

## **A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais**

*Consumer protection between standard form contracts and unfair commercial practices*

**Teresa Moura dos Santos**

Mestre em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Julho de 2015

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo consiste em propor uma ligação entre as disposições da Diretiva 93/13/CEE – Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores –, e as da Diretiva 2005/29/CE – Diretiva relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores –, e averiguar, por conseguinte, quais as consequências dessa coordenação ao nível do direito interno português. Pretende-se, assim, avaliar as circunstâncias concretas em que a utilização de uma cláusula contratual geral, incluída num contrato de adesão, se configura como uma prática comercial desleal.

Para o efeito, começa-se por abordar o fenómeno da contratação em massa – suas características e problemáticas –, e das práticas comerciais desleais, indicando-se quais os diplomas que tutelam o consumidor, neste âmbito.

Num segundo momento, qualifica-se o uso de cláusulas contratuais gerais, presentes em contratos de adesão, como uma prática comercial.

De seguida, é sustentado que o uso de cláusulas contratuais gerais abusivas, no sentido da Diretiva 93/13/CEE, implica, frequentemente, os elementos constitutivos de uma prática comercial desleal business-to-consumer, para efeitos da Diretiva 2005/29/CE, nomeadamente uma ação enganosa, uma vez que tal equivalerá ao fornecimento de informação falsa e é capaz de distorcer o comportamento económico do consumidor médio no que diz respeito quer à decisão de contratar, quer durante a execução do negócio jurídico, em relação aos direitos e obrigações emergentes do mesmo, uma vez que no texto contratual se encontram cláusulas abusivas que são, por conseguinte, não vinculativas para o consumidor. Ademais, é defendido que a utilização, pelos profissionais, de cláusulas contratuais gerais não transparentes é proibida, de acordo com a Diretiva 93/13/CEE, e nos casos em que a falta de transparência recai sobre informações substanciais (definidas pela Diretiva 2005/29/CE), tal prática deve ser considerada uma prática comercial desleal, mais concretamente uma omissão enganosa. Salienta-se a análise do Acórdão Pereniková e Perenic, pioneiro na conexão entre as diretivas.

Por fim, demonstra-se que não existe qualquer conflito entre as disposições da Diretiva 93/13/CEE e as disposições da Diretiva 2005/29/CE. Conclui-se, advogando que os tribunais portugueses devem garantir uma aplicação complementar dos diplomas que realizaram a transposição das diretivas em causa (o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março) sempre que o uso de uma cláusula contratual geral, inserida num contrato de adesão, se configure como uma prática comercial desleal.

**PALAVRAS-CHAVE:** cláusulas contratuais gerais; contratos de adesão; práticas comerciais desleais; ação enganosa; omissão enganosa.

**ABSTRACT:** The purpose of the present study is to propose a connection between the provisions of Directive 93/13/EEC – Unfair Terms in Consumer Contracts Directive –, and

those of the Directive 2005/29/EC – Unfair Commercial Practices Directive –, and ascertain, consequently, which consequences result from that coordination for the Portuguese national law. It is intended, therefore, to assess the concrete circumstances in which the use of standard contract terms, inserted in standard form contracts, entails the constitutive elements of an unfair commercial practice.

For that purpose, firstly it is approached the phenomenon of massification of the standard form contracts – its characteristics and problematics –, and also the unfair commercial practices, indicating the legal regimes which protect the consumer in these matters.

Secondly, the use of standard contract terms is qualified as a commercial practice.

Then, it is herein argued that the use of unfair terms, in the sense of the Directive 93/13/EEC, will normally entail the constitutive elements of an unfair business-to-consumer commercial practice, for the purposes of the Directive 2005/29/EC, namely a misleading action, since it will usually be equivalent to the supply of false information and be capable of misleading the economic behavior of the average consumer concerning both the decision to enter into a contract and during the performance of the contract as to the parties' rights and obligations arising under the contract, since it contains terms which are legally non-binding on the consumer. Moreover, it is observed that the use, by professionals, of terms which are not drafted in plain, intelligible language (non-transparent terms) is prohibited, pursuant to the Unfair Contract Terms Directive, and in those cases entailing a lack of transparency about material information (as defined by the Unfair Commercial Practices Directive), the relevant practice shall be construed as an unfair commercial practice, namely a misleading omission. It is also made the analysis of the judgement of the European Court of Justice on the case Pereniková and Perenic, pioneer in the connection between the directives.

Finally, it is demonstrated that no conflict exists between the provisions of the Unfair Contract Terms Directive and the provisions of the Unfair Commercial Practices Directive. Therefore, it is advocated that the Portuguese courts must guarantee a complementary application of the legal instruments which implemented the mentioned directives (the Decreto-Lei n.º 446/85, of October 25th, and the Decreto-Lei n.º 57/2008, of March 26th) whenever the use of a contract term is also considered an unfair commercial practice.

**KEY WORDS:** standard contract terms; standard form contracts; unfair commercial practices; misleading action; misleading omission.

## **SUMÁRIO\*:**

1. Introdução
2. A utilização de contratos de adesão e de cláusulas contratuais gerais enquanto prática comercial dos profissionais face aos consumidores
3. As situações em que o uso de cláusulas contratuais gerais num contrato de adesão configura uma prática comercial desleal
  - 3.1. A utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas enquanto prática comercial desleal
  - 3.2. A intransparência das cláusulas contratuais gerais: uma proibição específica
  - 3.3. O *Acórdão Pereniková e Perenik*, do Tribunal de Justiça da União Europeia
    - a) Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais
    - b) Conclusões da Advogada-Geral
      - i. Observações preliminares
      - ii. Primeira questão prejudicial: o impacto das cláusulas abusivas na validade do contrato como um todo
      - iii. Segunda questão prejudicial: a relação entre a Diretiva 2005/29/CE e a Diretiva 93/13/CEE
    - c) Decisão
  4. A necessidade de coordenação normativa entre a Diretiva sobre cláusulas abusivas e a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais – uma visão coesa dos diplomas
    - 4.1. Dimensões individual e coletiva do uso de cláusulas contratuais gerais abusivas
    - 4.2. O conceito unitário de “deslealdade”, a aplicar em todos os Estados-Membros
    - 4.3. A coordenação normativa entre as Diretivas
  5. A aplicação complementar dos diplomas comunitários e nacionais. As prerrogativas postas à disposição do consumidor aderente: aspectos práticos
  6. Conclusão

Bibliografia

---

\* Este estudo corresponde à versão revista do texto apresentado como Dissertação de Mestrado com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Privatísticas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Maria Raquel Guimarães.

## 1. Introdução

Atualmente, o direito do consumidor<sup>1/2</sup> é alvo de especial atenção por parte dos legisladores nacional e comunitário.

A tendência de proteção crescente daquele sujeito, indubitavelmente carecido de tutela, deve-se sobretudo ao facto de os modelos tradicionais do mercado e do contrato terem sido ultrapassados. Com o advento da sociedade técnica e industrializada, do progresso científico e tecnológico e, por conseguinte, com o fenómeno da massificação da produção, distribuição e consumo, verificou-se uma redução do número de contratos efetivamente negociados, ou seja, de contratos cujo *iter negotii* comporta uma fase negociatória preliminar, no final da qual as partes, que gozam de igualdade, livremente concertam os seus interesses e prosseguem os seus objetivos celebrando o negócio jurídico. A par desta realidade, também a postura dos profissionais face aos consumidores se alterou: adotaram um comportamento ativo, de promoção dos seus bens ou serviços, de modo a criar e fomentar necessidades no consumidor, ainda que por vezes artificiais, através de estratégias de publicidade e *marketing*.

Um dos mecanismos essenciais para a proteção do consumidor consiste na defesa deste contra cláusulas abusivas. Estas cláusulas, denominadas em outros ordenamentos por

<sup>1</sup> A doutrina portuguesa oscila entre as designações “direito do consumidor” e “direito do consumo”. Adotamos, acompanhando CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 54 e segs., a expressão “direito do consumidor” por esta ilustrar o ramo do direito composto por princípios e regras que visam precisamente a defesa daquele sujeito. O Autor atribui a este direito, que está ainda em construção, a característica da interdisciplinaridade, uma vez que encerra matérias de direito privado e de direito público. No mesmo sentido, e para uma abordagem mais aprofundada sobre os motivos da escolha da expressão “direito do consumidor”, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, pp. 121-122. Este Autor expõe a razão da sua escolha com base na *ratio* e finalidade do ramo de direito, explicando que as regras que compõem este ramo não pretendem tutelar o consumo *qua tale*, mas visam, antes, regular a produção, distribuição de bens e prestação de serviços com o objetivo de defender o consumidor. Por sua vez, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 51 e segs., e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Volume I, Coimbra, 2002, pp. 11-30, preferem a expressão “direito do consumo”. A origem desta divergência doutrinal pode em parte ser explicada pelo facto de as designações *supra* citadas serem utilizadas em diferentes ordenamentos jurídicos estrangeiros. Como explica CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, *cit.*, pp. 16-17, notas n.ºs 7 e 8, o direito francês utiliza a expressão “direito do consumo” (*droit de la consommation*), tendo esta equivalente em algumas obras espanholas e ainda italianas. Já a expressão “direito do consumidor” é utilizada nos direitos de língua inglesa (*consumer law*), alemã (*Verbraucherrecht*) e neerlandesa (*consumentenrecht*).

<sup>2</sup> Para uma explanação alargada sobre o conceito de consumidor e dos seus elementos constitutivos, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, *cit.*, pp. 25 e segs.. Salienta este Autor que é comum assistir-se à inclusão de definições de consumidor nos textos legislativos, quer nacionais, quer comunitários. No entanto, “Os seus contornos são muito variáveis, mesmo dentro da mesma ordem jurídica, conforme o instituto a que se aplicam e o âmbito da proteção que visam estabelecer.” A ordem jurídica portuguesa, através da Lei n.º 24/96, de 31 de julho – Lei de Defesa do Consumidor –, providencia uma definição genérica de consumidor, e que se considera supletiva, no seu artigo 2.º, n.º 1: “Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerce com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.” CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA adverte ainda que “A pluralidade e a variabilidade das definições de consumidor explicam-se pela sua funcionalidade”, conferindo àquelas a “natureza de instrumentos técnico-jurídicos para a delimitação dos destinatários como tal referidos em normas (materiais) de proteção.” É de ressaltar, neste campo, a exposição do Autor, nas pp. 35 e segs., sobre o elemento relacional do conceito de consumidor, que considera existir, a par dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico – análise que não caberá tratar no âmbito do presente estudo. Por sua vez, também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *cit.*, pp. 20 e segs., aborda com completude os elementos constitutivos do conceito de consumidor.

*clauses abusives, unfair terms* ou *clausole vessatorie*, constituem patologias frequentes em contratos de adesão<sup>3</sup> celebrados mediante cláusulas contratuais gerais<sup>4/5</sup>, precisamente devido às características daqueles, que favorecem a sua inserção. PINTO MONTEIRO<sup>6</sup> distingue duas fases no *iter formativo* do contrato de adesão: uma primeira, de elaboração das cláusulas, “que antecede e abstrai” dos contratos que venham a ser celebrados e que constitui uma “fase estática”; e uma segunda etapa, de celebração de cada contrato

<sup>3</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, N.ºs 2-3-4, Abril-Dezembro, Coimbra, 1973, p. 125, define contrato de adesão como “aquele cujo conteúdo contratual foi pré-fixado, total ou parcialmente, por uma das partes a fim de ser utilizado, sem discussão ou sem discussão relevante, de forma abstracta e geral, na sua contratação futura.” Alguns Autores preferem a expressão “contratos por adesão” por entenderem ser esta a que melhor ilustra o *modo* de celebração do contrato: um consenso por adesão – neste sentido, *vide*, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª reimpressão da 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 609.

<sup>4</sup> A designação “cláusulas contratuais gerais” é a preferida pelo legislador e doutrina portuguesa. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 18 e segs., tendo como base o direito comparado, alertam para a existência de outras expressões, como “condições negociais gerais” e “condições gerais dos contratos”. Estes Autores rejeitam, no entanto, o uso do termo “condição” já que este, na terminologia jurídica, tem um sentido técnico próprio e específico que não corresponde à realidade em questão: o dos artigos 270.º e segs. do Código Civil. Também neste sentido, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, *cit.*, pp. 609 e segs..

