou pela terminologia “cláusulas contratuais gerais” que confere importância, como salienta o Prof. ANTÓNIO

PINTO MONTEIRO, ao “modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unilateral e previamente definidas em termos gerais e abstractos, passando o controlo de cada um destes contratos pelo controlo, a vários níveis, das próprias condições gerais predispostas e do seu processo de integração numa concreta relação jurídico-negocial”<sup>9</sup>.

Na sua versão original, a **alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º** excluía do âmbito de aplicação do referido diploma legal as “cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”. Como é evidente, esta exclusão abrangia um conjunto de situações em que a aplicação daquele regime legal até era mais desejada, como é o caso dos contratos de fornecimento de água, que é um domínio sobre o qual, ainda hoje, existem entidades públicas com relevantes poderes de fiscalização sobre as empresas públicas ou privadas que desenvolvem a actividade em regime de concessão.

Ainda na vigência daquele preceito legal, entendia-se que o mesmo era susceptível de comportar uma interpretação restritiva do seu teor literal demasiadamente amplo<sup>10</sup>. O Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto acabou por clarificar cabalmente a questão através da revogação daquele preceito. Tal como consta do respectivo preâmbulo “não parece que a excepção faça hoje sentido. Na verdade, assiste-se, não só à equiparação tendencial da Administração Pública, enquanto fornecedora de prestações e produtora de bens, aos profissionais da esfera privada, mas também à progressiva desregulamentação dos mercados onde intervêm as empresas abrangidas pelo condicionamento previsto na antiga alínea c)”.

---

<sup>9</sup> *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, Dezembro 1986, pág. 741.

<sup>10</sup> Nesse sentido, o Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, in *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 219, Madrid, 1996, pág. 102.

Aliás, a relevância do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais em sede dos contratos de fornecimento de água está expressa de modo bem vincado no referido **Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho** que dispõe:

ARTIGO 9.º

*1 – As cláusulas contratuais gerais inscritas nos contratos de fornecimento a celebrar entre as concessionárias e os consumidores deverão respeitar o disposto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro<sup>11</sup>, e no artigo 7.º da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto<sup>12</sup>.*

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto foram justificadas essencialmente pela aprovação da *Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas insertas nos contratos celebrados com os consumidores*, embora o regime legal nacional já fosse, em muitos aspectos, mais exigente e rigoroso do que o consagrado pela directiva comunitária.

Uma das questões mais relevantes que a Directiva acabou por suscitar foi a seguinte: o n.º 1 do artigo 3.º restringe a aplicação da Directiva a cláusulas que não tenham sido objecto de “*negociação individual*” e o n.º 2 clarifica que é esse o caso sempre que a cláusula “*tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão*”. A expressão *contratos de adesão* é mais ampla do que a expressão *cláusulas contratuais gerais* consagrada na legislação portuguesa. Naquele caso basta que o contrato tenha sido *previamente* redigido por *uma* das partes e que a outra *não possa interferir* no respectivo conteúdo, não sendo exigida uma intenção uniformizadora característica das *cláusulas contratuais gerais* que são pré-elaboradas para um número *indeterminado* de sujeitos e para uma *generalidade* de situações, como sucede por exemplo com os contratos de fornecimento de água.

<sup>11</sup> Diploma alterado, conforme já referido, pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

<sup>12</sup> Substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, como também foi salientado.

Ora, resulta do artigo 3.º da Directiva que esta se aplica também quando a cláusula não tenha sido redigida com o fito de uma utilização generalizada, requisito que apenas é exigido no n.º 2 do artigo 7.º. Neste contexto, suscitou-se a necessidade de alterar o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro com o objectivo de abarcar todos os contratos de adesão, incluindo as cláusulas que não continham os requisitos de generalidade e indeterminação, ou seja, incluindo aqueles que incorporam cláusulas elaboradas para um determinado contrato e não para uma série ou um número indeterminado de contratos de certo tipo.

O Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto acabou por substituir no artigo 1.º a referência a cláusulas contratuais gerais elaboradas de *antemão*, pela expressão *sem prévia negociação individual*. Embora o legislador não tenha resolvido a questão de forma clara e conclusiva, a interpretação mais consensual aponta para o entendimento de que o diploma também se aplica às cláusulas contratuais que não preenchem os requisitos da generalidade e da indeterminação, excepto relativamente às disposições concernentes à acção inibitória.

O Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho viria a clarificar este aspecto, ao conferir ao n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro uma nova redacção, estendendo a sua aplicação “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

O regime legal nacional em matéria de cláusulas contratuais gerais consagra, entre vários outros aspectos, deveres de comunicação prévia e informação que reforçam o esclarecimento do aderente (artigos 5.º e 6.º); estipula cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º) – apreciadas pelo tribunal em cada caso concreto consoante o quadro negocial padronizado – e cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º) – proibidas em qualquer caso; distingue as relações entre empresários ou entidades equiparadas e as relações com os consumidores finais – estes últimos alvo de especial tutela jurídica; consagra disposições processuais, entre as quais se destaca a *acção inibitória* (artigos 25.º e seguintes) que visa impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, com nítida vantagem sobre um mero controlo *a posteriori* que apenas tem efeitos limitados ao caso concreto e está sujeito à iniciativa processual do lesado, forçado

a enfrentar um contraente munido de meios técnicos e financeiros poderosos.

No âmbito dos contratos de fornecimento de água, a prática tem demonstrado, no entanto, que os problemas mais graves não se colocam tanto ao nível da formação ou do conteúdo do contrato, mas sim ao nível da execução do mesmo, facto que justificou a aprovação da *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho*.

### 3. Fornecimento de água: serviço público essencial.

Como já se salientou, a água é um bem de consumo *universal* fornecido por uma entidade que actua sempre em situação de total *monopólio*, o que claramente favorece a possibilidade da concretização de práticas abusivas ou menos correctas. Daí que seja plenamente justificada a intervenção legislativa no sentido da protecção do utente ao longo da prestação do serviço de fornecimento de água.

A *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho* criou no ordenamento jurídico nacional alguns mecanismos destinados a proteger o utente dos serviços públicos essenciais. A alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º define expressamente o “*serviço de fornecimento de água*” como um serviço público abrangido por este regime jurídico. Este diploma tem uma relação umbilical com a *Lei de defesa do consumidor* que dispõe:

#### ARTIGO 9.º

8 – *Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos.*

Quanto aos *sujeitos* do contrato de fornecimento de água, o legislador identifica o *prestador do serviço* e o *utente*.

#### 3.1 O prestador do serviço de fornecimento de água

Embora o fornecimento de água seja um serviço público, o *prestador do serviço* não é necessariamente uma entidade pública,

antes pelo contrário, verifica-se a crescente intervenção de entidades privadas neste sector. O fornecimento de água era até recentemente um domínio tradicional das autarquias e de algumas empresas públicas. Apenas excepcionalmente o Estado e as Regiões Autónomas assumem uma intervenção ao nível da distribuição domiciliária da água.<sup>13 14</sup>

### 3.1.1 Concessão do serviço

No que respeita ao abastecimento **multimunicipal**, o legislador consagra uma marcada participação pública justificada na natureza estratégica e na exigência de um investimento predominante por parte do Estado por razões de interesse nacional, como decorre do disposto no Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro:

#### ARTIGO 2.º

*A concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público opera-se por contrato administrativo a celebrar entre o Estado, representado pelo Ministro do Ambiente e Recursos Naturais,*

---

<sup>13</sup> É o caso do *centro urbano de Santo André* – integrante do concelho de Santiago do Cacém –, onde a responsabilidade pela distribuição de água foi atribuída ao Estado, mais propriamente, à Direcção-Geral dos Recursos Naturais, mediante o Decreto-Lei n.º 115/89, de 14 de Abril e a Portaria n.º 946/90, de 4 de Outubro. Mais tarde, o Instituto da Água (INAG) viria a assumir a gestão e a exploração do sistema de abastecimento de água de Santo André por força do disposto no Decreto-Lei n.º 191/93, de 24 de Maio e no Decreto-Lei n.º 110/97, de 8 de Maio. Recentemente, o Estado autorizou a concessão deste sistema à sociedade “Águas de Santo André, S.A.” mediante o Decreto-Lei n.º 171/2001, de 25 de Maio.

<sup>14</sup> Também ao nível das Regiões Autónomas, o Governo Regional da Madeira assumiu a responsabilidade pela gestão do sistema de abastecimento domiciliário de água da *ilha do Porto Santo*, em virtude dos elevados investimentos associados à dessalinização da água incompatíveis com a capacidade financeira da respectiva autarquia. Curiosamente, este sistema também acabou por ser objecto de concessão, mediante o Decreto Legislativo Regional n.º 28-C/199/M, de 23 de Dezembro (designação decorrente da Declaração de Rectificação n.º 23-H/99, de 31 de Dezembro).

*e uma empresa pública ou uma sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos.*

Porém, no domínio dos sistemas **municipais** de abastecimento de água, o legislador não impôs a obrigatoriedade da concessão a entidades de natureza exclusiva ou maioritariamente pública. Na realidade, a Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, consagra:

#### ARTIGO 1.º

*1 – É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas, salvo quando concessionadas:*

*a) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público (...).*

*2 – Para efeitos do disposto na alínea a) do número anterior, consideram-se, respectivamente, sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominate a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional e sistemas municipais todos os outros, incluindo os geridos através de associações de municípios.*

*3 – No caso de sistemas multimunicipais, as concessões relativas às actividades referidas na alínea a) do n.º 1 serão outorgadas pelo Estado e só podem ser atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público, nomeadamente autarquias locais.*

Já o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, que tem por objecto o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, consagrava o seguinte:

#### ARTIGO 6.º

##### *Princípio geral*

*A exploração e a gestão dos sistemas municipais pode ser directamente efectuada pelos respectivos municípios e associações de muni-*

*cípios ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública ou privada de natureza empresarial, bem como a associação de utilizadores.*

As empresas de capitais exclusivamente privados podem, portanto, gerir e explorar sistemas municipais de fornecimento de água ao abrigo de concessão. Aqui tem plena validade a noção do Prof. DIOGO FREITAS DO AMARAL segundo o qual “*a concessão é o acto pelo qual um órgão da Administração transfere para uma entidade privada o exercício de uma actividade pública, que o concessionário desempenhará por sua conta e risco, mas no interesse geral.*”<sup>15</sup>

Esta legislação favoreceu a crescente e acentuada intervenção da iniciativa privada no sector do fornecimento de água. Em regra, as concessões são fundamentadas em diversos aspectos como a necessidade de prestar às populações serviços de qualidade com custos razoáveis; a necessidade de garantir a viabilidade económico-financeira das estruturas de exploração, por forma a assegurar a manutenção e a renovação dos sistemas; a necessidade de implementar mecanismos expeditos de contratação de serviços e de pessoal permitindo recrutar meios técnicos e humanos credenciados e ultrapassar constrangimentos administrativos incompatíveis com um serviço que funciona ininterruptamente; a necessidade de obter capacidade de financiamento com recurso ao mercado financeiro, dentro duma lógica empresarial economicamente viável; a necessidade de utilizar a experiência e *know-how* de empresas especializadas neste tipo de serviço ou a necessidade de libertar as autarquias para outros desafios no âmbito das respectivas atribuições e competências.

No entanto, dada a natureza pública do serviço de fornecimento de água, o legislador teve a precaução de, mediante o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho, criar o **observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público**<sup>16</sup>. A criação deste organismo,

<sup>15</sup> *In Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, 1989, pág. 130.

<sup>16</sup> Na Inglaterra foi criado um organismo central regulador designado por *Ofwat* que controla a privatização dos serviços de fornecimento de água. Trata-se de uma autoridade independente investida de amplos poderes, incluindo os de

presidido pelo *Presidente do Instituto do Consumidor*, é justificado do seguinte modo no respectivo preâmbulo:

*A empresarialização dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos e a abertura da sua gestão ao sector privado, introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 372/93, de 29 de Outubro e 379/93, de 5 de Novembro, não obstante criarem condições para assegurar a melhoria da qualidade dos serviços prestados, exigem da parte dos entes públicos uma especial atenção e rigor.*

*Cria-se, como tal, um observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais, ao qual são atribuídas funções com vista à análise prévia dos processos de concurso, à recolha de elementos para elaboração de listagens comparativas e à formulação de recomendações aos concedentes e concessionárias.*

Tal como salienta PEDRO GONÇALVES, a Administração assume em relação às empresas concessionárias “*uma responsabilidade-garantia, sendo investida em competências especiais de regulação e de disciplina, na maior parte dos casos, atribuídas a instâncias administrativas autónomas do Estado. A essas instâncias da Administração pública são cometidas tarefas de programação e de orientação das actividades privadas, que, para salientar a dimensão de interesse público que lhes está subjacente, passam a ser qualificadas como actividades de serviço universal ou actividades privadas com obrigações de serviço público*”<sup>17</sup>.

Dentre as competências do citado observatório destaca-se a de analisar as minutas dos contratos de fornecimento ou das respectivas propostas de modificação, com uma antecedência mínima de 15 dias em relação à data da sua utilização na contratação do fornecimento ao público.

---

fixar o aumento de tarifas e de solicitar às empresas privadas concessionárias informações precisas de ordem técnica e contabilística.

<sup>17</sup> *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina Coimbra, 1999, pág. 16.

### 3.1.2 Designações diversas

No que respeita à designação da entidade responsável pelo serviço de fornecimento de água, constata-se que o legislador utiliza diversas expressões. Por exemplo, a *Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água*, identifica os *serviços hídricos*:

#### ARTIGO 2.º

38) *serviços hídricos: todos os serviços que forneçam a casas de habitação, a entidades públicas ou a qualquer actividade económica:*

a) *a captação, represamento, armazenamento, tratamento e distribuição de águas de superfície ou subterrâneas.*

Nos Estados-membros constata-se a existência de diversas entidades com distintas competências. Merece especial referência o caso da Alemanha onde existem empresas de serviços urbanos “multi-serviços” designadas por *Stadtwerke*, empresas comerciais sob controlo municipal que asseguram simultaneamente um conjunto de serviços urbanos como a distribuição de água, gás, telefone, electricidade, transportes, cabo, etc.<sup>18</sup>

Em Portugal, o legislador utiliza várias designações. Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, que estabelece o regime de licenciamento da utilização do domínio hídrico:

#### ARTIGO 25.º

##### *Captação de água para consumo humano*

**2 – *Um sistema de abastecimento público funciona permanentemente sob a responsabilidade de uma entidade distribuidora, autarquia ou entidade concessionária.***

<sup>18</sup> Este amplo leque de actividades permite otimizar a exploração dos serviços, suavizar as dificuldades de financiamento, pois os vários sectores não necessitam de investimentos em simultâneo, permite obter condições vantajosas junto dos mercados financeiros e flexibilidade de gestão do pessoal. Aponta-se, no entanto, como aspecto negativo alguma falta de transparência resultante das subvenções públicas cruzadas entre serviços.

Já o recente Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro, que aprova as normas relativas à qualidade destinada ao consumo humano, apresenta a seguinte designação:

ARTIGO 2.º

*“Entidade gestora do sistema de abastecimento público” ou “entidade gestora” – a entidade responsável pela exploração, gestão e fornecimento de águas destinadas ao consumo humano, conforme definido no n.º 2) do presente artigo.*

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho acaba por identificar o **prestador do serviço**, uma designação consensual que abarca as várias expressões utilizadas na diversa legislação avulsa.

### 3.2 O utente do serviço de fornecimento de água

O sentido literal da noção de consumidor consagrada no artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho – *“todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”* – coloca várias questões pertinentes.

Desde logo, a de saber se uma pessoa colectiva pode ser qualificada de consumidor. Por exemplo, uma entidade bancária que celebra um contrato de fornecimento de água. A referida *Lei de defesa do consumidor* não contém qualquer restrição expressa às pessoas singulares. A jurisprudência francesa já produziu decisões sobre a matéria, reconhecendo a qualidade de consumidor a uma sociedade imobiliária<sup>19</sup>. O entendimento maioritário aponta para considerar consumidor a pessoa colectiva que não tiver competência específica relativa ao bem ou serviço em causa.

Outra questão tem a ver com a circunstância do sentido literal da noção de consumidor, plasmada no citado artigo, poder levar-nos a

---

<sup>19</sup> Aresto de 28 de Abril de 1987 da *Cour de Cassation*, referido por SANDRINA LAURENTINO, *Os destinatários da legislação do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, pág. 429.

considerar que o profissional que adquire o serviço de fornecimento de água para uso profissional não é um consumidor. Nesse sentido, por exemplo, o titular, em nome individual, de uma lavandaria ou de uma estação de lavagem de automóveis que celebra um contrato de fornecimento de água não poderia ser qualificado de consumidor. Aqui, também é cada vez mais crescente o entendimento de que se justifica a extensão da tutela especial concedida aos consumidores àqueles que adquirem o bem para usos profissionais.

Porém, estas questões assumem um relevo secundário no âmbito de aplicação da lei relativa aos serviços públicos essenciais que consagra, no n.º 3 do artigo 1.º, a noção de *utente*, a qual abarca claramente as situações atrás descritas: “a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”.

Esta lei não identifica o utente com o consumidor, no sentido técnico que a legislação do consumo atribui a este conceito, nomeadamente no sentido consagrado no artigo 2.º da *Lei de defesa do consumidor*. O utente pode ser uma pessoa, singular ou colectiva, a quem o fornecedor de água se obriga a prestar o respectivo serviço, independentemente da sua qualidade e do destino que o mesmo confere à água.

Tal como refere o Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO “é claro que a necessidade de proteger o utente é maior quando ele não passa de mero consumidor final. Mas o legislador entendeu – e bem – que não devia restringir o âmbito de aplicação da lei a tal situação. Isso não obsta, porém, a que deva reconhecer-se ser a protecção do consumidor a principal razão a justificar as regras que foram consagradas e de se vir a conceder uma protecção acrescida ao consumidor quando for caso disso (...)”<sup>20</sup>.