<sup>5</sup> Sobre os contratos de adesão, as cláusulas contratuais gerais, e os diplomas relevantes nesta matéria, quer a nível nacional, quer a nível europeu, cfr., na doutrina portuguesa, entre outros, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2001; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013; ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2010; 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”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Volume III, Lisboa, 1986, pp. 733-769, “The impact of the Directive on unfair terms in consumer contracts on Portuguese law”, in *European Review of Private Law*, n.º 3, 1995, pp. 231-240, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, in *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 219, Madrid, 1996, pp. 79-115, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Volume I, Lisboa, 2002, pp. 111-142, “A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3961, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 221-235, “Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 140, n.º 3966, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 138-143; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *cit.*; INOCÉNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, in *O Direito*, Ano 127, III-IV, Lisboa, 1995, pp. 297-314; ISABEL AFONSO, “Cláusulas contratuais gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, 1999, pp. 465-478; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas”, in *Commemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III – Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 209-233; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, Volume II, Lisboa, 2000, pp. 573-595; LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO, “As cláusulas contratuais gerais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 99-122; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993”, in *Scientia Iuridica*, n.º 303, Tomo LIV, Julho-Setembro, Braga, 2005, pp. 527-558. Para mais desenvolvimentos, veja-se, ainda, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, *cit.*; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999; JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, Coleção Teses de Doutoramento, 2012, *Manual de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Volume 1, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 1990. Cfr, ainda, na doutrina estrangeira, HANS-W. MICKLITZ; NORBERT REICH, “The court and sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)”, in *Common Market Law Review*, Volume 51, n.º 3, 2014, pp. 771-808.

<sup>6</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, *cit.*

singular, que configura a “fase dinâmica” em que se forma a relação contratual e onde se conclui o contrato de adesão que integra as cláusulas contratuais gerais.

Os contratos de adesão assumem uma posição de primacial importância prática no tráfego negocial de massas. Num mundo em que as transações se pretendem céleres, eficazes, e realizadas sob uma lógica de racionalização e normalização de recursos, consequência típica da sociedade de consumo, a *standardização* dos contratos mostrou-se adequada e necessária para fazer face às exigências do mercado, uma vez que também os tipos contratuais legalmente previstos não eram idóneos para regular formas negociais recentes<sup>7</sup>, nem o ritmo das transações se coaduna, a maior parte das vezes, com negociações prévias entre as partes.

Associadas aos contratos de adesão estão as cláusulas contratuais gerais. Caraterizadas pela pré-disposição, generalidade e rigidez<sup>8</sup>, as cláusulas contratuais gerais não devem ser confundidas com aqueles pois logo à partida, a designação “contrato de adesão” é mais ampla do que a noção de cláusulas contratuais gerais<sup>9</sup>. São, então, cláusulas pré-elaboradas unilateralmente que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aderir<sup>10/11</sup>, não havendo lugar a negociações.

Como exemplos deste modo de contratar podemos destacar os contratos de seguros, bancários, de locação financeira (*leasing*), de transporte, de fornecimento de energia

<sup>7</sup> Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 113 e segs..

<sup>8</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, pp. 17-18, apontam as características das cláusulas contratuais gerais vertidas no artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: as cláusulas são pré-elaboradas, ou seja, redigidas de antemão; apresentam-se rígidas, sendo, portanto, imodificáveis pelos destinatários, a quem resta apenas aderir ou não; podem ser destinadas a proponentes indeterminados ou a destinatários indeterminados (no primeiro caso, “certos utilizadores declaram aceitar apenas propostas que lhes sejam dirigidas nos moldes das cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas”; no segundo caso, “certos utilizadores propõem a uma generalidade de pessoas certos negócios mediante a simples adesão às cláusulas contratuais gerais”). A estas características podemos acrescentar mais algumas, elencadas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, *cit.*, p. 599, como a complexidade (já que, por norma, as cláusulas contratuais gerais apresentam-se em grande número) e a natureza formulária (as cláusulas constam frequentemente de extensos documentos escritos nos quais o aderente apenas especifica escassos elementos de identificação).

<sup>9</sup> Depreende-se da sua denominação que as cláusulas contratuais gerais não são, em si mesmas, contratos: são cláusulas contratuais. Note-se, ainda, que pode haver contrato de adesão sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais: será o caso em que falte às cláusulas pré-elaboradas os requisitos da generalidade e indeterminação.

<sup>10</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *cit.*, pp. 125 e segs., refere, no que diz respeito à declaração de vontade do aderente, que a adesão deste, embora represente juridicamente o mútuo consenso, imprescindível à existência de qualquer acordo contratual (artigo 232.º do Código Civil), ao nível sociológico e psicológico exprime uma “sujeição ou submissão”, sendo que constitui um requisito necessário para a vontade unilateral se “desentranhar em eficácia jurídica”. Como indica o Autor, o contrato é composto por duas declarações: “a apresentação da estipulação e a adesão”, podendo esta última ser expressa ou tácita (através de comportamentos concludentes): “Poderá revestir a forma de uma assinatura no documento escrito onde se alinham as condições contratuais, de uma recepção de uma fatura, bilhete, recibo onde elas estão impressas, de uma declaração negocial de adesão a cláusulas afixadas ou publicadas em termos de o aderente saber que a contraparte contrata segundo essas condições e poder reconhecê-las.”

<sup>11</sup> Quando estamos perante cláusulas contratuais gerais, o predisponente (quem redige as cláusulas) pode não ser, por vezes, o proponente do contrato, mas sim o aceitante. Como exemplos ilustrativos destas situações, podemos enunciar os casos do contrato de seguro e do contrato de abertura de crédito. No primeiro, o consumidor propõe à seguradora um negócio mediante certo nível de risco. Já no que diz respeito ao contrato de abertura de crédito, o consumidor descreve perante a entidade bancária a sua situação financeira, de modo a que o banco a analise e decida se lhe interessa ou não interessar contratar – mas uma vez, é o aderente aquele que faz verdadeiramente a proposta. Note-se que o utilizador das cláusulas, expressão por vezes utilizada, coincide com o predisponente das mesmas.

elétrica, água, gás, telecomunicações, ou mesmo os contratos de compra e venda de bens de consumo corrente, como vestuário ou eletrodomésticos.

Várias problemáticas são levantadas a propósito dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, envolvendo o “eterno problema da liberdade do querer”<sup>12</sup>. Desde logo, o postulado da liberdade contratual, princípio básico e informador do Direito Civil, intimamente ligado ao princípio da autonomia privada e plasmado no artigo 405.º do Código Civil<sup>13</sup>, é afetado<sup>14</sup>. Existe, neste âmbito, uma tensão óbvia entre a liberdade contratual, na vertente da liberdade de modelação do conteúdo contratual, e a justiça contratual<sup>15</sup>. Não podemos, no entanto, deixar de ter em mente o facto de que também a própria liberdade de celebração do contrato pode ser puramente teórica, ocorrendo, então, uma restrição factual à liberdade de contratar, já que muitos contratos de adesão aparecem em espaços de monopólio ou oligopólio, dos quais o setor de bens públicos essenciais é exemplo, e em espaços de contratação obrigatória (v.g. contrato de seguro automóvel). Por conseguinte, o consumidor, manietado pela necessidade, é compelido a contratar, aceitando as cláusulas contratuais gerais elaboradas pela outra parte, mesmo quando estas lhe sejam desfavoráveis.

Perante esta factualidade é notório o desequilíbrio e a desigualdade posicional entre as partes, desigualdade essa que se manifesta a vários níveis. O utilizador das cláusulas contratuais gerais goza, em regra, de larga superioridade económica, científica, jurídica e técnica em relação ao aderente, que está numa posição débil<sup>16</sup>. Basta pensar no exemplo de um contrato de abertura de crédito no qual temos, por um lado, uma entidade bancária e, por outro lado, um consumidor. A questão central neste âmbito prende-se com o facto de que na maior parte das vezes o aderente não se apercebe<sup>17</sup> e, portanto, não pode ponderar, das cláusulas que lhe são prejudiciais pois estas disseminam-se num amplo conteúdo contratual, podendo estar lavradas com termos técnicos e conceitos jurídicos de difícil compreensão para não especialistas (o que coloca em causa a justiça material pretendida

<sup>12</sup> A expressão é de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *cit.*, p. 128.

<sup>13</sup> O princípio da autonomia privada, que tem especial incidência na área do direito das obrigações, é entendido como o poder reconhecido a cada indivíduo de gerir e regulamentar os seus interesses. A doutrina tem destacado no artigo 405.º do Código Civil a existência de três liberdades: a liberdade de celebração, a liberdade de seleção do tipo contratual e a liberdade de estipulação. Quanto à liberdade de celebração, consiste ela em as partes serem livres para celebrar ou não certo negócio jurídico, independentemente do quanto vantajoso este lhes seja. No que diz respeito à liberdade de seleção do tipo contratual, é assente que as partes não estão limitadas às tipologias contratuais reconhecidas pelo legislador português, já que a enumeração dos contratos é de caráter meramente exemplificativo, podendo as partes, assim, escolher de forma livre os contratos que acharem adequados à defesa dos seus interesses e objetivos, sejam eles mesmo inominados ou atípicos. Finalmente, a liberdade de estipulação consiste em as partes poderem inserir nos negócios jurídicos as cláusulas que entenderem. Para uma exposição clara e plena do princípio da liberdade contratual, com todos os seus desvios e exceções, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 102 e segs.; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 163 e segs.; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *cit.*, pp. 11-12; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 228 e segs.. O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alerta para a importância da liberdade contratual nas suas dimensões jurídica, económica, social e cultural.

<sup>14</sup> LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO, “As cláusulas contratuais gerais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, *cit.*, p. 100, fala de “violentação ou anulação da autonomia privada para o aderente”.

<sup>15</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *cit.*, p. 128, utiliza a expressão “justiça comutativa do contrato”.

<sup>16</sup> Vide, no que diz respeito à situação de inferioridade do aderente e as suas causas, a completíssima exposição de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, *cit.*, pp. 323 e segs..

<sup>17</sup> Trata-se do problema do conhecimento, pelo aderente, das cláusulas contratuais gerais.

pelo Direito), em linguagem demasiado hermética, ou em caracteres de dimensão muito reduzida<sup>18</sup> e, por não ter tempo suficiente para as ler e por confiar na contraparte e no conteúdo contratual, acaba por subscrever<sup>19/20</sup>. A debilidade do aderente mede-se ainda pelo facto de, sendo a iniciativa da elaboração das cláusulas da contraparte, esta aproveitar para imputar os riscos possíveis ao aderente, introduzindo cláusulas manifestamente iníquas e prevendo mesmo todas as vicissitudes contratuais, o que seria inconcebível em sede de negociações individuais.

Dadas estas características e problemáticas, a necessidade de intervenção do legislador foi evidente para evitar os abusos<sup>21</sup> a que esta forma de contratar pode dar origem, com vista à reposição da justiça contratual e do justo equilíbrio de interesses, já que as regras jurídicas aplicáveis aos contratos tradicionais não se mostravam suficientes.

Outro domínio onde o legislador investiu ativamente para a tutela do consumidor foi na sua defesa contra práticas comerciais desleais<sup>22</sup> encetadas pelos profissionais nos seus

<sup>18</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", *cit.*, p. 124, fala na "tirania da letra miúda e da assinatura no tracejado".

<sup>19</sup> Normalmente, o aderente nem sequer lê o conteúdo do contrato, desencorajado pelo extenso elenco de cláusulas, duvidando da sua capacidade para compreender a linguagem técnica que as compõe ou devido à falta de tempo. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", *cit.*, p. 122, refere mesmo que, em caso de se tratar da aquisição de bens ou serviços não precedida de um intenso contacto entre as futuras partes contratuais, o aderente é tentado a assinar sem ler, já que se lesse seria olhado de soslaio por não se estar a comportar como o consumidor dito normal.

<sup>20</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", *cit.*, pp. 129 e segs., adverte para a teoria declarativista, a solução geral do direito português em relação à verificação da existência e conteúdo do consentimento do negócio, e segundo a qual "Existirá uma declaração negocial sempre que exteriormente observado, do ponto de vista do declaratário, o comportamento do declarante se apresenta como tal." Evidencia ainda o Autor que "À luz deste critério o comportamento do aderente, subscrevendo as cláusulas contratuais gerais ou submetendo-se, por outra forma, a elas, valerá como consentimento dirigido à produção dos efeitos de todas as condições elaboradas pelo estipulante. É que, segundo o princípio geral do nosso direito, relevam os elementos de carácter objetivo para a detecção de uma declaração negocial e para a sua interpretação – não importa que o declarante não tenha uma intenção correspondente, que conheça ou não, precisamente, os efeitos correspondentes ao sentido objectivo do seu agir negocial." Em suma, "A aplicação aos contratos de adesão dos princípios gerais sobre a formação e o alcance do consentimento importa a total inconsideração pela situação real do aderente quanto ao conhecimento das consequências jurídicas da sua adesão – situação real que se traduz na falta de exacto conhecimento dos vários pontos do regulamento contratual elaborados pela outra parte."

<sup>21</sup> Além da restrição factual da liberdade contratual do consumidor, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 115, enuncia também como potenciais abusos desta figura contratual a "alteração das soluções equilibradas consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual; possível cartelização integral de setores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar excluir-se-á do tráfico jurídico; criação por entidades privadas de regras que, de facto, se assemelham ao direito imperativo estadual".

<sup>22</sup> Sobre a matéria das práticas comerciais desleais, e dos diplomas portugueses e comunitários relevantes nesse âmbito, *vide*, entre outros da doutrina portuguesa, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "A transposição da Directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 569-585; HÉLIO TIAGO RIGOR RODRIGUES, *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, *in* <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/RigorRwhitepapers\\_03.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RigorRwhitepapers_03.pdf)> (10.03.2015); JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, "A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno europeu", *in JusJornal*, n.º 1589, 13 de Dezembro de 2012; JORGE MORAIS CARVALHO, "Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores", *in Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, n.º 1, 2011, pp. 187-219; JORGE PEGADO LIZ, "A 'lealdade' no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, pp. 17-93; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 163-181, "As práticas comerciais desleais nas relações de consumo", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Volume II, Lisboa, 2011, pp. 423-445; MARIA DE ASSUNÇÃO CRISTAS, "Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE", *in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 141-162. Quanto a doutrina estrangeira, cfr., GEORGIOS ANAGNOSTARAS, "The unfair commercial practices directive in context: from legal disparity to legal

comportamentos ativos na busca por clientes com vista à efetivação de negócios. Trata-se de práticas que se mostram lesivas para o interesse dos consumidores e que podem cercear a liberdade destes sujeitos. As técnicas de promoção e *marketing* apresentam-se sofisticadas e objeto de vários estudos científicos, pelo que são potencialmente mais agressivas, aproveitando-se muitas vezes das vulnerabilidades dos consumidores.

A repressão das práticas comerciais desleais foi feita, numa primeira fase, com base na legislação comercial e tendo como pilar a ética dos comerciantes, que eram sancionados através do instituto da concorrência desleal. Atualmente, também o consumidor é protegido indiretamente pela disciplina da concorrência desleal. O fomento de práticas comerciais leais e justas é crucial para sedimentar a confiança dos consumidores no mercado interno europeu, garantir a concorrência saudável e, deste modo, promover as transações transfronteiriças.

Destarte, a tutela do consumidor tem sido realizada ativamente pela União Europeia<sup>23</sup>, através de um rol de diretivas comunitárias que fixam regimes específicos para as relações entre consumidores e profissionais. Destacamos, neste estudo, dois destes instrumentos legislativos, que relacionaremos: a diretiva sobre cláusulas abusivas – Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993<sup>24</sup> –, que proíbe estas cláusulas nos contratos de adesão celebrados com consumidores<sup>25</sup>, e a diretiva relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno – Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005<sup>26</sup>. Cumprirá, por conseguinte, analisar e contrapor os diplomas que regem estas matérias na ordem interna portuguesa: a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro<sup>27</sup>, e o diploma sobre práticas comerciais desleais, materializado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março<sup>28</sup>. Não esquecemos, contudo, que a defesa do consumidor é também realizada de forma igualmente ativa pela Constituição da República Portuguesa (artigos 52.º, 60.º, 81.º, alínea i), e 99.º, alínea e)), que expressamente coloca a proteção do consumidor como uma incumbência prioritária do Estado; pelo Código Civil português, ainda que de forma meramente residual, no que diz respeito à consagração dos regimes do erro, da boa fé, etc.;

complexity?", in *Common Market Law Review*, Volume 47, n.º 1, 2010, pp. 147–171; HUGH COLLINS, "The unfair commercial practices directive", in *European Review of Contract Law*, Volume 1, Issue 4, December 2005, pp. 417-441; SIMON WHITTAKER, "The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws", in Stephen Weatherill e Ulf Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart, 2007, pp. 139-158.

<sup>23</sup> A União Europeia tem competência para legislar em matéria de direitos dos consumidores – artigos 4.º, n.º 2, alínea f), 12.º, 114.º, e 169.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

<sup>24</sup> In Jornal Oficial n.º L 95 de 21/04/1993, pp. 29-34. Esta diretiva foi alterada pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores.

<sup>25</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE.

<sup>26</sup> In Jornal Oficial n.º L 149 de 11/06/2005, pp. 22-39. Este diploma altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE, e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

<sup>27</sup> Este diploma foi alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, n.º 249/99, de 7 de julho, e n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

<sup>28</sup> O presente estudo foi elaborado tendo por base a versão originária do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Posteriormente, o diploma foi alterado pelo Decreto-Lei 205/2015, de 23 de setembro, que veio tornar aquele aplicável às relações entre empresas no que respeita às ações enganosas previstas no artigo 7.º, n.º 3, da atual redação – é o que prevê o atual artigo 1.º, n.º 2. No entanto, entendemos que tal novidade legislativa não trouxe mudanças significativas para efeitos do presente estudo.

e por vários diplomas avulsos, de que é exemplo a Lei de Defesa do Consumidor, lei-quadro e trave mestra da política de consumo – Lei n.º 24/96, de 31 de julho<sup>29</sup>. São de salientar, também, os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais<sup>30</sup>, elaborados pelo UNIDROIT<sup>31</sup>, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos<sup>32</sup>, a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (CESL: *Common European Sales Law*)<sup>33</sup> e o Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*)<sup>34</sup>, instrumento de *soft law*: enfim, novos diplomas europeus dedicados à proteção dos consumidores.

## 2. A utilização de contratos de adesão e de cláusulas contratuais gerais enquanto prática comercial dos profissionais face aos consumidores

Percorrido já o panorama geral do direito instituído, e em ordem a dar resposta ao objeto do nosso estudo, que consiste em apurar em que condições é que a utilização de uma cláusula contratual geral, presente num contrato de adesão, pode ser considerada uma prática

<sup>29</sup> Alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro, e pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

<sup>30</sup> Frequentemente denominados por “Princípios UNIDROIT”. No nosso estudo teremos em consideração os Princípios UNIDROIT de 2010, disponíveis para consulta, e comentados, em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>> (15.04.2015).

<sup>31</sup> De acordo com o sítio da *Internet* deste instituto (<[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)> – consultado em 14.03.2015), o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) é uma organização intergovernamental independente criada em 1926 e com sede em Roma. Tem como objetivos a modernização, harmonização e coordenação do Direito Privado, em particular do direito comercial, momente através da fomentação da aplicação nos diferentes 63 países-membros de um conjunto de regras uniformes e princípios gerais que incidem sobre a relação contratual. De aplicação universal, destinam-se estes princípios a reger contratos comerciais internacionais, podendo ser usados como instrumentos de interpretação e integração de instrumentos internacionais existentes e como modelos para os legisladores. Para um olhar mais profundo sobre estes princípios, veja-se TERESA SILVA PEREIRA, “Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Volume I/II, Lisboa, 2004, pp. 497-608.

<sup>32</sup> Como expõe TERESA SILVA PEREIRA, “Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu”, *cit.*, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos foram elaborados pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos, que iniciou os trabalhos em 1982, sob a iniciativa de Ole Lando (daí que aquela seja comumente conhecida por “Comissão Lando”). O objetivo destes, que se aplicam ao nível dos Estados-Membros da União Europeia e a todos os tipos contratuais, passa por um direito contratual europeu mais harmonizado, contribuindo assim para a facilitação do comércio neste espaço, servindo igualmente como instrumentos de interpretação e integração do direito aplicado. Cfr., igualmente, OLE LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.

<sup>33</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, Bruxelas, 11.10.2011, COM (2011) 635 final. Da leitura desta proposta de 2011, é possível inferir, em linhas breves, que ela prevê a criação de um direito europeu comum da compra e venda, que harmoniza os direitos dos contratos nacionais dos Estados-Membros ao criar dentro do direito nacional de cada Estado-Membro um segundo regime jurídico para os contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, idêntico em toda a União Europeia, e que vigora paralelamente às normas preexistentes em matéria de direito dos contratos a nível nacional. Ademais, explica que o direito europeu comum da compra e venda será aplicável, numa base voluntária, aos contratos transfronteiriços, mediante o acordo expresso das partes. Víde REINER SCHULZE, (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012. Cfr, do mesmo modo, a exposição de GERHARD DANNEMANN; STEFAN VOGENAUER, (ed.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, 2013, e o estudo de SIMON WHITTAKER, “The Internal Relationships of EU Consumer Contract Laws: Unfair Contract Terms, Unfair Commercial Practices and the CESL”, *in Luigi Moccia (ed.), The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, Sellier, 2013, pp. 117-130.

<sup>34</sup> Veja-se CHRISTIAN VON BAR; ERIC CLIVE, (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Volume I, Oxford, Oxford University Press, 2010.

comercial desleal, importa obter uma visão congregadora e coerente dos ordenamentos em causa, interno e comunitário. Para tal, cumpre doravante relacionar os instrumentos *supra* mencionados, na ótica de proteção do consumidor, e levando em linha de conta que o julgador comunitário pronunciou-se já sobre tal conexão, num acórdão pioneiro – *Acórdão Pereniková e Perenic* –, que será igualmente objeto de análise no nosso estudo. O primeiro passo nesse sentido tem lugar no presente ponto. Atentemos em que medida.

A utilização de contratos de adesão e, acopladas a estes, de cláusulas contratuais gerais, é prática comum, como já assinalámos. Averiguemos se estas figuras configuram uma prática comercial, na aceção da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais – a Diretiva 2005/29/CE –, e do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que transpôs para a ordem jurídica interna portuguesa aquele diploma.

A Diretiva 2005/29/CE enuncia, no seu artigo 2.º, alínea *d*), o que se deve entender por prática comercial das empresas face aos consumidores: “*qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores.*” O Decreto-Lei n.º 57/2008 fez a transposição do normativo em questão nos mesmos termos<sup>35</sup>.

Daqui se depreende que a noção de prática comercial *business-to-consumer* é claramente abrangente. Desde logo, incluem-se naquela definição tanto ações isoladas como comportamentos contínuos do profissional. São aqui compreendidas todas e quaisquer condutas (ações ou omissões) do profissional que rodeiam a venda de um bem ou a prestação de um serviço, antes, durante, e após a formação dos negócios jurídicos de consumo<sup>36</sup>. Esta ampla noção reflete, no fundo, o reconhecimento, por parte do legislador comunitário, da existência de uma extensa gama de práticas comerciais que podem distorcer não apenas a percepção do consumidor em relação ao produto, mas também a sua compreensão em relação ao contrato e direitos emergentes deste.

Deste modo, é notório que a utilização de contratos de adesão<sup>37</sup> e de cláusulas contratuais gerais configura uma prática comercial para efeitos da Diretiva sobre práticas comerciais desleais e do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, já que estas figuras fazem parte da estratégia comercial do profissional, estão diretamente conectadas, constituindo mesmo

<sup>35</sup> Cfr. artigo 3.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

<sup>36</sup> O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE, estabelece precisamente esta aplicação temporal e introduz o conceito de “*transação comercial*”, embora não o defina. Cfr., a par, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Entendemos, com BERT KEIRSBILCK, “The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Pereniková and Perenic”, in *Common Market Law Review*, Volume 50, n.º 1, 2013, p. 255, nota 31, que é seguro afirmar que “*transação comercial*” é equivalente a contrato, conceito este que terá sido abolido nesta sede por forma a corroborar o estipulado no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE, ou seja, o facto de esta Diretiva não prejudicar o “*direito contratual*”. Sobre o conceito de “*direito contratual*”, cfr., *infra*, nota n.º 131.

<sup>37</sup> Note-se que todos os contratos são celebrados na sequência de uma prática comercial, pelo que é evidente que a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais e o correspondente Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, se aplicam à generalidade dos contratos de consumo.

parte integral da venda ou prestação de um serviço ao consumidor, e têm como objetivo influenciar este sujeito nas suas transações<sup>38</sup>.

### 3. As situações em que o uso de cláusulas contratuais gerais num contrato de adesão configura uma prática comercial desleal

Num primeiro momento, a noção de prática comercial desleal variava de Estado para Estado da União, mas com a adoção da Diretiva 2005/29/CE, uma diretiva de harmonização máxima<sup>39</sup> que pretende ser uma diretiva-quadro que organiza o acervo legislativo comunitário nesta área, os Estados têm agora um ponto de referência comum no que diz respeito à (des)lealdade das práticas, facilitando-se assim o comércio internacional, o que demonstra o duplo escopo desta Diretiva: por um lado, pretende proteger o consumidor e, por outro, prosseguir o bom funcionamento do mercado interno (artigo 4.º)<sup>40</sup>.