No sector da água, o legislador comunitário utiliza, em regra, a expressão *consumidor*, como sucede na *Directiva 98/83/CE do Conselho, de 3 de Novembro de 1998, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano*. Por seu turno, em Portugal são utilizadas indiferentemente as expressões *consumidor* e *utente*, de que é exemplo eloquente o preâmbulo da Portaria n.º 208/85, de 15 de Abril:

---

<sup>20</sup> A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, pág. 340.

*Os consumidores da água fornecida pela EPAL – Empresa Pública das Águas Livres pagam as suas contas no local em que o consumo se verifica. Esta situação implica elevados custos de cobrança que, sem grandes benefícios para os utentes, pesam acentuadamente no orçamento daquela empresa ...*

#### 4. Medidas de protecção do utente

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho consagra diversos mecanismos destinados a proteger o utente do serviço de fornecimento de água. De seguida, faremos uma apreciação desses mecanismos, realçando princípios essenciais que determinam a actividade do prestador do serviço.

##### 4.1 Direito de participação

Desde logo, destaca-se o *direito de participação* consagrado no n.º 1 do artigo 2.º, de acordo com o qual as organizações representativas dos utentes devem ser ouvidas quanto “*aos actos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais actos de natureza genérica*” celebrados entre as entidades públicas e as entidades concessionárias. Aqui assume relevância a possibilidade dos utentes realizarem uma actividade fiscalizadora das normas que enquadram o relacionamento entre as autarquias e as empresas públicas e privadas que celebram contratos de concessão dos sistemas municipais de abastecimento de água.

Aliás, atendendo a que as empresas concessionárias actuam em regime de total *monopólio*, o legislador teve o cuidado de consagrar no n.º 3 do artigo 2.º o direito de participação na própria definição das *grandes opções estratégicas* das empresas. Este direito extravasa a própria relação contratual, pois “*surge a montante desta e entre sujeitos que não são rigorosamente os mesmos que titulam essa relação*”<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, Coimbra, 2000, pág. 340.

Este direito de participação tem uma estreita conexão com o direito conferido às associações de consumidores consagrado na *Lei de defesa do consumidor*:

#### ARTIGO 18.º

##### *Direitos das associações de consumidores*

*1 – As associações de consumidores gozam dos seguintes direitos:*

*h) Direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens e de prestações de serviços essenciais, nomeadamente nos domínios da água, energia, gás, transportes e telecomunicações, e a solicitar os esclarecimentos sobre as tarifas praticadas e a qualidade dos serviços, por forma a poderem pronunciar-se sobre elas.*

#### **4.2 Princípio da boa fé**

O artigo 3.º consagra o *princípio da boa fé* como princípio geral e fundamental que influencia toda a conduta do prestador do serviço público:

*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.*

No domínio específico do fornecimento de água este princípio assume uma importância primordial que se pode aferir pelos princípios essenciais que decorrem daquele princípio geral e que determinam a actividade do prestador do serviço de fornecimento de água potável. O Prof. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO<sup>22</sup> identifica os *princípios da universalidade, da igualdade, da continuidade e do bom funcio-*

---

<sup>22</sup> *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, Coimbra, 2000, pág. 343.*

namento. Estes princípios suscitam várias questões relevantes no caso específico do fornecimento de água, pelo que julgamos pertinente analisá-los com o devido detalhe.

#### 4.2.1 Princípio da universalidade

O princípio da universalidade impõe a acessibilidade de todos os interessados ao serviço de fornecimento de água potável e, conseqüentemente, a impossibilidade do prestador do serviço recusar o estabelecimento da relação contratual com um determinado interessado. É consensualmente aceite o entendimento da água como um *bem eminentemente social e, em consequência, de acesso universal*. Pode até afirmar-se que estamos perante um verdadeiro *direito social*.

A relevância social da água é patente em diversos documentos jurídicos internacionais. Por exemplo, a Declaração de Mar de Plata de 1977 reconhece que cada ser humano tem direito a ter acesso à água potável. O artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra o direito à água e, mais recentemente, o artigo 24.º da Convenção sobre os direitos das crianças impõe a obrigação dos Estados de fornecer água potável.

A componente social da água também justifica a servidão *aquae haustus* consagrada no artigo 1557.º do Código Civil que impõe o fornecimento coactivo de água para gastos domésticos. MÁRIO TAVARELA LOBO salienta que “*inspirado na moderna concepção do direito social e na elevada função colectiva das águas essencial à satisfação das necessidades primárias da vida, o legislador eleva à categoria de servidão legal o aproveitamento coercivo das águas existentes em prédio alheio*”<sup>23</sup>.

##### 4.2.1.1 Princípio do utilizador-pagador.

O cariz social da água não significa, porém, que a mesma deva ser simplesmente distribuída a um preço “de favor”, pois assume cada

---

<sup>23</sup> *Manual do Direito de Águas*, Volume II, 2.ª edição revista e ampliada, Coimbra Editora, 1999, pág. 328.

vez mais consistência o entendimento de que no sector da água deve vigorar o *princípio do utilizador-pagador*.

Este princípio tem sido invocado com crescente frequência, em regra associado ao *princípio do poluidor-pagador* com reconhecimento internacional já há várias décadas<sup>24</sup>, tendo em vista o abandono de subvenções públicas no sector da água e a redução dos desperdícios causados pela prática de preços demasiado baixos.

O *princípio do utilizador-pagador* no domínio dos recursos naturais visa tarifar os recursos numa economia de mercado corrigida pela intervenção do Estado e transferir para os utilizadores a carga financeira da produção, distribuição e utilização dos recursos. Em matéria de protecção do ambiente, o *princípio do utilizador-pagador* significa que o utilizador de um recurso natural deve suportar os custos destinados a possibilitar o acesso ao recurso, bem como os custos associados à utilização do próprio recurso. O princípio tem como objectivo que estes custos não sejam suportados pelos poderes públicos ou por terceiros, mas apenas pelos utilizadores. Este princípio é equivalente ao princípio económico da cobertura integral dos custos ou da verdade dos preços (“full cost recovery” ou “full cost pricing”).

O *princípio do utilizador-pagador* e o *princípio do poluidor-pagador* resultam da mesma lógica económica de internalização dos custos externos e da verdade dos preços<sup>25</sup>. A diferença essencial entre estes dois princípios é a de que o *princípio do utilizador-pagador*

---

<sup>24</sup> Por exemplo, na Recomendação da OCDE de 26 de Maio de 1972 sobre os princípios directores relativos aos aspectos económicos das políticas do ambiente no plano internacional e na Recomendação da OCDE de 14 de Novembro de 1974 sobre a aplicação do princípio poluidor-pagador. A Convenção sobre os efeitos transfronteiriços dos acidentes industriais (Helsínquia, 1992) contém no preâmbulo o seguinte: “Tendo presente o princípio do poluidor-pagador enquanto princípio geral do direito internacional do ambiente”. A definição deste princípio também consta do artigo 25.º da Convenção sobre a protecção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais (Helsínquia, 1992).

<sup>25</sup> HENRI SMETS apresenta uma análise profunda sobre estes princípios, in *O princípio do utilizador-pagador para a gestão durável dos recursos naturais*, Anuário de Direito do Ambiente – 1998, págs. 9 e seguintes.

aplica-se à produção, à distribuição e ao consumo dos recursos e respeita aos utilizadores, enquanto o *princípio do poluidor-pagador* se aplica apenas na presença de riscos de emissão de poluentes e respeita aos poluidores.

A nível mundial o *princípio do utilizador-pagador* foi oficialmente reconhecido em Março de 1998 no decurso da Conferência Internacional realizada em Paris subordinada ao tema “*Água e Desenvolvimento Sustentado*” que reuniu representantes de 84 países, da qual resultou a recomendação de implementar quadros legislativos e regulamentares apropriados com o fito de instaurar, na medida do possível, sistemas tarifários equilibrados que incluam os custos directos e indirectos do serviço de fornecimento de água.

No âmbito da União Europeia, a referida Directiva 2000/60/CE impõe aos Estados-membros que, até o ano 2010, implementem uma tarifação do fornecimento de água que permita uma plena recuperação dos custos do serviço e termine com as subvenções directas ou encoberdas por outros sectores económicos, numa clara perspectiva de auto-sustentação financeira do sector.

No direito interno de vários Estados-membros verifica-se a generalizada aplicação daquele princípio, favorecida pela introdução de princípios da economia liberal na política dos vários governos europeus.

Em França, o *código geral das colectividades territoriais* prescreve que os orçamentos dos serviços de distribuição e fornecimento de água devem ser equilibrados em receitas e em despesas, ou seja, que o preço da água deve cobrir as despesas de investimento e de funcionamento, incluindo eventualmente as despesas de renovação e modernização do serviço, bem como a remuneração do concessionário quando o serviço é objecto de concessão.