Cumpre precisar, em primeiro lugar, o que se entende por prática comercial desleal. Esta informação é facultada pelo artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais<sup>41</sup>, que consagra no seu n.º 1 uma cláusula geral de proibição genérica destas práticas nas relações *business-to-consumer*<sup>42</sup>. Aquele normativo considera desleal a prática comercial que, através da contrariedade “às exigências relativas à diligência profissional”, distorça ou seja suscetível de “distorcer de maneira substancial o comportamento económico<sup>43</sup>, em relação a um produto, do consumidor médio<sup>44</sup>” a que a prática se destina

<sup>38</sup> Como refere BERT KEIRSBILCK, “The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Pereniková and Perenic”, *cit.*, p. 255, o uso de cláusulas contratuais gerais acontece também antes de uma transação comercial, na publicidade, nas comunicações comerciais, nas ofertas, nos convites às compras, entre outros, e influenciam diretamente as decisões do consumidor no que diz respeito ao se, como e em que termos contratar: em suma, têm como objetivo a promoção da celebração de negócios jurídicos com um conteúdo concreto.

<sup>39</sup> O que significa que os Estados-Membros não podem adotar normas mais restritivas do que as definidas pela Diretiva, mesmo que sejam mais protetoras dos consumidores.

<sup>40</sup> Veja-se o “considerando” (2) da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>41</sup> Cfr. os artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que realizaram a transposição em termos semelhantes. Veja-se, a este propósito, a exposição de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A transposição da Directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, *cit.*, acerca das diferenças da estrutura do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, em relação à Diretiva 2005/29/CE, relativamente aos artigos *supra* referidos.

<sup>42</sup> A aplicação da cláusula geral é realizada de modo subsidiário em relação às práticas comerciais tipificadas. *Vide as críticas de GEORGIOS ANAGNOSTARAS*, “The unfair commercial practices directive in context: from legal disparity to legal complexity”, *cit.*, e *HUGH COLLINS*, “The unfair commercial practices directive”, *in European Review of Contract Law*, *cit.*, à grande cláusula geral, presente na Diretiva 2005/29/CE, e à sua arquitetura, por muitos considerada complexa e confusa. Entre nós, cfr. a exposição de HÉLIO TIAGO RIGOR RODRIGUES, *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, *cit.*, no que diz respeito aos elementos constitutivos da grande cláusula.

<sup>43</sup> Questionamo-nos se o consumidor, enquanto sujeito eminentemente económico, pode ter comportamentos não económicos. Esta questão extravasa o âmbito do nosso estudo, pelo que não será objeto de análise.

<sup>44</sup> A Diretiva 2005/29/CE, no seu “considerando” (18), e na esteira da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, define o consumidor médio como aquele que é “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”. A Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, não determina quem é o consumidor que se deve ter por referência, nem como o aferir. Para uma crítica profunda a esta Diretiva, veja-se STEPHEN WEATHERILL, “The consumer rights directive: how and why a quest for ‘coherence’ has (largely) failed”, *in Common Market Law Review*, Volume 49, n.º 4, 2012, pp. 1279–1317. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, *cit.*, p. 213 critica o recurso à figura do consumidor médio para avaliar a deslealdade de uma prática, advogando que lançar mão dessa figura “(...) tem como efeito a desconsideração das circunstâncias concretas, reveladoras de alguma debilidade do consumidor, conhecidas

ou afeta, “ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”<sup>45</sup>. As práticas comerciais desleais dividem-se ainda em práticas comerciais desleais enganosas (tratadas nos artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE<sup>46</sup>) e práticas comerciais desleais agressivas<sup>47</sup> (consagradas nos artigos 8.º e 9.º da Diretiva<sup>48</sup>), como indica o artigo 5.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE. Em anexo ao diploma é indicada uma lista taxativa de práticas consideradas desleais “em quaisquer circunstâncias”<sup>49</sup>. Assim, deve começar-se por analisar a lista das práticas comerciais desleais contida no Anexo I. Caso a prática em questão estiver listada, não é necessária qualquer outra avaliação. No entanto, se não se incluir nesta listagem, é necessário averiguar se se trata de uma prática comercial enganosa ou agressiva. Se não for, é diretamente aplicável a cláusula geral do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE.

---

pelo profissional e por este utilizadas, em desconformidade com a diligência profissional, para distorcer o comportamento económico daquele. Ou seja, o profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não seria influenciado pela prática”. Ainda deste Autor, e sobre o consumidor médio, cfr. “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *cit.*, pp. 194 e segs.: “Para além de não ter em conta as circunstâncias concretas do contrato, o critério do consumidor médio tem também o defeito de colocar o nível de exigência de lealdade num patamar muito baixo. Os consumidores com menos competência e cuidado não são protegidos de forma adequada pela lei, por não ser tido em conta o seu comportamento económico face à prática comercial, o que revela a insuficiência do conceito para protecção de uma parte significativa das pessoas. (...) No domínio do direito do consumo, a noção não se revela adequada para uma protecção eficaz dos consumidores, uma vez que tem como efeito negar a protecção daqueles que mais a necessitam. Para além deste aspecto, os mais bem protegidos acabam por ser aqueles que, em princípio, menos necessitam de ser especialmente protegidos, por terem mais competência e cuidado, no fundo por serem, utilizando a terminologia da lei, consumidores acima da média.” Também JORGE PEGADO LIZ, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *cit.*, p. 77, critica a noção de consumidor médio, e considera que “(...) um consumidor ‘médio’ é uma utopia, ninguém é ‘médio’ e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de protecção dos consumidores numa ficção.” Para uma exposição sobre o conceito de consumidor médio, *vide* MARIA ANA FONSECA, *Do consumidor médio – reflexões em torno do conceito*, Dissertação de Mestrado Forense, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito, 2012 (inédita); MARIA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER, “O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais”, *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 521-548; e, na doutrina estrangeira, LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *in Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 8, n.º 17, 2004, pp. 47-82.

<sup>45</sup> SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *in European Review of Contract Law*, Volume 7, Issue 1, January 2011, p. 41, nota 30, defende que, apesar de parecer que a formulação da grande cláusula do artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE estabelece dois elementos constitutivos separados (a contrariedade às exigências relativas à diligência profissional e a capacidade para distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio), tal não corresponde à verdade. Advoga o Autor que, uma vez que o objeto da disciplina em questão são as práticas comerciais capazes de influenciar o comportamento económico do consumidor, aqueles dois elementos devem ser fundidos em um só. De facto, seria absurdo que uma prática que distorcesse de forma substancial o comportamento económico do consumidor fosse considerada conforme à diligência profissional e, por conseguinte, leal. Para fundamentar a sua posição, chama à colação a definição de diligência profissional, plasmada no artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 2005/29/CE, bem como o objetivo e *ratio* da disciplina. Afirma, assim, que o profissional tem um dever de cuidado para com os consumidores, que deve ser aferido tendo em conta o consumidor médio destinatário da prática e tendo também como referência os usos honestos do comércio e o princípio da boa fé.

<sup>46</sup> Cfr. os artigos 7.º, 8.º, 9.º, e 10.º, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

<sup>47</sup> Como exemplo de prática comercial agressiva, entendemos apontar a situação em que um profissional, sabendo que um sujeito padece de doença oncológica, lhe faz crer que o produto que comercializa cura no imediato essa patologia. Estamos, assim, no âmbito de aplicação do artigo 9.º, alínea c), da Diretiva 2005/29/CE, e perante uma situação de influência indevida, já que o profissional se aproveita de um infortúnio de grande gravidade, que prejudica, por conseguinte, a capacidade de decisão do consumidor.

<sup>48</sup> Cfr. os artigos 11.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

<sup>49</sup> Cfr. o artigo 5.º, n.º 5, e anexo I, da Diretiva 2005/29/CE. Como o “considerando” (17) da referida Diretiva expressamente específica, trata-se das “únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º.”

Tendo já nos debruçado sobre o alcance da noção de prática comercial, interessa agora dissecar, ainda que superficialmente, os elementos desta definição oferecida pela Diretiva: a contrariedade<sup>50</sup> às exigências de diligência profissional e a suscetibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário.

No que diz respeito à contrariedade da prática à diligência profissional<sup>51</sup>, caracteriza-se ela por uma violação dos padrões de ética que devem reger o comportamento dos profissionais, que deverão estar em conformidade com as regras gerais aplicáveis ao mercado ou as específicas da profissão, pelo que diferentes atividades profissionais admitirão diferentes práticas<sup>52</sup>. Intrinsecamente ligado a este conceito de “*diligência profissional*” encontra-se a noção de consumidor médio. De facto, a diligência profissional deve ser avaliada tendo por referência este sujeito e, mais especificamente, as condições subjetivas de vulnerabilidade do consumidor a que a prática se destina. Assim, diferentes consumidores-alvo exigirão diferentes graus de diligência por parte do profissional.

Para se considerar que uma prática comercial é desleal tem de se preencher ainda o requisito da capacidade para distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio a que se destina, ou do membro médio de um grupo quando a prática for destinada a um certo grupo de consumidores: será então desleal a prática que “*prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo*”<sup>53/54/55</sup>. Trata-se, portanto, de uma prática que impede que o consumidor tome,

---

<sup>50</sup> O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, não utiliza o termo “*contrariedade*”, preferindo antes a expressão “*desconforme*”: artigo 5.º, n.º 1. É discutível se toda a “*desconformidade*” é “*contrária*” às exigências de diligência profissional.

<sup>51</sup> Cfr. o artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 2005/29/CE, onde se plasma a definição de diligência profissional: “*padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade do profissional.*” Este normativo tem o seu correspondente no artigo 3.º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. HÉLIO TIAGO RIGOR RODRIGUES, *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, *cit.*, p. 14., entende que o padrão de competência especializada e de cuidado deve ser aferido de acordo não apenas com a boa fé e as práticas honestas de mercado, mas também tendo por base o interesse económico dos consumidores, “*sendo este interesse o limite mínimo inultrapassável daquele nível ou padrão*”. Deste modo, “*o nível de competência especializada e cuidado não pode ser baixo a ponto de ferir os interesses económicos dos consumidores, devendo a diligência profissional, pelo menos, acompanhar estes interesses*”. Note-se que o nível de diligência profissional deve ser determinado casuisticamente, “*com base nas circunstâncias específicas que cada caso concreto apresenta*”. Por seu turno, JORGE MORAIS CARVALHO, “*Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*”, *cit.*, pp. 191-192, entende que “*O critério é o da expectativa razoável, avaliada objetivamente, tendo em conta a competência e o cuidado de um profissional quer do consumidor, pelo que não são relevantes os seus conhecimentos específicos e a sua experiência concreta no mercado. (...) A avaliação da expectativa razoável tem como referência as práticas honestas do mercado, o que significa que, se a expectativa em relação àquele profissional for baixa, por serem conhecidos elementos nesse sentido, esta não releva, devendo colocar-se como padrão mínimo o do comportamento integral de um profissional colocado naquela posição. A expectativa razoável também deve ter como referência a aplicação geral do princípio da boa fé. (...) Assim, pode dizer-se que é desconforme com a diligência profissional a prática que não seja razoável esperar de um profissional que intervenha no mercado de forma honesta.*”

<sup>52</sup> Entram aqui em linha de conta os códigos de conduta, definidos no artigo 2.º, alínea f), da Diretiva 2005/29/CE, e no correspondente artigo 3.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, como os “*acordos ou conjuntos de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que definem o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por estes códigos no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de atividade específicos*”.

<sup>53</sup> Cfr. artigo 2.º, alínea e), da Diretiva 2005/29/CE, e artigo 3.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Seria preferível que a Diretiva e o correspondente Decreto-Lei tivessem plasmado a expressão “que, de outro modo, não teria tomado”. De facto, a expressão “que não teria tomado de outro modo” constitui um erro de tradução. Outra questão se levanta: SALVATORE ORLANDO, “*The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*”, *cit.*, p. 44, nota 37, entende, a par de outros Autores, que a expressão “*decisão*

nas palavras da Diretiva, uma “*decisão de transação*”<sup>56</sup> esclarecida. Este requisito é aprofundado no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva<sup>57</sup>, que indica como marco de referência para a aferição do caráter desleal da prática comercial o critério do membro médio de um determinado grupo.

Deste modo, a utilização de uma cláusula contratual geral será considerada uma prática comercial desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional e distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio. Vejamos, então, em que situações isso acontece.