Em Portugal, o *Decreto-Lei n.º 47/94, de 22 de Fevereiro* estabelece o regime económico e financeiro da utilização do domínio público hídrico, sob jurisdição do Instituto da Água. O respectivo preâmbulo é esclarecedor da importância do princípio do utilizador-pagador:

*(...) restaurar a dignidade e a moralidade do conceito público da água, regulando as formas da sua utilização directa ou indirecta e*

*valorizando em sentido económico as suas utilizações, assegurando, em última instância, que o financiamento da política da água decorre da bolsa “consciente” do consumidor.*

*Torna-se igualmente imprescindível atribuir um valor (preço) justo e adequado ao recurso, em função do significado que realmente tem a sua utilização. O presente diploma consagra inequivocamente o princípio de que qualquer utilização do domínio hídrico precisa de ser autorizada e paga (...). Por outro lado, o regime económico e financeiro instituído, que significa a consagração de que todos os usos têm um custo, representa, de facto, a transferência do sistema «contribuinte/obra pública» para um sistema «consumidor-utilizador/investimento», que é mais justo, mais rico e dinâmico.*

*São deste modo consagrados os princípios do utilizador-pagador e do poluidor-pagador, responsabilizando-se os utentes dos recursos hídricos pela sua correcta gestão e utilização.*

No entanto, admite-se que, por motivos sociais, devem existir excepções ao princípio do utilizador-pagador, ou seja, o princípio da universalidade não pode ser subjugado por uma visão meramente economicista da água. A recente *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social em matéria de água, de 23 de Julho de 2001*, expressa exactamente esta particularidade:

*A água não é um bem de consumo como os demais, é uma necessidade fisiológica; para sobreviver é necessário ter acesso à água; é verdadeiramente um bem fundamental. Não se trata de uma mercadoria banal passível de ser submetida à lógica economia-mercado-tecnologia.*

Aliás, a perspectiva económica que tem presidido a muitos processos de privatização do sector da água tem conduzido a situações que acabam por colidir com o cariz universal da água<sup>26</sup>, facto

---

<sup>26</sup> Na Argentina, a privatização do sector da água implicou o aumento das tarifas, facto que gerou grande contestação popular obrigando as multinacionais privadas a rescindirem em 1994 o contrato firmado com as autoridades públicas; na Bolívia, o aumento das tarifas foi igualmente um fracasso e suscitou uma ver-

que reforça o entendimento de que a introdução do *princípio do utilizador-pagador* deve ser feita de maneira progressiva e ao abrigo de períodos de transição durante os quais as subvenções públicas devem ser progressivamente reduzidas.

#### 4.2.2 Princípio da igualdade

O *princípio da igualdade* impõe a proibição de discriminações entre os diversos utentes, limitando severamente o princípio da liberdade contratual que claramente é preterido por força da natureza pública do serviço em causa.

No sector da água, a dimensão material do princípio da igualdade assume uma importância acrescida fundada na dimensão social já salientada que influencia o próprio custo da água, com claro reflexo nos tarifários que tendem a salvaguardar situações especiais de vulnerabilidade económica. De acordo com recentes estudos, cada cidadão deve dispor de 40 litros de água potável por dia, ou seja, 44 metros cúbicos por ano para um agregado de três pessoas. Nos países industrializados, onde em regra existe um número significativo de pessoas em situação de pobreza, os esforços são feitos no sentido de que os primeiros metros cúbicos de água potável sejam distribuídos a um preço “de favor” para promover a saúde pública e evitar a exclusão. Concomitantemente, tenta-se assegurar que essas tarifas preferenciais aplicadas a certos grupos sociais não causem desperdícios nem distorções graves.

Os Profs. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>27</sup> salientam que uma das dimensões essenciais do princípio da igualdade reside na “*obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos*

---

dadeira “guerra da água” na qual se registaram várias mortes; em Montreal, manifestações gigantescas obrigaram as autoridades de Quebeque a congelar o plano de privatização da água da cidade; em Grenoble, o serviço de fornecimento de água foi “remunicipalizado” na sequência de uma gestão privada puramente económica e financeira.

<sup>27</sup> *In Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.ª edição revista, 1993, pág. 127.

*poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural*”.

No âmbito da União Europeia defende-se com grande insistência “a criação de um organismo que vele para que as facturas de água não representem um peso financeiro excessivo e uma limitação demasiadamente importante para as famílias desfavorecidas. As populações com baixos rendimentos não devem ser mais prejudicadas com o aumento das tarifas da água do que os restantes grupos sociais”<sup>28</sup>.

Em Itália, a tarifa subvencionada (*tariffa agevolata*) representa cerca de metade da tarifa básica e atinge 7,5 metros cúbicos/mês. Em Tóquio, os primeiros 10 metros cúbicos/mês são gratuitos e o tarifário é progressivo. Na Bélgica, o executivo flamengo, num quadro de revisão da política de tarifação, concluiu um acordo segundo o qual cada habitante da Flandres (6 milhões de pessoas) beneficia gratuitamente de 15 metros cúbicos de água por ano desde 1997. Em Bruxelas, os consumidores domésticos beneficiam de 100 litros/dia a uma tarifa preferencial.

Em Portugal, vários municípios praticam tarifários progressivos que visam não só penalizar consumos excessivos, mas também garantir um fornecimento mínimo de água a um preço social apto a satisfazer as necessidades básicas dos cidadãos, tendo como preocupação primordial as camadas sociais mais desfavorecidas. A mesma preocupação justifica a existência de tarifários preferenciais para o fornecimento de água a instituições de solidariedade social.

#### 4.2.3 Princípio da continuidade

O princípio da continuidade visa garantir o regular e ininterrupto funcionamento do sistema de abastecimento, admitindo a interrupção temporária apenas em casos fortuitos ou de força maior, podendo verificar-se a suspensão do serviço ao abrigo das regras definidas no artigo 5.º.

Este princípio é reforçado pelo disposto no **Decreto-Lei n.º 207/194, de 6 de Agosto**, que aprova o regime de concepção, instalação

<sup>28</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social em matéria de água, de 23 de Julho de 2001.

e exploração dos sistemas públicos e prediais de distribuição de água e drenagem de águas residuais, que impõe:

ARTIGO 4.º

**3 – Cabe à entidade gestora:**

*f) garantir a continuidade do serviço, excepto por razões de obras programadas, ou em casos fortuitos em que devem ser tomadas medidas imediatas para resolver a situação e, em qualquer caso, com a obrigação de avisar os utentes.*

Também o Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho consagra o princípio da continuidade, atribuindo à entidade pública concedente o poder de fiscalizar a consistência das razões técnicas invocadas pelo concessionário para suspender o fornecimento:

ARTIGO 9.º

**3 – A concessionária obriga-se a fornecer a cada um dos consumidores, mediante contrato, a água necessária ao seu consumo, com ressalva das situações de força maior ou de razões técnicas julgadas atendíveis pelo concedente.**

Algumas legislações europeias acentuam o carácter social da água também neste âmbito. Em França, a *Circulaire du 23 octobre 1997*<sup>29</sup> disciplina a manutenção do acesso ao serviço de água e o artigo 72.º da *lei sobre a prevenção e luta contra as exclusões*, aprovada em 1998, assegura a manutenção do acesso aos serviços públicos essenciais, designadamente a água, electricidade e telefone, adequada a uma existência digna.

Na Bélgica existe a garantia de um fornecimento mínimo de água e electricidade que *não pode ser suprimido relativamente às pessoas que auferem o rendimento mínimo garantido*. O *Décret du 20 décembre 1996* em vigor na região flamenga prevê no artigo 3.º que *“chaque abonné a droit à une fourniture minimale e ininterrompue*

<sup>29</sup> In BO Min. Equip. N.º 1161 – 97/23 de 25 de Dezembro de 1997.

*d`électricité, de gaz et d'eau à des fins d'utilisation ménagère afin de pouvoir mener une vie humaine suivant le niveau de vie en vigueur*"<sup>30</sup>.

Recentemente, o Comité das Regiões propôs a adopção de medidas legislativas no âmbito da União Europeia no sentido de *“desenvolver um serviço de interesse geral de água e saneamento o qual, ao serviço das famílias em situação de pobreza e de precariedade, deveria facultar a todos o acesso à água, à semelhança do que é feito nalguns Estados-Membros”* e *“regularizar (no todo ou em parte) as facturas de água não pagas respeitantes a famílias que não podem temporariamente, e por motivos devidamente justificados, suportar o respectivo pagamento. Deveria ser criado um fundo de solidariedade específico para responder a esta exigência”*<sup>31</sup>.

#### 4.2.3.1 A suspensão do serviço de fornecimento de água

O artigo 5.º da *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho* estipula normas especiais que visam proteger o utente de uma suspensão infundada e inadvertida do serviço. Caso existam *motivos justificados*, o prestador do serviço deve *prevenir* o utente, informando-o da suspensão mediante *pré-aviso adequado*, salvo caso fortuito ou de força maior.

No caso de se tratar de *mora*, o utente deve ser advertido, pela forma *escrita*, com uma antecedência mínima de *oito dias* relativamente à data da suspensão do abastecimento de água, devendo a advertência *justificar* o motivo, *informar* o utente dos meios que dispõe para evitar a suspensão bem como para a retoma do mesmo.

Acresce que o serviço não pode ser suspenso com fundamento na falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo nexos funcional indissociável entre ambos. No domínio da água, é ainda frequente a factura respeitante à água consumida pelo utente conter também o valor referente à recolha do lixo. A falta de pagamento desta taxa não pode fundamentar a suspensão do serviço de fornecimento de água.

<sup>30</sup> Reproduzida por Henri Smets, obra citada, pág. 29.

<sup>31</sup> In Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social em matéria de água, de 23 de Julho de 2001

Por fim, pode questionar-se se numa situação concreta de mora de um utente em situação económica comprovadamente débil, ainda que estejam preenchidos os requisitos legais atrás identificados, pode o prestador do serviço efectivar a suspensão do fornecimento de água? Embora o tecido normativo português não consagre disposições semelhantes às existentes em outros países da União Europeia acima referidos, julgamos que a referência do legislador *a mora que justifique a suspensão* deve impor que a apreciação concreta tenha em consideração o princípio geral da boa-fé e, em especial, o princípio da universalidade e da igualdade na sua dimensão material. Também se admite que, no caso do prestador do serviço ser uma empresa privada, o contrato de concessão preveja este tipo de situações e contenha mecanismos que assegurem a inerente compensação financeira do concessionário por parte da entidade pública concedente.

#### 4.2.3.2 Caução em caso de incumprimento

Até há poucos anos era prática corrente dos prestadores de serviços públicos essenciais a exigência, no momento da celebração do contrato, de prestação de caução para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do fornecimento. Esta prática acabava por consubstanciar uma forma menos clara de financiamento das entidades fornecedoras.

O *Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho* veio consagrar a exigência de prestação de caução *apenas* nas situações de restabelecimento do fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor. Caso a caução seja utilizada para a satisfação de valores em dívida pelo consumidor, o fornecedor não pode exercer o direito de interrupção do fornecimento, ainda que o montante da caução não seja suficiente para a liquidação integral do débito.

#### 4.2.3.3 Prazo de seis meses

A este propósito é ainda pertinente salientar que o legislador consagrou no artigo 10.º da *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho* um prazo de apenas *seis meses* para o prestador *exigir o pagamento* do preço

relativo ao fornecimento da água. O mesmo prazo vigora para o exercício do direito ao recebimento, por parte do fornecedor, da eventual diferença de preço resultante de deficiente facturação.

Esta opção do legislador visa proteger o utente de uma situação de acumulação de dívidas, bem como evitar a inércia do fornecedor que poderia prolongar por tempo inadequado a situação afectando a segurança do consumidor. Acresce que aquele prazo curto facilita qualquer exigência de prova ao utente.

Neste domínio tem sido afluída a questão de saber se o prazo de seis meses fixado no n.º 1 do artigo 10.º impõe ao fornecedor a obrigatoriedade de accionar judicialmente o utente dentro daquele prazo. Embora algumas decisões judiciais apontem nesse sentido, entendemos que o citado preceito legal impõe ao prestador do serviço o dever de facturar o fornecimento e proceder à entrega da respectiva factura ao utente, mas não a exigência judicial do crédito no prazo de seis meses após a prestação do serviço.

#### 4.2.4. Princípio do bom funcionamento

O princípio do bom funcionamento infunde ao prestador do serviço um claro dever de eficiência e de cuidado que garanta a segurança do abastecimento e da própria água. O artigo 7.º da *Lei n.º 23/196, de 26 de Julho* impõe ao prestador do serviço a obediência a elevados padrões de qualidade, aspecto que decorre da lei-quadro de defesa do consumidor que, no artigo 3.º, consagra o direito do consumidor à “*qualidade dos bens e serviços*” e à “*protecção da saúde e da segurança física*”.

No domínio específico da água, constata-se uma manifesta preocupação do legislador em fixar parâmetros de qualidade e mecanismos rigorosos de vigilância e fiscalização. Desde logo, o *Decreto-Lei n.º 207/94, de 6 de Agosto* impõe:

#### ARTIGO 4.º

##### 3 – “*Cabe à entidade gestora:*”

e) *“garantir que a água distribuída para consumo doméstico, em qualquer momento, possua as características que a definam como água potável, tal como são fixadas na legislação em vigor.”*

A Directiva 98/83/CE do Conselho, de 3 de Novembro de 1998, relativa à *qualidade da água destinada ao consumo humano*, acentua a importância da qualidade da água:

*Considerando a importância para a saúde a água destinada ao consumo humano, é necessário enumerar as normas de qualidade essenciais, a nível comunitário, a que deve estar sujeita essa água;*

*Considerando que os valores paramétricos se baseiam nos actuais conhecimentos científicos e no princípio da acção preventiva; que esses valores foram seleccionados para garantir que a água destinada ao consumo humano possa ser consumida com segurança durante toda a vida do consumidor, concorrendo assim para um elevado nível de protecção da saúde.*

O artigo 5.º da Directiva define as normas de qualidade e o artigo 6.º, relativo aos limiares de conformidade, consagra a aferição da qualidade *“no caso da água fornecida a partir de uma rede de distribuição, no ponto em que, no interior de uma instalação ou estabelecimento, sai das torneiras normalmente utilizadas para consumo humano.”* O artigo 7.º estipula a propósito do controlo da água:

*Os Estados-membros tomarão todas as medidas necessárias para garantir a realização de um controlo regular da qualidade da água destinada ao consumo humano, a fim de verificar se a água posta à disposição dos consumidores preenche os requisitos da presente directiva, em especial os valores paramétricos fixados nos termos do artigo 5.º. Devem ser recolhidas amostras representativas da qualidade fornecida durante todo o ano.*

Aquela Directiva foi recentemente transposta para o direito interno através do *Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro*. O respectivo texto revela o mesmo objectivo do legislador comunitário:

ARTIGO 1.º  
*Objectivo*

*O presente diploma regula a **qualidade da água destinada ao consumo humano** e tem por objectivo proteger a saúde humana dos efeitos nocivos resultantes de qualquer contaminação da água destinada ao consumo humano, assegurando a sua salubridade e limpeza.*

No essencial, este diploma nacional incorpora o normativo comunitário, acentuando a responsabilidade do prestador do serviço em assegurar a verificação de conformidade da água fornecida com os valores paramétricos fixados legalmente e a estreita colaboração com as autoridades de saúde pública.

**4.3 Dever de informação**

O n.º 1 do artigo 4.º da *Lei n.º 23/96, de 23 de Julho* impõe ao prestador do serviço o *dever de informação* das condições em que o serviço de fornecimento de água é realizado e a prestação de todos os esclarecimentos que se justifiquem de acordo com as circunstâncias.

O dever de informar, em matéria de fornecimento de água, é um aspecto decisivo para a tutela dos direitos do consumidor. A legislação comunitária e nacional sobre a água atribui uma extrema relevância a este aspecto.

Já na *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 21.02.1996 sobre a Política da Comunidade Europeia no domínio das águas*, se afirmava que um dos pilares fundamentais desta política funda-se na transparência e na participação do público:

*Não existem quaisquer justificações para manter secretas as informações relativas ao estado do ambiente ou tornar o acesso a estas informações difícil ou excessivamente dispendioso. O público em geral deverá ter o direito de conhecer os resultados do controlo do ambiente e que estes lhe sejam apresentados de um modo compreensível. Deverá ter o direito de ser informado, em tempo útil, acerca das políticas adoptadas para proteger o ambiente e poder participar de uma forma esclarecida no processo de tomada de decisões. Este direito de acesso aplica-se igualmente às indústrias afecta-*

*das pela regulamentação e às partes interessadas que representam associações de protecção do ambiente ou defesa dos consumidores.*

*A Directiva 98/83/CE do Conselho, de 3 de Novembro de 1998, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano, refere no respectivo preâmbulo que “os consumidores deverão ser devidamente informados da qualidade da água destinada ao consumo humano, de quaisquer derrogações feitas pelos Estados-membros e de qualquer medida de correcção adoptada pelas autoridades competentes; que, além disso, é necessário tomar em consideração as necessidades técnicas e estatísticas da Comissão, bem como os direitos de cada cidadão obter as informações adequadas sobre a qualidade da água destinada ao consumo humano”*

Os artigos 6.º e 8.º contêm várias disposições que impõem ao prestador do serviço de fornecimento de água o dever de informar os consumidores, nomeadamente em situações de perturbação do fornecimento. Outros preceitos também consagram medidas de acesso do consumidor à informação em matéria de água, destacando-se o seguinte:

#### ARTIGO 13.º

*1 – Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que os consumidores tenham acesso a informações adequadas e actualizadas sobre a qualidade da água destinada ao consumo humano.*

*2 – (...) os Estados-membros publicarão um relatório trienal sobre a qualidade da água destinada ao consumo humano com o objectivo de informar os consumidores.*

*3 – ...*

*4 – ...*

*5 – A Comissão analisará os relatórios dos Estados-membros e publicará, de três em três anos, um relatório de síntese sobre a qualidade da água destinada ao consumo humano na Comunidade.*

Também a *Directiva 2000/60/CE* consagra o dever de informação num âmbito que extravasa o próprio contrato de fornecimento de água, pois é conferida ao utente a oportunidade de ser informado

sobre os próprios planos gerais de gestão da água, conforme consta do respectivo preâmbulo:

*O êxito da presente directiva depende da estreita cooperação e de uma acção coerente a nível comunitário, a nível dos Estados-membros e a nível local, bem como da informação, consulta e participação do público, inclusivamente dos utentes;*