---

*esclarecida*”, vertida nos artigos *supra* referidos, não é a mais feliz. Defende o Autor que este termo faz referência apenas ao conceito limitado de “*decisão esclarecida*”, e não a um conceito mais amplo de “*decisão livre e consciente*”, que considera preferível. Advoga ainda que a noção de “*decisão esclarecida*” é mais restrita do que a noção de “*decisão livre consciente*”, uma vez que “*livre e consciente*” compreende, mas não está limitada a “*esclarecida*”. Especifica, também, que as características de “*atento e advertido*”, atribuídas ao consumidor, e mencionadas no “*considerando*” (18) da Diretiva 2005/29/CE, são relevantes para os conceitos de liberdade e consciência, mas não para a noção de “*decisão esclarecida*”. Deste modo, para este Autor, a noção de “*decisão esclarecida*” é completamente diferente de “*decisão livre e consciente*”, uma vez que uma decisão pode ser esclarecida, mas produto, por exemplo, de coação.

<sup>54</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *cit.*, p. 194, refere que “Isto vale independentemente da decisão de contratar e dos termos definidos no contrato. Assim, se o consumidor contratar quando sem a prática desleal não o faria, se não contratar quando sem a prática desleal o faria ou se contratar em termos diferentes daqueles em que o faria, a prática pode ser considerada desleal.”

<sup>55</sup> Esta disposição faz-nos lembrar os vícios da vontade: de facto, parece ela remeter para uma perturbação do processo formativo da vontade. Embora esta coincida com a declaração que é emitida pelo consumidor aderente, “é determinada por motivos anómalo e valorados, pelo direito, como ilegítimos” – veja-se CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 498-499. Mais concretamente, parece remeter-nos para a figura do erro-vício (artigo 252.º do Código Civil). Como expõe CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 504 e segs., o erro-vício “traduz-se numa representação inexacta ou na ignorância de uma qualquer circunstância de facto ou de direito que foi determinante na decisão de efectuar o negócio. Se estivesse esclarecido acerca dessa circunstância – se tivesse exacto conhecimento da realidade –, o declarante não teria realizado qualquer negócio ou não teria realizado o negócio nos termos em que o celebrou”. No limite, então, estaríamos perante um erro essencial, porque levou o errante a concluir o negócio em si mesmo e não apenas nos termos em que foi celebrado. A este propósito, veja-se o artigo 48.º da CESL, e os comentários de REINER SCHULZE, (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, *cit.*, p. 254 e segs..

<sup>56</sup> Cfr. artigo 2.º, alínea *k*), da Diretiva 2005/29/CE, e artigo 3.º, alínea *I*), do Decreto-Lei n.º 57/2008, que definem decisão de transação como “(...) a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir.” O Tribunal de Justiça da União Europeia teve já oportunidade de se pronunciar sobre este conceito no Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Processo C-281/12, disponível para consulta em <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)> (16.03.2015). Neste acórdão, o Tribunal considerou que “O artigo 2.º, alínea *k*), (...) deve ser interpretado no sentido de que o conceito de ‘decisão de transação’ abrange qualquer decisão diretamente relacionada com a decisão de adquirir ou não um produto.” No n.º 36 deste Acórdão, o Tribunal reconhece que o conceito de decisão de transação se apresenta como amplo. Deste modo, afirma que “(...) este conceito inclui não apenas a decisão de adquirir ou não um produto, mas igualmente a que apresenta uma relação direta com esta (...), como, por exemplo, ‘entrar na loja.’ Estão, assim, também incluídos ‘os atos preparatórios da eventual compra de um produto, como a deslocação do consumidor até à loja ou o facto de nela entrar (...)', como consta do n.º 35 do Acórdão. Esta afirmação é corroborada pelo artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE, que já analisámos, uma vez que esta se aplica às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto – neste sentido, cfr. o n.º 37 do Acórdão em questão. No fundo, entendemos que a “*decisão de transação*” acaba por equivaler à decisão de contratar, expressão que preferimos, já que engloba esta e todas as outras decisões secundárias necessárias à celebração de um negócio jurídico.

<sup>57</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

### 3.1. A utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas enquanto prática comercial desleal

Devido às suas características, os contratos de adesão são propiciadores da inserção de cláusulas abusivas, como constatámos.

A Diretiva 93/13/CEE, que se aplica a todos os contratos de adesão celebrados com consumidores, sejam eles celebrados através de cláusulas contratuais gerais ou não, define cláusula abusiva como aquela que “não tenha sido objeto de negociação individual”<sup>58</sup> e que, “a despeito da exigência de boa fé”<sup>59</sup>, dê origem a um “desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”<sup>60/61</sup>.

O artigo 4.º deste diploma versa sobre a apreciação do caráter abusivo de uma cláusula, que deverá ser avaliado “em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objecto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que

<sup>58</sup> A propósito do conceito de “falta de negociação individual”, cfr. o n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE, que rege o seguinte: “Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.” A este respeito, SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, p. 29, adverte que, apesar de a Diretiva se aplicar apenas a cláusulas que não foram individualmente negociadas, em sede de direito nacional de vários Estados-Membros certas cláusulas continuarão a corresponder ao conceito de cláusula abusiva fornecido pela Diretiva 93/13/CEE e, por conseguinte, inválidas, mesmo que tenham sido individualmente negociadas. Os Princípios UNIDROIT preveem, nos artigos 2.1.19 a 2.1.22, as matérias da contratação mediante cláusulas contratuais gerais. Do mesmo modo, a CESL dedica o artigo 7.º às cláusulas que não foram individualmente negociadas, fornecendo uma noção de falta de negociação individual semelhante à da Diretiva 93/13/CEE. Por sua vez, o DCFR endereça os artigos II.-1:109 e II.-1:110 às cláusulas contratuais gerais e ao conceito de cláusulas não negociadas individualmente.

<sup>59</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, *cit.*, p. 71, entende que a tradução portuguesa deste preceito da diretiva está claramente errada – “não é ‘a despeito da exigência de boa fé’, mas antes ‘contra a boa fé’, como resulta do texto alemão (*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*), do texto inglês (*contrary to the requirement of good faith*) ou do texto francês (*en dépit de l'exigence de bonne foi*”).

<sup>60</sup> Veja-se o artigo 2.º, alínea a), artigo 3.º, n.º 1, e “considerando” (16), da Diretiva 93/13/CEE. Relevante ainda nesta matéria se mostra o artigo 83.º da CESL, onde se plasma a noção de cláusula contratual geral abusiva – *vide* REINER SCHULZE, (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, *cit.*, pp. 382 e segs. –, e o artigo II.-9:403 do DCFR, onde se explicita também aquele conceito: veja-se CHRISTIAN VON BAR; ERIC CLIVE, (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *cit.*, p. 634 e segs.. Por sua vez, os artigos 84.º e 85.º da CESL consagram, respetivamente, cláusulas que serão sempre consideradas abusivas e cláusulas que se presumem abusivas. O DCFR contempla também uma lista de cláusulas que se presumem abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores, no seu artigo II.-9:410. A Diretiva 93/13/CEE, objeto privilegiado do nosso estudo, contém, em anexo, uma lista meramente indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas – cfr. artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 93/13/CEE. O elenco destas cláusulas, presente na Diretiva, fica aquém da enumeração exemplificativa de cláusulas contratuais gerais absolutamente proibidas, prevista no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. É plasmado neste diploma um catálogo de proibições de “cláusulas injustas, inconvenientes ou inadequadas” (a expressão pertence a MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 33), organizado em função das partes no contrato e em função da gravidade da proibição. No âmbito do nosso estudo, importam apenas as relações com os consumidores – cfr. os artigos 18.º, 19.º, 20.º, 21.º e 22.º. Neste catálogo de proibições, nomeadamente nos artigos relativos às cláusulas relativamente proibidas, figura um conceito importante: o conceito de quadro negocial padronizado. Este consistirá, sumariamente, nos usos do setor económico em causa. Cfr., a este propósito, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 46.

<sup>61</sup> O artigo 4:110 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos dispõe que “(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded. (2) This article does not apply to: a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to b) the adequacy in value of one party’s obligations compared to the value of the obligations of the other party.”

*aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa*” – n.º 1<sup>62</sup>. Para averiguar o caráter abusivo de uma cláusula, o tribunal terá em conta também as circunstâncias individuais do consumidor, a par das limitações do meio de comunicação. Já o n.º 2 do normativo em análise dispõe o seguinte: a apreciação do caráter abusivo das cláusulas “*não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível*”<sup>63</sup>.

A Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores apela, assim, na definição de cláusula abusiva, à boa fé<sup>64</sup>, complementada pela alusão a um “*desequilibrio significativo*” entre os direitos e obrigações das partes, em prejuízo do consumidor<sup>65</sup>. Como olhar para a noção de “*desequilibrio significativo*”? Entendemos que este constitui uma desvantagem exagerada para o consumidor, com inexistência de uma contrapartida ou fundamento suficiente. Importa, deste modo, olhar com atenção, ainda que a título fugaz, para o instituto geral da boa fé<sup>66</sup>, um instrumento de proteção da confiança<sup>67</sup>, que impregna todo o ordenamento jurídico, português e europeu. O nosso Código Civil consagra amplamente este princípio, em todas as fases do desenvolvimento da relação

<sup>62</sup> Cfr. o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. *Vide*, também, o artigo II.-9: 407 do DCFR, onde se plasmam os fatores a ter em conta para avaliar a abusividade de uma cláusula.

<sup>63</sup> Ou seja, a disciplina da Diretiva 93/13/CEE não incide sobre o conteúdo principal do contrato. Não se encontra no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, disposição equiparável. Veja-se, sobre este assunto, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, *cit.*, pp. 431 e segs.. Também SIMON WHITTAKER, “*Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales*”, in Sergio Câmara Lapuente (dir.) e Esther Arroyo Amayuelas (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Mas allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 509-533, se pronuncia sobre a razão da existência do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE: entende que o princípio da liberdade contratual opera já um controlo da justiça do contrato em si mesmo; em segundo lugar, defende que o consumidor que esteja devidamente informado contratará de forma racional; por fim, afirma que o direito da União assegura que os preços não sejam distorcidos pelos profissionais. O Autor aborda também a distinção entre o controlo das cláusulas contratuais gerais abusivas e o caráter abusivo do contrato, à luz do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE. Ademais, questiona se o uso de uma cláusula que se encontre dentro da exclusão operada pelo artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE pode constituir uma prática comercial desleal na aceção da Diretiva 2005/29/CE. Veja-se, ainda, o artigo 80.º da CESL, e o artigo II.-9:406 do DCFR.

<sup>64</sup> A propósito especificamente do instituto da boa fé, veja-se as importantes contribuições de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, *cit.*, pp. 542 e segs.; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “*Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos*”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, pp. 357-368. Quanto a doutrina estrangeira, cfr. SIMON WHITTAKER; REINHARD ZIMMERMANN, “*Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*”, in Reinhart Zimmermann e Simon Whittaker (eds.), *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 7-62.

<sup>65</sup> RUBEN STIGLITZ, “*Contrato de consumo y cláusulas abusivas*”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, 1999, pp. 324-325, entende que a cláusula que infringe a boa fé não precisa causar um desequilíbrio significativo para ser considerada abusiva, e que se uma cláusula causa um desequilíbrio significativo é contrária à boa fé.

<sup>66</sup> Não esquecendo, contudo, outros conceitos, como o de ordem pública, patente no artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil.

<sup>67</sup> Como alerta CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 127, o princípio da confiança constitui uma manifestação importante do princípio da boa fé. Em linhas breves, em certos casos deve ter relevância jurídica a confiança justificada de alguém no comportamento da contraparte quando este sujeito tiver contribuído para sedimentar essa confiança e esta seja justificada tendo em conta o caso concreto. A este propósito, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, *cit.*, pp. 1234 e segs.. Sobre esta temática, *vide*, ainda, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, *cit.*, pp. 431 e segs., que propõe a distinção entre a responsabilidade por violação do princípio da boa fé ou de outros deveres de conduta, e uma responsabilidade dita “pura” pela confiança.

contratual: na fase da formação do contrato (artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil), na interpretação (artigo 236.º do Código Civil) e na integração dos negócios (artigo 239.º), e na fase de execução do negócio, ou seja, na fase do cumprimento dos direitos e obrigações que derivam do contrato (artigos 334.º, e 762.º, n.º 2, do Código Civil). Mas também se encontra presente durante as fases de negociação (onde se prepara o conteúdo do acordo), e decisória (momento em que se dá a emissão das declarações de vontade: a proposta e a aceitação – cfr. artigos 224.º e segs. do Código Civil), ou seja, durante as fases anteriores à celebração do contrato<sup>68</sup>: também nestes momentos os contraentes terão de pautar a sua conduta pelos “cânones da lealdade e probidade”<sup>69</sup>. O *supra* afirmado é corroborado ainda pelo artigo 9.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, que impõe às partes contratuais que se comportem segundo “*a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos*”. Por sua vez, o artigo 1:201 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, consagra a boa fé e o *fair dealing*, exigindo a atuação das partes em conformidade com estes princípios durante toda a relação contratual<sup>70</sup>. O mesmo se prevê no artigo 1.7 dos Princípios UNIDROIT (que plasma a boa fé e a lealdade negocial como princípios norteadores da conduta das partes), e no artigo 2.º da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (CESL)<sup>71</sup>. Já o Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR) faz a referência à transparência, à boa fé e ao *fair dealing* nos seus artigos I.-1:103 e III.-1:103. Deste modo, podemos afirmar brevemente que a boa fé se traduz numa regra de conduta que impõe padrões de lealdade e honestidade que devem pautar a atuação dos contraentes durante todo o processo de contratação<sup>72</sup>. A violação da boa fé pode originar responsabilidade civil pré-contratual (*culpa in contrahendo*), contratual, e até pós-contratual, consoante o momento em que ocorra tal violação<sup>73</sup>. O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro,

<sup>68</sup> Estas fases são distinguidas no artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil.