*Para garantir a participação do público em geral, inclusivamente dos utilizadores das águas, na elaboração e actualização dos planos de gestão de bacias hidrográficas, é necessário fornecer informações adequadas acerca das medidas previstas e do progresso alcançado na sua execução, por forma a permitir a participação do público em geral antes da adopção das decisões finais relativas às medidas necessárias.*

No direito interno, merece especial referência o dever consagrado no *Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro*<sup>32</sup>, segundo o qual o prestador do serviço deve **publicitar** com regularidade trimestral as análises da água distribuída, publicitação que não tem paralelo no direito nacional relativamente a outros bens de consumo:

#### ARTIGO 8.º

##### *Garantia de qualidade*

*1 – A fim de garantir a qualidade da água distribuída (...) constituem obrigações da entidade gestora:*

*h) **Publicitar, trimestralmente**, no caso de água fornecida a partir de uma rede de distribuição, **por meio de editais afixados nos lugares próprios ou por publicação na imprensa regional**, os resultados obtidos nas análises de demonstração de conformidade, acompanhados de elementos informativos que permitam avaliar do grau de cumprimento das normas de qualidade.*

Este dever de publicidade já consta do acervo legal nacional desde a aprovação do *Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto*. No

---

<sup>32</sup> Este diploma entra em vigor, na sua generalidade, em 25 de Dezembro de 2003.

entanto, constata-se que a esmagadora maioria das entidades responsáveis pelo serviço de fornecimento de água não cumpre este dever indispensável à informação do consumidor. Porém, a partir da data da entrada em vigor do *Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro*, o não cumprimento do dever de publicidade constitui contra-ordenação punível com elevadas coimas, em especial quando se trate de pessoas colectivas, aspecto que se prevê contribuirá para o reforço da protecção dos direitos dos consumidores.

#### 4.3.1 Facturação detalhada

O direito do utente à informação também está presente no artigo 9.º da *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho*. Este preceito estabelece regras importantes de informação e de esclarecimento dos utentes relativamente aos valores incluídos nas *facturas* dos serviços públicos essenciais.

Embora no domínio do serviço de fornecimento de água não se suscitem questões como no serviço telefónico – domínio em que o *direito à privacidade* assume particular relevância como resulta do artigo 9.º, n.º 2 e do *Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro* –, a verdade é que apenas a facturação detalhada permite ao utente verificar a regularidade da aplicação dos *tarifários progressivos da água*. Ou seja, atendendo a que o utente paga os metros cúbicos de água consumidos em função de vários escalões que penalizam progressivamente consumos mais elevados, a facturação detalhada possibilita ao utente a verificação concreta da aplicação correcta do tarifário por parte do prestador do serviço.

Neste domínio, o *Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de Junho*, que regulamenta o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais, consagra um preceito com particular relevância:

#### ARTIGO 9.º

4 – A água fornecida será medida por instrumento idóneo e facturada com uma periodicidade mensal, com base numa leitura realizada pelos funcionários da concessionária ou numa estimativa de consumo médio mensal.

O artigo 6.º da *Lei n.º 23/96, de 26 de Julho* consagra o direito a quitação parcial, ou seja, o direito do utente a proceder ao pagamento do serviço público, ainda que facturado conjuntamente com outros, salvo se forem funcionalmente indissociáveis. Neste caso, o prestador do serviço não pode recusar o pagamento da água consumida, ainda que, por exemplo, o valor referente à recolha do lixo tenha sido facturado conjuntamente com o serviço de fornecimento de água. Caso diferente será o da *taxa de saneamento* que parece ter um nexó funcional com o consumo da água, como resulta da Portaria n.º 399/85, de 28 de Junho:

*A implementação de tarifas de saneamento pressupõe geralmente uma relação de complementaridade, mais ou menos intensa, entre os mecanismos próprios da aplicação tarifária e as estruturas e circuitos específicos dos serviços de distribuição domiciliária de água (...).*

*1.º A EPAL – Empresa Pública das Águas Livres é autorizada a cobrar conjuntamente com os consumos de água da sua zona de distribuição a tarifa de saneamento fixada pela Câmara Municipal de Lisboa ...*

Por fim salienta-se o artigo 8.º da citada lei que proíbe a imposição e a cobrança de consumos mínimos. Este preceito legal não proíbe as entidades fornecedoras de cobrarem um valor referente ao *aluguer do contador* de água.

## 5. Conclusão final

A envolvente social e económica inerente à celebração dos contratos de fornecimento de água determina um enquadramento legal particularmente exigente que visa assegurar a defesa dos direitos e interesses do consumidor. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e os mecanismos legais de protecção do utente dos serviços públicos essenciais são complementados, no sector do fornecimento de água, por um normativo legal avulso que concretiza e reforça a posição jurídica da parte mais débil da relação de consumo.

Porém, tal como em vários outros domínios, torna-se necessário implementar em concreto vários dos meios consagrados pelo legislador, sob pena de se verificar uma protecção insuficiente do consumidor. Também se constata que um enquadramento legal unitário e coerente permitiria uma tutela mais completa e eficaz do utente do serviço de fornecimento de água.

### Bibliografia

- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, Dezembro 1986;
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 219, Madrid, 1996;
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, Coimbra, 2000
- GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.ª edição revista, 1993;
- PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1987;
- JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *As Águas no Código Civil*, Almedina Coimbra, 1985;
- MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual do Direito de Águas*, Volumes I e II, 2.ª edição revista e ampliada, Coimbra Editora, 1999;
- MÁRIO TAVARELA LOBO, *Águas – Titularidade do Domínio Hídrico*, Coimbra Editora, 1985;
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, 1989;
- PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina Coimbra, 1999.

SANDRINA LAURENTINO, *Os destinatários da legislação do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000

HENRI SMETS, *O princípio do utilizador-pagador para a gestão durável dos recursos naturais*, *Anuário de Direito do Ambiente*, Ambiforum, 1998.

**Endereços consultados na *Internet*:**

- [www.drcm.pt](http://www.drcm.pt)
- [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- [www.mj.gov.pt](http://www.mj.gov.pt)
- [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)
- [www.oieau.fr](http://www.oieau.fr)

## Legislação



**LEGISLAÇÃO RELEVANTE  
NA ÁREA DO DIREITO DO CONSUMIDOR  
2001-2002 \***

*Instituto do Consumidor*

**– Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001, de 21 de Fevereiro**

Esta Resolução do Conselho de Ministros vem designar o Instituto do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, como centro de coordenação funcionando como ponto de contacto nacional, no âmbito da Rede Europeia de Organismos Nacionais de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo.

Tendo em conta o aumento das situações de conflito transnacionais entre prestadores de bens e fornecedores de serviços e consumidores, caracterizados por um valor económico reduzido, quando comparado com o custo do acesso à justiça tradicional, e por uma dificuldade acrescida de resolução em virtude da distância física e jurídica que separa os litigantes, procura-se uma solução extrajudicial para esses mesmos conflitos. Para isso incumbe-se o Instituto do Consumidor e a Direcção Geral da Administração Extrajudicial de desenvolverem as diligências necessárias à participação de Portugal na rede europeia de organismos nacionais de resolução extrajudicial de conflitos do consumo.

A Resolução vem ainda determinar as funções que são cometidas, nesta matéria, a cada um dos organismos referidos.

---

\* Recolha elaborada por Mafalda M. Barbosa, Assistente-Estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

### ***Responsabilidade do Produtor***

#### **– Decreto-lei n.º 131/2001, de 24 de Abril**

Procede à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 1999/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, alterando o decreto-lei n.º383/89, de 6.11.

Visa-se alargar o princípio da responsabilidade objectiva a todos os tipos de produtos, incluindo os produtos agrícolas, designadamente às matérias-primas agrícolas e aos produtos da caça. Nesta medida, o produtor ou o importador destes produtos constitui-se na obrigação geral de indemnizar independentemente de culpa, circunstância que contribui para aumentar o nível de protecção dos consumidores e restaurar a confiança destes últimos na segurança da protecção agrícola, encorajando os produtores e os importadores a respeitar escrupulosamente as normas e medidas de protecção aplicáveis e a adoptar uma atitude responsável no que respeita à segurança das matérias-primas agrícolas.

### ***Contratos celebrados à distância***

#### **– Decreto-lei n.º143/2001, de 26 de Abril**

O decreto-lei n.º143/2001, de 26.4, procede à transposição para o ordenamento jurídico interno da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.5, relativa à protecção do consumidor em matéria de contratos celebrados à distância, regulando ainda os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais e esporádicas, ao mesmo tempo que estabelece modalidades proibidas de venda de bens ou prestação de serviços, revogando o anterior decreto-lei n.º 272/87, de 3.7.

As principais inovações relativamente ao diploma revogado prendem-se com a necessidade de se conformar o direito interno ao direito comunitário em determinados aspectos específicos, não sendo grandes as alterações em relação ao quadro legislativo anteriormente em vigor.