<sup>69</sup> A expressão é de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 302 e segs.. O Autor indica deveres recíprocos que recaem sobre os negociadores: “comunicar à outra parte a causa de invalidade do negócio, o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que esta lavre, o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração, o de se abster de propostas de contratos nulos por impossibilidade do objeto, e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um ato jurídico.”

<sup>70</sup> Cfr. os comentários de OLE LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, *cit.*, pp. 113 e segs.. Aqui se refere que a boa fé significa honestidade e retidão, o que constituem conceitos subjetivos; já *fair dealing* significa a observância da lealdade, o que conforma um teste objetivo. O artigo 1:202 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos consagra ainda um dever de cooperação entre as partes num contrato. O mesmo dever é previsto pela CESL, no seu artigo 3.º.

<sup>71</sup> Este normativo refere-se à boa fé e *fair dealing* como uma conduta caracterizada por honestidade, abertura, transparência e consideração pelos interesses da contraparte, em todas as fases da relação contratual.

<sup>72</sup> Como alerta MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 311 e segs., “Surge o problema de relacionar essa lealdade imposta pela boa fé com a simples solerça ou astúcia, que define o *dolo tolerado* («*dolus bonus*»), admitido pela lei enquanto circunscrito a artifícios ou sugestões usuais ou normais, conforme os conceitos imperantes no sector negocial em causa. Com efeito, estabelece o n.º 2 do art. 253.º que «não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções».” Cfr., igualmente, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos”, *cit.*, pp. 365 e segs..

<sup>73</sup> Através da responsabilidade pré-contratual, prevista no nosso ordenamento, é possível proteger diretamente a confiança legítima que uma das partes tem em que a outra pauta a sua conduta durante as negociações segundo a boa fé. No domínio da *culpa in contrahendo*, evidenciam-se os deveres de informação, de lealdade e de sigilo. No que diz respeito ao dever pré-contratual de lealdade, está ele presente em textos da *lex mercatoria*, nos quais aparece designado pela expressão equivalente de *fair dealing*: durante as negociações, as partes devem agir de acordo com os usos honestos do comércio. O artigo 2:301 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos versa precisamente sobre negociações contrárias à boa fé – *vide* os comentários de OLE

operando um controlo de conteúdo das cláusulas<sup>74</sup>, consagra o princípio da boa fé como orientador destas, no seu artigo 15.<sup>o</sup><sup>75</sup>, sendo que este princípio é concretizado no artigo 16.<sup>o</sup><sup>76</sup> do mesmo diploma. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA entende ser preferível a

LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, cit., pp. 189 e segs.. Também os artigos 1.8 e 2.1.15 dos Princípios UNIDROIT preveem situações desta natureza, bem como o artigo II.-3:301 do DCFR. A este propósito, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, cit., pp. 201 e segs.; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 303 e segs., “Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos”, cit., p. 363. Sobre a responsabilidade pós-contratual, vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos”, cit., pp. 366-368.

<sup>74</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 284 e segs., indica como fundamento do controlo de conteúdo a “autonomia diminuída ou diluída” do aderente. Veja-se a interessante exposição deste Autor sobre a auto-responsabilidade do aderente. Na p. 289, refere o Autor que “O controlo do conteúdo a que as ccg estão sujeitas representa, pois, dogmaticamente, uma redução da auto-responsabilidade do aderente pelo conteúdo de estipulações que declarou aceitar. A ligação desse conteúdo com a sua autodeterminação é tipicamente muito fraca, pelo que, em correspondência, a sua vinculação não deve ser total, não abrangendo as cláusulas que o prejudiquem excessivamente. A proibição dessas cláusulas constitui uma medida tuteladora dos interesses que o aderente não pode defender através do exercício da autonomia plena.”

<sup>75</sup> Este preceito, que rege que “*São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé.*”, utiliza a noção de boa fé em sentido objetivo, uma boa fé normativa, ou seja, enquanto conjunto de regras de conduta socialmente corretas: os contraentes devem colaborar entre si, e agir de modo honesto, correto e leal. Ainda a propósito deste normativo, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, cit., p. 460, onde o Autor defende que “(...) o carácter censurável do comportamento do predisponente não constitui um pressuposto para a aplicação da norma, podendo a cláusula ser considerada abusiva mesmo que este não tivesse essa consciência ou não tenha violado qualquer regra de conduta”.

<sup>76</sup> O artigo 16.<sup>o</sup> do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, dispõe o seguinte: “*Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.*” Esta concretização realiza-se casuisticamente e fornece uma larga margem de decisão. No entanto, a boa fé “surge no termo de um processo de realização do direito, dotado de justificação e susceptível de controlo.” – vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, cit., pp. 39 e segs.. Os Autores referem ainda que “O quadro valorativo expresso pela locução ‘boa fé’ pode reconduzir-se à tutela da confiança legítima e à necessidade de atentar na materialidade da regulação jurídica. A confiança legítima tem, no Código Civil, através da boa fé, uma proteção alargada. (...) A boa fé objectiva, por seu turno, ao vedar comportamentos enganosos, *in contrahendo*, na execução dos contratos ou no simples exercício dos direitos, ou ao proibir práticas como a de *venire contra factum proprium*, prossegue os mesmos escopos. A propósito das cláusulas contratuais gerais, o legislador não inova neste ponto: apenas expressa, no domínio sensível do tráfico negocial de massas, a necessidade de concretizar, em moldes adaptados, um princípio reitor tradicional do direito privado. Quando tutelada com base na boa fé objectiva, a confiança legítima coloca certas questões de complexidade relativa. Perante a problemática das cláusulas contratuais gerais, o legislador, sempre em termos elásticos, para que não resulte manietada a evolução futura, indica os factores mais significativos, susceptíveis de criar nas partes situações de confiança: o sentido global das cláusulas contratuais, o processo de formação do contrato singular celebrado e o teor deste. As cláusulas contratuais gerais que ofendam a confiança legítima – portanto, a confiança não contrária a outros valores jurídicos ou aos deveres de indagação que no caso caibam – provocada pelos referidos factores ou por outros elementos atendíveis são opostas à boa fé e, como tais, proibidas. (...) As cláusulas contratuais gerais, através dos tipos negociais que prefigurem, indiciam, no seu conjunto, os objectivos prosseguidos pelas partes. Esses objectivos devem obter realização prática. Em consequência, são opostas à boa fé e, assim, proibidas, as cláusulas que, sem justificação legítima, os contrariem, dificultem ou impeçam.” Na tarefa de transposição da Diretiva 93/13/CEE, o legislador português não sentiu necessidade de alterar o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua versão originária, que só mandava atender à contrariedade à boa fé. Deste modo, foi omitida deste diploma a menção ao desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes. No entanto, foi introduzido o artigo 16.<sup>o</sup>, onde se desenvolveram os parâmetros da boa fé, através do apelo à confiança e aos objetivos prosseguidos pelas partes. Já o artigo 9.<sup>o</sup>, n.º 2, alínea b), da Lei de Defesa do Consumidor utiliza uma formulação diversa, proibindo cláusulas que “*originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*”, não sendo complementada com uma menção à boa fé (cfr. o artigo 9.<sup>o</sup>, n.º 3, da Lei 24/96, de 31 de julho). A omissão do desequilíbrio do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e o apelo à confiança foram alvo de críticas intensas por alguns Autores portugueses. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 568 e segs., focando-se na proteção da confiança e na necessidade de acautelar a realização dos objectivos negociais pretendidos pelas partes, aspectos plasmados no artigo 16.<sup>o</sup>, refere que “se é incontrovertido que nestas duas ideias se exprime o essencial do conteúdo regulador do princípio, a verdade é que elas têm uma projecção genérica, caracterizando indiferencialmente o quadro valorativo da boa fé. Correspondendo aos padrões aplicativos comuns, em relação a elas não se fazia sentir uma especial necessidade de explicitação: no campo das ccg, como em qualquer outra área do domínio de operatividade do princípio, a proteção da confiança e da realização material dos fins da relação estão presentes como desenvolvimentos concretizadores da boa fé. Nada de novo, ou de

solução do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, em comparação com preceituado no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE, “(...) uma vez que os interesses a ponderar podem assumir várias expressões”<sup>77</sup>.

O uso de cláusulas contratuais gerais abusivas é, deste modo, proibido, pelo que as cláusulas incluídas num contrato e que se afigurem abusivas não são vinculativas para o consumidor, a parte mais fraca, sendo certo que o contrato pode continuar a vincular as partes se puder subsistir sem as cláusulas consideradas abusivas – é esta a sanção prevista pelo artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE<sup>78</sup>. O legislador português, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por forma a garantir a não vinculatividade das cláusulas abusivas para o consumidor, por ter tido consciência de que era necessário fiscalizar diretamente o conteúdo das cláusulas contratuais gerais, e ao operar, por conseguinte, um controlo de conteúdo das mesmas, optou por estatuir a sanção da nulidade<sup>79/80</sup> (artigo 294.º, do Código Civil), invocável nos termos gerais do Código Civil (artigos 285.º e segs. do Código Civil)<sup>81</sup>, como prescrevem os artigos 12.º e 24.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, quando se refere

---

particularmente útil em matéria de auxílio às decisões judiciais sobre a validade das ccg traz, nessa medida, o disposto no art. 16.º.” Neste sentido, cfr., igualmente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *cit.*, pp. 587 e segs.. Em sentido oposto, afastando as críticas dirigidas ao artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, está ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, *cit.*, pp. 69-74: “Numa valoração global, cremos poder dizer-se que a estruturação do princípio geral de fiscalização do conteúdo consagrado na nossa lei, particularmente no quadro da proclamação autónoma da boa fé como radical princípio ordenador, em articulação com uma adequada intelecção do critério instrumental da confiança e a convocação do objectivo negocial, ‘medido’ pelo tipo contratual em causa, parece apresentar virtualidades operativas superiores aos de outros modelos legais conhecidos.”

<sup>77</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, *cit.*, p. 24, nota 25. Sobre as diferenças entre os normativos em questão, cfr. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, *cit.*, pp. 463 e segs.: “O critério definido no artigo 3.º do diploma comunitário, que não foi expressamente transposto para o nosso ordenamento jurídico, é mais claro e adequado face ao objetivo do diploma de salvaguardar algum equilíbrio entre as partes, isto apesar de também ter de ser verificado em concreto. (...) Neste preceito, o desequilíbrio significativo constitui o elemento relevante para avaliar o respeito pela boa fé, sendo um critério objetivo, que pode ser verificado pelo intérprete com maior facilidade. É irrelevante se a outra parte confiou no equilíbrio da cláusula ou desconfiou, desde o início, como é regra, que esta era desequilibrada. A cláusula, sendo (significativamente) desequilibrada, é abusiva, independentemente do contexto associado à celebração do contrato. Neste sentido, entendemos que o critério do desequilíbrio significativo em detrimento do aderente, apesar de não se encontrar expressamente consagrado, também deve ser utilizado na interpretação da lei portuguesa, a par de outros critérios, tendo como referência o conteúdo do contrato na sua globalidade.” Por sua vez, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé”, *cit.*, p. 589, considera que “o que interessa é saber quando um desequilíbrio se pode dizer significativo de maneira a considerar a cláusula abusiva”.

<sup>78</sup> O artigo 79.º da CESL prevê igualmente a não vinculatividade das cláusulas abusivas e a manutenção do contrato – cfr. REINER SCHULZE, (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, *cit.*, p. 377 e segs.. O artigo II.-9:408 do DCFR firma também a sanção da não vinculatividade das cláusulas consideradas abusivas e a subsistência do contrato. Note-se, no sentido inverso, que os Princípios de Direito Europeu dos Contratos não impõem a sanção da não vinculatividade – cfr. OLE LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, *cit.*, pp. 266 e segs.. A título exemplificativo, o artigo 25.º da Diretiva 2011/83/UE prescreve o seguinte: “As cláusulas contratuais que, directa ou indirectamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente directiva não vinculam o consumidor.”