### ***Qualidade da água***

#### **– Decreto-lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro**

Aprova normas relativas à qualidade da água destinada ao consumo humano transpondo para o direito interno a Directiva 98/83/CE, do Conselho, de 3 de Novembro, relativa à qualidade da água destinada ao consumo humano, numa perspectiva de reforço da protecção à saúde dos consumidores

### ***Informação relativa a combustíveis***

#### **– Decreto-lei n.º 304/2001, de 26 de Novembro**

Estabelece um sistema de informação ao consumidor sobre combustíveis, transpondo para o ordenamento jurídico interno a Directiva 1999/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13.12.

### ***Cláusulas Contratuais Gerais***

#### **– Decreto-lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro**

Vem introduzir alterações ao diploma que regula os contratos de adesão, no que diz respeito ao valor da acção inibitória e da sanção pecuniária compulsória, passando a referir-se tais valores em euros.

### ***Direito Real de Habitação Periódica***

#### **– Decreto-lei n.º 22/2002, de 31 de Janeiro**

Vem alterar o regime jurídico do direito de habitação periódica, regulado pelo decreto-lei n.º 275/93, de 5.8, como consequência do parecer da Comissão Europeia, que considerava que a directiva comunitária sobre a matéria não tinha sido transposta na íntegra para o ordenamento jurídico interno.

As principais alterações registam-se em matéria dos requisitos de constituição do direito real de habitação periódica, de informação que deve ser prestada ao adquirente do direito, dos contratos-promessa de transmissão do direito e do exercício do direito de resolução.

Também o regime dos direitos de habitação periódica que não sejam direitos reais sofre alterações, em especial no que diz respeito aos requisitos de constituição dos mesmos, à sua duração e aos contratos de transmissão desses mesmos direitos.

O decreto-lei aproveita ainda para introduzir modificações nos montantes das coimas aplicáveis quando se infrinja alguma das obrigações que o diploma consagra, surgindo os referidos valores já expressos em euros.

### ***Informação relativa aos produtos da pesca e agricultura***

#### **– Decreto-lei n.º134/2002, de 14 de Maio**

Estabelece o sistema de rastreabilidade e de controlo das exigências de informação ao consumidor a que está sujeita a venda a retalho dos produtos da pesca e da agricultura, comercializados no território nacional, independentemente da sua origem e mesmo que preembalados, estabelecendo igualmente as sanções a aplicar no caso de violação das regras que consagra.

### ***Rotulagem e Publicidade***

#### **– Decreto-lei n.º 183/2002, de 20 de Agosto**

Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2001/101/CE, da Comissão, de 26 de Novembro, e altera o decreto-lei n.º 560/99, de 18 de Dezembro, relativo à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor final.

### ***Direito à qualidade alimentar e à saúde***

#### **– Decreto-lei n.º 247/2002, de 8 de Novembro**

Transpõe as Directivas 2000/77/CE e 2001/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, respectivamente de 14 de Dezembro e de 23 de Julho, que fixam os princípios relativos à organização dos controlos no domínio da alimentação animal, e altera o Decreto-lei n.º 245/99, de 15 de Junho, numa perspectiva de reforço do direito consumidores à qualidade alimentar e à saúde.

## Jurisprudência



# JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR \*

2002

## *Cláusulas contratuais gerais*

### **1. Acórdão de 5.2.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

O regime das cláusulas contratuais gerais visa tutelar fundamentalmente aquele que negocia com o proponente; porém, nada obsta à sua aplicação a outros co-responsáveis. Sendo o fiador um terceiro que garante o cumprimento da obrigação a cargo do contraente principal, impõe-se a extensão, relativamente a ele, do ónus de comunicação e de informação que recai sobre o credor, nos termos do artigo 5.º DL n.º446/85, de 25.10, já que as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo I – 2002, pág. 98*

### **2. Acórdão de 14.2.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

É válida, não violando a al. f) do artigo 21.º Decreto-lei n.º446/85, de 25.10, a cláusula das condições gerais de utilização dos cartões caixa automática/multibanco **electron** e eurocheque de débito, segundo a qual, provando o titular o extravio, furto, roubo ou falsificação do

---

\* Recolha elaborada por Mafalda M. Barbosa, Assistente-Estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

cartão, correm por sua conta os prejuízos sofridos em virtude da utilização abusiva do cartão no período anterior à comunicação até ao montante correspondente ao contravalor em escudos de 150 ECU's por ocorrência, e também a cláusula segundo a qual “os prejuízos sofridos pelo titular (particular ou empresa) no período subsequente à notificação da perda, extravio, furto ou roubo, serão integralmente da responsabilidade do Banco, excepto nos seguintes casos: demora excessiva na notificação da perda, extravio, furto ou roubo, por parte do titular (particular ou empresa)”

É válida, não violando a al. d) do artigo 19.º Decreto-lei n.º446/85, de 25.10, a cláusula que estabelece que “o Banco poderá proceder à alteração das presentes condições gerais, comunicando por escrito as cláusulas alteradas e o teor da alteração. O titular poderá proceder à rescisão do contrato no prazo de 15 dias após o envio da comunicação pelo Banco. A rescisão deverá ser comunicada ao Banco por escrito e acompanhada da devolução do cartão. A rescisão só se considera eficaz após recepção do cartão pelo Banco. Decorrido o prazo referido sem que o titular tenha procedido à rescisão do contrato, as alterações propostas consideram-se aceites, valendo o silêncio do titular como aceitação”

*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Tomo I, 2002, pág. 98*

### **3. Acórdão de 19.2.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

A recomendação 88/590 da Comissão Europeia concluiu que pelos prejuízos resultantes da subtração do cartão de crédito e/ou débito até ao momento da sua comunicação à respectiva instituição bancária não poderá exceder o montante de 150 ECU no que toca à responsabilização do titular do cartão, a menos que tenha havido negligência grosseira ou fraude. Todavia, a Lei Portuguesa não impõe aquele limite de 150 ECUs, nem as recomendações da Comissão Europeia têm carácter vinculativo, pelo que o Tribunal da Relação de Lisboa considera que não constitui qualquer violação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais o facto de um contrato de adesão incluir uma cláusula que exceda aquele limite.

*Recolhido de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*

#### **4. Acórdão de 19.3.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

O artigo 809.º CC estabelece a disciplina de exclusão da responsabilidade do devedor, tanto por actos próprios, como por actos de auxiliares dependentes (*rectius*, dos seus agentes); o artigo 800.º, n.º 2 do mesmo diploma abrange auxiliares autónomos, isto é, actos de terceiros, pelos quais o devedor seria responsável, nos termos do n.º 1, se não existir cláusula de irresponsabilidade. No primeiro caso, a cláusula não será válida havendo dolo ou culpa grave do devedor ou dos seus agentes, mas a sua validade não é prejudicada no segundo caso pelo dolo ou culpa grave dos auxiliares do devedor, desde que haja acordo prévio do devedor.

No contrato concretamente analisado pelo Supremo, o regime das cláusulas contratuais gerais não se aplica, dado tratar-se de um contrato de mandato, celebrado com ampla liberdade de estipulação.

*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Tomo I, 2002, pág. 135*

#### **5. Acórdão de 7.5.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

Considera-se nula porque desproporcional, nos termos da alínea c), do artigo n.º19 do Decreto Lei n.º446/85, de 25 de Outubro, a cláusula penal geral fixada num contrato de aluguer de veículo sem condutor, de longa duração, que confere ao locador, em caso de incumprimento do contrato pelo locatário, o direito de poder rescindir aquele e exigir uma indemnização pelos lucros cessantes, logo fixada naquele contrato, correspondente ao valor da caução prestada – que foi de 2.2267.904\$00 – acrescido do montante equivalente ao dos preços de aluguer que se venceriam desde a data da rescisão até à efectiva restituição do veículo.

Recolhido em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

#### **6. Acórdão de 27.6.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

Chamado a pronunciar-se sobre o incumprimento de um contrato de compra e venda de um automóvel a prestações, o Supremo Tribunal

de Justiça é confrontado pela declaração do réu de que a cláusula número sete a que aderira é nula por inserir uma pena desproporcionada aos danos a ressarcir, sendo certo que o contrato em causa é um contrato de adesão. No entanto, a questão concretamente decidida pelo Supremo afasta-se do problema de uma eventual nulidade das cláusulas do contrato, não sendo por isso possível determinar qual a posição adoptada por este Tribunal a propósito desta questão concreta.

*Recolhido em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*

### **7. Acórdão de 27.6.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

A al. c) do artigo 19.º do DL n.º446/85, de 25.10, quando se refere às cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir também abrange as cláusulas de agravamento da responsabilidade.

O juízo sobre a desproporção destas cláusulas deve ser efectuado sem atender às especificidades do caso concreto, ponderando-se apenas o conjunto do quadro negocial padronizado no âmbito do ramo ou sector de actividade em que se inserem.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo III, 2002, pág. 123*

### **8. Acórdão de 4.7.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

A cláusula penal estabelecida num contrato de seguro que permite à seguradora, quando a resolução seja da iniciativa do segurado, reter 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido é desproporcional aos danos a ressarcir, sendo, por isso, nula.

*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Tomo II, 2002, pág. 149*

### **9. Acórdão de 16.09.2002 do Tribunal da Relação do Porto**

Caracterizando-se as cláusulas contratuais gerais por serem prévia, rígida e unilateralmente elaboradas para serem integradas em contratos celebrados com um número indeterminado de clientes, o Tribunal da

Relação do Porto entendeu que um contrato de arrendamento impresso não contém cláusulas contratuais gerais, na medida em que as partes tiveram de negociar o objecto arrendado, a renda, o local do pagamento, o prazo.