<sup>79</sup> A Diretiva 93/13/CEE permite, no seu artigo 6.º, n.º 1, e de forma implícita, que os Estados-Membros escolham a categoria jurídica que, no contexto de cada ordenamento, melhor impeça que a cláusula vincule o consumidor. Por conseguinte, a consequência da constatação do caráter abusivo de uma cláusula contratual pode variar consoante a ordem jurídica em que tal problema se coloque.

<sup>80</sup> Note-se que está inequivocamente previsto o regime da nulidade e não um outro, como o da ineficácia.

<sup>81</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, *cit.*, p. 473, entende que a invocação da nulidade não pode ser concedida a qualquer outra pessoa que não o aderente, em particular ao predisponente, e indica como justificação a este desvio do regime da nulidade a intenção de esta figura proteger exclusivamente o interesse de uma das partes, *in casu*, o aderente. Por sua vez, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 55, defendem que “qualquer interessado tem legitimidade para arguir a nulidade das cláusulas visadas”.

às cláusulas contratuais gerais proibidas<sup>82</sup> integradas em contratos singulares. Na senda da Diretiva 93/13/CEE, entende o legislador português que *“O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas.”*, sendo que tal *“(… ) implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos”*, ou seja, vigoram, quanto à parte afetada, as normas supletivas que essas cláusulas contratuais gerais pretendiam afastar e, se necessário, recorre-se às regras de integração dos negócios jurídicos – artigo 13.º, n.os 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Caso tal faculdade atribuída ao aderente não seja exercida ou, caso seja, conduza a um *“desequilibrio de prestações gravemente atentatório da boa fé”*, abre-se a hipótese da redução contratual, como dispõe o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, com a devida remissão, neste campo, para o artigo 292.º do Código Civil: o contrato restringe-se à sua parte válida, exceto se se demonstrar que este não teria sido concluído sem a cláusula ou cláusulas nulas<sup>83</sup>.

Deste modo, a utilização, pelo profissional, de uma cláusula contratual geral abusiva acarreta, por norma, os elementos que caracterizam uma prática comercial desleal *business-to-consumer*, mais concretamente uma ação enganosa, nos termos do artigo 6.º da Diretiva sobre práticas comerciais desleais<sup>84/85</sup> e, por conseguinte, proibida ao abrigo do artigo 5.º, n.º 1, deste diploma. Efetivamente, uma cláusula contratual geral abusiva equivale frequentemente ao fornecimento de informações falsas ou enganosas, sendo assim capaz de induzir em erro o consumidor médio, tomado este sujeito uma decisão de contratar, ou outra relacionada com o produto, que de outro modo não teria tomado, prolongando-se este estado de erro durante a execução do contrato no que diz respeito à extensão dos direitos e obrigações das partes<sup>86</sup>.

No fundo, está aqui em causa o uso consciente, pelo profissional, de cláusulas não vinculativas para o consumidor<sup>87</sup>, o que constituirá uma ação enganosa, proibida nos termos *supra* referidos. Além disso, o uso de cláusulas não vinculativas para o consumidor é considerado uma prática comercial desleal, nomeadamente uma ação enganosa, como já assinalámos, ainda por outra via: a via residual do artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva relativa às

<sup>82</sup> No direito português diz-se que a cláusula é proibida e, por conseguinte, nula.

<sup>83</sup> O ónus da prova cabe à parte que se oponha à redução, nos termos do artigo 342.º do Código Civil.

<sup>84</sup> O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE rege o seguinte: *“É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, (...) e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”* Entendemos que os critérios plasmados neste normativo (a presença de informações falsas, inverídicas, etc.) são objetivos.

<sup>85</sup> SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 28-29, alerta para o facto de o artigo 6.º da Diretiva 2005/29/CE fornecer um “teste” que depende das regras gerais dos negócios jurídicos aplicáveis aos contratos entre profissionais e consumidores. O Autor considera que, de modo a aplicar o teste que permite aferir se o profissional está a fornecer informação falsa ou enganosa relativa aos direitos e obrigações das partes emergentes do contrato ao utilizar cláusulas não vinculativas, deve ser feita uma avaliação relativa ao “conjunto de direitos e obrigações aplicáveis ao abrigo da lei nacional aplicável ao contrato.” Em suma, “sempre que cláusulas contratuais que sejam não vinculativas nos termos da lei nacional aplicável ao contrato forem utilizadas, este uso deve ser considerado constituir uma prática comercial desleal, nomeadamente uma ação enganosa.”

<sup>86</sup> A este propósito, veja-se, em particular, o artigo 6.º, n.º 1, alíneas *c*, *f*, e *g*, da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>87</sup> A utilização de cláusulas abusivas consubstancia o uso de cláusulas não vinculativas pelo facto de a não vinculatividade ser a sanção aplicada àquelas cláusulas.

práticas comerciais desleais, através do preenchimento dos requisitos de violação das exigências de diligência profissional e da capacidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio. De facto, a diligência profissional exige que o profissional tenha consciência do caráter não vinculativo das cláusulas para o consumidor e, por conseguinte, se abstinha de as utilizar, *rectius*, se abstinha de fornecer cláusulas contratuais gerais abusivas ou de manter estas cláusulas em contratos já celebrados<sup>88/89</sup>, pois estas levam à distorção material do comportamento económico do consumidor médio. O consumidor médio acredita, devido às características dos contratos de adesão, das cláusulas contratuais gerais, e das circunstâncias que normalmente rodeiam a celebração de um contrato com esta forma, que está vinculado por todas as cláusulas que integram o negócio, embora tal não corresponda, nestes casos, à realidade. Por conseguinte, o consumidor não sabe, na verdade, quais são os direitos e deveres que vinculam as partes, o que leva a que o profissional, como adverte SALVATORE ORLANDO<sup>90</sup>, muitas vezes se aproveite deste estado de ignorância do consumidor acerca do caráter não vinculativo das cláusulas e lhe seja possível, deste modo, fazer valer a seu favor as cláusulas consideradas abusivas. Isto posto, recarará sobre o profissional o dever, no âmbito da sua diligência profissional, de informar o consumidor de tais patologias do clausulado contratual, bem como da sua não vinculatividade<sup>91</sup>.

### **3.2. A intransparência das cláusulas contratuais gerais: uma proibição específica**

Importa agora analisar a proibição específica consagrada pela Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com os consumidores – Diretiva 93/13/CEE.

Neste campo, dois artigos se coordenam: o artigo 7.º da Diretiva sobre práticas comerciais desleais<sup>92</sup>, que versa sobre omissões enganosas, e o artigo 5.º da Diretiva sobre cláusulas abusivas.

O artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE faz recuar sobre o profissional um imperativo de transparência, que tem o seu núcleo na clareza e na suscetibilidade de compreensão das cláusulas contratuais gerais. Por conseguinte, devem estas ser lavradas “*de forma clara e*

<sup>88</sup> Deste modo, tanto constituirá uma prática comercial desleal a oferta, pelo profissional, de cláusulas abusivas, como a manutenção destas nos contratos já celebrados.

<sup>89</sup> É, assim, corporizada uma regra de conduta uniforme, a ser levada em conta em todos os Estados-Membros: o profissional deve abster-se de utilizar cláusulas contratuais gerais que não sejam vinculativas na jurisdição onde atua – é o que se pode extrair do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>90</sup> Cfr. SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, p. 30.

<sup>91</sup> Neste sentido, vide SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 29-30.

<sup>92</sup> Este normativo rege o seguinte, no seu n.º 1: “*Uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omita uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida, e, portanto, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.*”

*compreensível*<sup>93/94</sup>. Esta obrigação encerra, claramente, uma proibição simultânea correspondente<sup>95</sup>: a proibição da utilização, por parte do profissional, de cláusulas contratuais gerais, incluídas em contratos de adesão, que não estejam redigidas em linguagem clara e inteligível, ou seja, que não sejam transparentes. Estamos aqui perante uma abusividade formal. O que se pretende, no fundo, é impedir a distorção do comportamento económico do consumidor por cláusulas não transparentes, no que diz respeito quer à decisão de contratar, quer em relação às decisões que terá de tomar durante a execução do contrato. Uma cláusula não está redigida de forma clara e compreensível se é de difícil leitura, não acessível, está dissimulada ou até mesmo escondida no esquema contratual.

Quando a falta de transparência e clareza incide sobre cláusulas que contêm informação substancial<sup>96</sup> para que o consumidor tome uma decisão de contratar plenamente livre e esclarecida, sobre cláusulas que identificam o objeto principal do contrato, ou ainda sobre cláusulas que definam os serviços ou bens, ou o preço ou remuneração, como previsto no artigo 7.º, n.ºs 2 e 4, da Diretiva 2005/29/CE – Diretiva sobre as práticas comerciais desleais –, estamos perante uma prática que se deve considerar desleal<sup>97</sup>, mais concretamente uma prática comercial desleal que consiste numa omissão enganosa<sup>98</sup>. Em suma, a ocultação ou a apresentação de modo pouco claro, inteligível, ambíguo ou tardio de informações substanciais equivale a uma omissão enganosa – cfr. artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE<sup>99/100</sup>.

<sup>93</sup> Também a Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31 de julho –, prescreve, no seu artigo 9.º, n.º 2, alínea a), *“Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados (...)”, que o profissional está obrigado à “(...) redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais (...)”*. Caso esta disposição seja violada, aplica-se o regime das cláusulas contratuais gerais, como prescreve o artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Nesta linha de pensamento, a Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, expressa, nos seus artigos 5.º, 6.º, 7.º, e 8.º, e a propósito dos contratos à distância, dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, e outros (também no âmbito desta contratação abundam os contratos de adesão), a obrigação de o profissional apresentar ao consumidor um contrato redigido *“de forma clara e compreensível”*, com as informações *“legíveis”*. Por sua vez, o artigo 82.º da CESL prevê o dever de transparência, impondo que as cláusulas sejam redigidas de forma clara e inteligível. Do mesmo modo, o artigo II.-9:402 do DCFR impõe também este dever.

<sup>94</sup> A Diretiva não especifica uma sanção para os casos em que o imperativo de transparência é violado.

<sup>95</sup> Cfr. SALVATORE ORLANDO, *“The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”*, *cit.*, p. 34.

<sup>96</sup> O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março refere-se, no seu artigo 9.º, a *“informação com requisitos substanciais”*.

<sup>97</sup> Também nesta sede, note-se que tanto constituirá uma prática comercial desleal a oferta, pelo profissional, de cláusulas não transparentes, como a manutenção destas nos contratos já celebrados.

<sup>98</sup> Víde SALVATORE ORLANDO, *“The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”*, *cit.*, p. 33.

<sup>99</sup> O artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE, dispõe o seguinte: *“Também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspectos descritos no n.º 1, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”*

<sup>100</sup> Note-se, no entanto, e como adverte ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *“A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada”*, *cit.*, p. 227, e *“O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”*, *cit.*, que *“(...) no limite, uma informação em excesso pode conduzir ou equivaler, na prática, a uma falta de informação!”* Esclarece o Autor que *“(...) poucos consumidores teriam a paciência de ler um manual de informações de centenas de páginas... E talvez não seja mesmo exigível, a quem ‘use de comum diligência’, um comportamento diverso, embora isso dependa sempre, como é óbvio, de vários factores, entre os quais o tipo de operação efectuada e a natureza do bem adquirido ou do serviço prestado.”*

A este propósito, e tendo como base o princípio de transparência que a Diretiva 93/13/CEE pretendeu implementar, cumpre referir que a lei portuguesa, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, consagra um conjunto de normas que operam um controlo de inclusão das cláusulas por forma a assegurar que o aderente conheça o conteúdo do contrato, suscitando, deste modo, a sua reflexão com vista à perfeição do consenso<sup>101</sup>. Ainda antes de ser celebrado o contrato, impõe o legislador ao predisponente a comunicação (corolário do princípio da boa fé), de modo adequado, oportuno e na íntegra, das cláusulas, previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro<sup>102</sup>. Caso a comunicação não seja efetuada<sup>103</sup>, aplica-se o artigo 8.º, alínea *a*), que impõe a exclusão das cláusulas não comunicadas dos contratos<sup>104</sup>. A boa fé impõe ainda, durante a fase pré-contratual, um dever de informação<sup>105</sup> (artigo 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais)<sup>106</sup>, por forma a permitir ao aderente a compreensão do conteúdo do contrato, mormente dos termos técnicos envolvidos, esclarecendo aquele sujeito as suas dúvidas, e cuja violação implica igualmente o emprego do artigo 8.º, alínea *b*), bem como, possivelmente, haverá lugar a responsabilidade pré-contratual. Proíbe ainda o legislador as cláusulas-surpresa, ou seja, “cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real” e “cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”: artigo 8.º, alíneas *c*) e *d*)<sup>107</sup>. Perante cláusulas com tais patologias, optou o legislador pela manutenção dos contratos singulares atingidos. Na parte afetada, e como indica o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85, devem vigorar as normas supletivas afastadas pelas cláusulas contratuais gerais e, se necessário, deve recorrer-se às regras de integração da lei civil. Já o n.º 2 do artigo 9.º menciona que “Os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.”