*Recolhido em [www.dsgi.pt](http://www.dsgi.pt)*

### ***Direito Real de Habitação Periódica***

#### **1. Acórdão de 19.2.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

Considera o Tribunal da Relação de Lisboa que o direito à resolução do contrato de alienação do direito real de habitação periódica está sujeito a prazos distintos conforme haja ou não contrato-promessa. Na verdade, nos termos do n.º3 do artigo 11.º do DL n.º275/93, de 5 de Agosto, no espaço do certificado imediatamente anterior ao destinado à assinatura constará a menção de que o adquirente tem direito a resolver o contrato, no prazo de 14 dias a contar da data em que lhe for entregue o certificado predial, salvo se a aquisição tiver sido precedida de contrato-promessa.

Nos termos do n.º1 al. e) do art.º18.º do mesmo diploma legal, nos contratos-promessa deve constar a indicação expressa de que o promitente adquirente tem o direito de resolver o contrato no prazo de 14 dias a contar da data da assinatura deste.

O n.º1 do artigo 19.º estabelece que nos contratos-promessa o promitente adquirente goza do direito de resolução após a sua assinatura, nos termos do disposto no artigo 16.º. Portanto, existem prazos diferentes para a resolução do contrato de alienação do direito real de habitação periódica, conforme, sejam ou não precedidos de contrato-promessa.

*Recolhido em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*

#### **2. Acórdão de 28.5.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

A propósito de contratos promessas de aquisição de direitos reais de habitação periódica o Supremo Tribunal de Justiça vem considerar

válidos os contratos celebrados por documento particular, desde que deles constem os elementos a que se refere o artigo 30.º do Decreto-lei n.º130/89, de 18 de Abril.

*Recolhido em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*

### ***Viagens Organizadas***

#### **1. Acórdão de 25.2.2002 do Tribunal da Relação do Porto**

As empresas organizadoras de viagens de turismo têm o dever de prestar assistência aos seus clientes e de minorar os incómodos sofridos pelos mesmos, que sejam ocasionados pelo atraso do seu embarque aéreo, ainda que tal contratempo não seja da sua responsabilidade.

As agências de viagem subcontratadas por aquelas empresas organizadoras de viagens de turismo apenas têm a obrigação de assegurar a realidade da existência dessa viagem, não lhes cabendo nenhum dever de prestar assistência a qualquer percalço que entretanto venha a ocorrer no decurso dessa viagem.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo I, 2002, pág. 216*

### ***Serviços Telefónicos***

#### **1. Acórdão 9.4.2002 do Supremo Tribunal de Justiça**

Os contratos celebrados para a prestação de Serviço Fixo de Telefone estão sujeitos a uma regulamentação própria, através da qual se pretende salvaguardar, para além dos interesses privatísticos dos contraentes (operadores de telecomunicações e assinantes), o interesse do Estado em assegurar a existência de uma serviço público de telecomunicações, que ultimamente tem passado por uma acentuada protecção dos direitos dos consumidores.

A partir de 18.10.97, com a entrada em vigor do RESFT, publicado pelo DL n.º 240/97, de 18.9, o qual se aplica aos contratos celebrados

anteriormente àquela data, o acesso ao Serviço de Valor Acrescentado, só pode ter lugar se nesse contrato ficar expressa essa precisa vontade por parte do respectivo assinante.

Não estando demonstrado que esse assinante tenha pretendido, para além do serviço fixo de telefone, igualmente aceder ao Serviço de Valor Acrescentado, não pode o operador de telecomunicações vir a exigir-lhe o pagamento de um serviço que o mesmo não contratou.

*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Tomo II, 2002, pág. 13*

## **2. Acórdão de 22.5.2002 do Tribunal da Relação de Coimbra**

O acesso aos serviços de telecomunicações de valor acrescentado pelos assinantes do serviço fixo de telefone tem de ser objecto de acordo expresso entre o assinante e o prestador do serviço.

Por conseguinte, não podia, nem pode ser exigido pelo operador ao assinante do posto fixo de telefone o pagamento relativo a chamadas de valor acrescentado ou de audiotexto, no caso deste não ter contratado esses serviços.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo III, 2002, pág. 19*

## ***Garantias nas vendas de bens de consumo***

### **1. Acórdão de 23.5.2002 do Tribunal da Relação de Lisboa**

O comprador de veículo usado tem sempre direito, imperativamente, à garantia, durante um ano, do bom estado e bom funcionamento do veículo, sendo que, aquele, conjuntamente com o vendedor, pode estabelecer um regime mais favorável, embora não possam restringir o limite imposto por lei ou afastá-lo.

Assim, o consumidor a quem tenha sido vendido um veículo automóvel usado defeituoso pode sempre exigir a redução do preço ou até a resolução do contrato independentemente de culpa do devedor, salvo se este o houver informado previamente, antes da celebração do contrato.

A idade do veículo não poderá constituir um óbice à operância das exigências técnicas para a venda a não ser que os eventuais defeitos dela decorrentes tenham sido previamente assinalados.

Mesmo que a reparação do veículo seja eventualmente superior ao seu custo, o vendedor tem que suportá-la, pois é sobre o vendedor que impende uma especial obrigação de verificar a qualidade dos bens vendidos de forma a não frustrar as expectativas de quem os adquire.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo III, 2002, pág. 85*

### ***Direito Penal do Consumo***

#### **1. Acórdão de 29.5.2002 do Tribunal da Relação do Porto**

Embora o interesse protegido nos crimes de fraude sobre mercadorias do artigo 23 n.1 alínea a) do Decreto-Lei n.28/84, de 20 de Janeiro, e de contrafacção do artigo 264 n.2 do Decreto-Lei n.16/95, de 20 de Dezembro, seja a defesa do património, neste último crime protege-se directamente quem fez o registo da marca, enquanto que no primeiro protege-se de forma directa o consumidor e só indirectamente a pessoa que fez o registo da marca (apenas e na medida em que a contrafacção é elemento constitutivo essencial desse tipo legal de crime).

*Recolhido em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*

### ***Crédito ao consumo***

#### **1. Acórdão de 4.6.2002 do Tribunal da Relação do Porto**

O contrato de crédito ao consumo é o contrato por meio do qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante.

Neste contrato, o consumidor adquire bens, por certo preço, num determinado estabelecimento e o credor (entidade financiadora) paga o

respectivo preço a esse estabelecimento, sendo, depois, reembolsado pelo consumidor nas condições acordadas.

Neste contrato, o consumidor, ao subscrevê-lo, manifesta a sua intenção de beneficiar da concessão do crédito, o que significa a sua adesão ao contrato.

*Colectânea de Jurisprudência – Tomo III, 2002, pág. 191*



## ÍNDICE

Apresentação .....	3
<b>O CDC – Centro de Direito de Consumo .....</b>	<b>5</b>
<b>Sessão de Abertura do 4.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo .....</b>	<b>15</b>
Discurso na sessão de abertura do 4.º curso de direito do consumo Ano Lectivo 2001/2002 <i>António Pinto Monteiro</i> .....	17
A defesa do consumidor e o arrendamento urbano <i>Jorge Alberto Aragão Seia</i> .....	21
<b>Sessão de Abertura do 5.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo .....</b>	<b>43</b>
Discurso na sessão de abertura do 5.º curso de pós-graduação em direito do consumidor ano lectivo 2002/2003 <i>António Pinto Monteiro</i> .....	45
Uma reflexão sobre o direito do consumo <i>José Miguel Júdice</i> .....	49
<b>Doutrina .....</b>	<b>57</b>
Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor <i>Enrique Rubio Torrano</i> .....	59
Os julgados de paz e os litígios de consumo <i>J. O. Cardona Ferreira</i> .....	79

O direito da concorrência na distribuição e as autoridades da Concorrência <i>José Anselmo Dias Rodrigues</i> .....	89
As funções da marca e os descritores ( <i>Metatags</i> ) na Internet <i>J. Oliveira Ascensão</i> .....	99
Sobre o direito do consumidor em Portugal <i>António Pinto Monteiro</i> .....	121
O princípio da transparência no Direito Europeu dos contratos <i>Joaquim de Sousa Ribeiro</i> .....	137
Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação? <i>Miguel Pupo Correia</i> .....	165
Os ficheiros de crédito e a protecção de dados pessoais <i>Catarina Sarmento e Castro</i> .....	181
Lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores através da Internet e Tribunal competente <i>Elsa Dias Oliveira</i> .....	219
<b>Trabalhos de Estudantes do Curso</b> .....	241
Contratos de venda ao domicílio <i>António Gama Ramos</i> .....	243
As cláusulas contratuais gerais <i>Sara Luísa Branco Dantas</i> .....	273
O contrato de fornecimento de Água <i>António Costa</i> .....	317
<b>Legislação</b> .....	357
Legislação relevante na área do direito do consumidor 2001-2002	359
<b>Jurisprudência</b> .....	363
Jurisprudência relevante em matéria de direito do consumidor	365