Quanto à interpretação das cláusulas contratuais gerais, dispõe o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que estas “são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro

<sup>101</sup> No entanto, é sabido que a ordem jurídica não consegue assegurar o conhecimento perfeito e efetivo em todas as situações, daí que preveja, por exemplo, o regime do erro-vício (artigos 251.º e segs. do Código Civil).

<sup>102</sup> O n.º 2 deste normativo dispõe o seguinte: “A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.”

<sup>103</sup> A comunicação adequada constitui um ónus de quem pretende incluir uma cláusula num contrato. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 25, entendem diferentemente: “O dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma actividade razoável.”

<sup>104</sup> Só integram o contrato as cláusulas objeto de acordo entre as partes, o que não acontece com as cláusulas não comunicadas.

<sup>105</sup> Também possível de ser designado por “dever de esclarecimento”. Devem, portanto, ser esclarecidas todas as cláusulas que possam não ser claras, tendo-se em conta a contraparte, nomeadamente o seu nível cultural e a sua condição.

<sup>106</sup> Veja-se também o artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

<sup>107</sup> O artigo 2.1.20 dos Princípios UNIDROIT proíbe igualmente as cláusulas-surpresa.

*do contexto de cada contrato singular em que se incluam*<sup>108</sup>. Por sua vez, o artigo 11.º do diploma em questão refere, no seu n.º 1, que “As cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real.” Estes normativos chamam à colação, assim, a teoria da impressão do destinatário, que dá prevalência à interpretação que o destinatário faz do negócio jurídico, o que nos remete para o artigo 236.º, n.º 1, do Código Civil<sup>109</sup>.

À semelhança do que acontece com o disposto no artigo 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a Diretiva prevê no artigo 5.º que a interpretação que prevalece em caso de ambiguidade de uma cláusula é a mais favorável, em última instância, ao consumidor aderente (princípio *in dubio contra stipulatorem*)<sup>110</sup>. No entanto, esta regra não se aplicará em sede de ação inibitória<sup>111</sup>.

### 3.3. O Acórdão Pereniková e Perenic, do Tribunal de Justiça da União Europeia

Recentemente, o julgador comunitário pronunciou-se sobre a interação entre as regras de proteção do consumidor plasmadas na Diretiva sobre cláusulas abusivas e as regras da Diretiva sobre práticas comerciais desleais. O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de março de 2012, Processo C-453/10 – *Acórdão Pereniková e Perenic*<sup>112</sup> –, trata-se da primeira decisão que realiza essa conexão, o que constitui um marco importante

<sup>108</sup> Como explicam MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 31, “Recusou-se a possibilidade de interpretações ou integrações realizadas na base exclusiva das próprias cláusulas contratuais gerais, dando-se prevalência a uma justiça individualizadora. As circunstâncias concretas dos contratos singulares podem, de facto, levar a resultados interpretativos ou integrativos diferentes dos propiciados por elencos abstractos de cláusulas, permitindo uma justiça material mais apurada.” Neste sentido dispõe também o artigo 5:105 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, ao impor que as cláusulas sejam interpretadas à luz do contrato, como um todo, em que se inserem – *vide* OLE LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, *cit.*, p. 296. A par, está o artigo II.-8:105 do DCFR.

<sup>109</sup> Este artigo dispõe o seguinte, no seu n.º 1: “A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.” MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 32, advertem para o facto de que “As responsabilidades particulares que recaem sobre a pessoa que impõe cláusulas contratuais gerais – a qual, tendo ponderado as cláusulas a que recorre, deve conhecer o seu sentido – justificam que não se consagre uma ressalva semelhante à da última proposição do referido artigo 236.º, n.º 1, do Código Civil. Portanto, o sentido deduzido pelo aderente normal, colocado na posição do aderente real, colhe, ainda que a contraparte não possa razoavelmente contar com ele.”

<sup>110</sup> O artigo 5:103 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos prevê igualmente esta regra – *veja-se* OLE LANDO; HUGH BEALE, (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, *cit.*, pp. 294 e segs.. Nos mesmos moldes, *veja-se* o artigo 4.6 dos Princípios UNIDROIT, os artigos 64.º e 65.º da CESL, e o artigo II.-8:103 do DCFR.

<sup>111</sup> A este propósito, *veja-se* os artigos 5.º, *in fine*, e 7.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE, e artigo 11.º, n.º 3, da Lei das cláusulas contratuais gerais. No âmbito de uma ação inibitória, quando o tribunal se debruça, em abstrato, sobre um conjunto de cláusulas, avaliando se são ou não válidas, pode encontrar uma cláusula dúbia. Neste campo, aquele que é o sentido mais prejudicial da cláusula em relação ao aderente será o sentido que mais interessa a este sujeito, uma vez que se se optar por este sentido mais prejudicial eventualmente a cláusula será declarada nula. Ou seja, o mais favorável ao aderente, em última instância, é que a cláusula lhe seja considerada prejudicial.

<sup>112</sup> Disponível para consulta em <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)> (18.03.2015).

na jurisprudência comunitária digno de análise<sup>113</sup>. O Tribunal aproveitou o ensejo para desenvolver a sua jurisprudência relativa à proteção dos consumidores e esclarecer as consequências da existência de cláusulas abusivas na validade dos negócios jurídicos, salvaguardando-se as exigências de certeza e segurança jurídicas. Examina-se, neste Acórdão, se a existência de uma prática comercial desleal na aceção da Diretiva 2005/29/CE pode influenciar a apreciação do caráter abusivo de uma cláusula contratual geral, segundo o disposto na Diretiva sobre cláusulas abusivas.

### **a) Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais**

Os demandantes, *Perenicová e Perenic*, celebraram um contrato de crédito com a SOS, uma instituição não-bancária que concede crédito ao consumo com base em contratos de adesão.

O crédito em questão tinha o valor de 4 979 euros<sup>114</sup>, e devia ser pago pelos demandantes em trinta e duas prestações mensais de 199 euros, às quais acresceria uma trigésima terceira prestação de valor igual ao montante do crédito concedido, ou seja, de 4 979 euros. Por conseguinte, *Perenicová e Perenic* deveriam pagar o montante total de 11 352 euros.

No contrato de crédito foi fixada uma TAEG<sup>115</sup> no valor de 48,63%, mas, de acordo com os cálculos efetuados pelo tribunal de reenvio, esta ascendia a 58,76%, uma vez que a SOS não incluiu no seu cálculo da TAEG algumas despesas respeitantes ao crédito concedido.

Da decisão de reenvio consta que o contrato de crédito em causa no processo principal continha uma série de cláusulas que, do ponto de vista dos demandantes, lhes eram desfavoráveis.

Acresce à factualidade exposta o facto de os demandantes no processo principal terem incorrido em mora, o que teve como consequência o facto de a sociedade SOS lhes ter aplicado uma pena contratual no montante de 209 euros.

Posteriormente, os demandantes intentaram uma ação no órgão jurisdicional de reenvio para declaração de nulidade do contrato de crédito celebrado. Perante tal pedido, o tribunal de reenvio observou que a declaração de nulidade do contrato de crédito no seu todo a curto prazo, e devido ao caráter desvantajoso de algumas das suas cláusulas, era mais favorável

<sup>113</sup> Seguimos de perto a abordagem e comentários de BERT KEIRSBILCK, "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic", *cit.*

<sup>114</sup> Apesar de a moeda em que foi concedido o crédito ser a coroa eslovaca, preferimos a abordagem em euros, de forma a facilitar a compreensão.

<sup>115</sup> Como explica o artigo 3.º, alínea *i*), da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores, e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, *in Jornal Oficial n.º L 133 de 22/05/2008*, pp. 66-92, TAEG significa Taxa Anual de Encargos Efetiva Global e representa o "custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito". Por sua vez, o custo total do crédito para o consumidor é definido no artigo 3.º, alínea *g*), como "todos os custos, incluindo juros, comissões, taxas e encargos de qualquer natureza ligados ao contrato de crédito que o consumidor deve pagar e que são conhecidos do mutuante, com exceção dos custos notariais (...)" . Esta taxa é objeto de análise no artigo 19.º da mesma Diretiva. No que diz respeito ao direito português, o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que fez a transposição da Diretiva 2008/48/CE, faz referência à definição de TAEG no seu artigo 4.º, n.º 1, alínea *i*).

para os demandantes no processo principal do que a manutenção da validade das cláusulas que não foram consideradas abusivas. No primeiro caso, os demandantes ficariam obrigados a pagar apenas juros de mora à taxa de 9%, e não a totalidade das despesas relativas ao crédito que lhes foi concedido e que eram muito superiores àqueles juros.

O tribunal de reenvio teve dúvidas quanto à questão de saber se o contrato controvertido continha uma cláusula abusiva, no sentido da Diretiva 93/13/CEE, e quais as consequências desta circunstância sobre a validade do contrato. Ademais, questionou o tribunal até que ponto deveriam ser satisfeitos os interesses de proteção dos consumidores (por exemplo através da declaração de nulidade total do contrato) e se a essa pretensão se opunham porventura as disposições da Diretiva 2005/29/CE.

Deste modo, e por ter achado necessária uma interpretação do direito da União, o tribunal decidiu submeter à apreciação do Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) O objetivo de proteção do consumidor, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE [...], permite concluir que, no caso de serem identificadas cláusulas contratuais abusivas, o contrato não vincula, na totalidade, o consumidor, quando isso seja mais favorável a este último?

2) Os critérios que configuram uma prática comercial desleal, na aceção da Diretiva 2005/29/CE [...], permitem concluir que, quando o operador menciona no contrato uma [TAEG] inferior à real, se pode considerar que tal comportamento do operador face ao consumidor constitui uma prática comercial desleal? A Diretiva 2005/29/CE [...] permite concluir, caso se apure a existência de uma prática comercial desleal, que isso tem incidência na validade do contrato de crédito e na prossecução dos objetivos dos artigos 4.º, n.º 1, e 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE [...], se a nulidade do contrato for mais favorável para o consumidor?”

## **b) Conclusões da Advogada-Geral**

### **i. Observações preliminares**

Antes de se partir para a análise direta das questões prejudiciais suscitadas junto do Tribunal de Justiça da União Europeia, cumpre analisar as observações preliminares realizadas pela Advogada-Geral Verica Trstenjak a propósito do direito da União, e em sede das suas Conclusões<sup>116</sup>.

Em primeiro lugar, focam-se estas observações no facto de o sistema instituído pela Diretiva sobre cláusulas abusivas assentar na ideia central de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade em relação ao profissional com quem contrata, inferioridade que se

<sup>116</sup> Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas a 29 de novembro de 2011 e relativas ao processo C-453/10, disponíveis para consulta em [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (18.03.2015).

manifesta quer no que diz respeito ao poder de negociação, quer ao nível de informação, o que o leva, de facto, a aderir às cláusulas contratuais gerais oferecidas pelo profissional sem poder, portanto, influenciar o conteúdo das mesmas. É neste sentido que o artigo 6.º da Diretiva 93/13/CEE se apresenta, ao prever que as cláusulas abusivas não vinculam o consumidor: uma disposição que visa alcançar um equilíbrio real entre os direitos e obrigações das partes<sup>117</sup>. Deste modo, e para se assegurar a aplicação do artigo 6.º bem como do artigo 7.º da Diretiva, a intervenção do juiz nacional passará por uma apreciação oficiosa do caráter abusivo de uma cláusula, conseguindo-se assim uma proteção efetiva do consumidor e uma possível dissuasão que contribua para por termo à utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados com consumidores por um profissional<sup>118</sup>.

No que concerne às questões prejudiciais suscitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, entende-se que a primeira delas diz respeito ao alcance da proteção concedida ao consumidor pelo artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE. Pretendeu o tribunal de reenvio saber se esta disposição da Diretiva permite aos Estados-Membros, uma vez detetada uma cláusula contratual geral abusiva num contrato de adesão, prever no seu ordenamento interno a consequência jurídica da nulidade total do contrato em causa quando tal se afigure mais favorável ao consumidor do que a subsistência do contrato sem a cláusula abusiva, ou seja, quando tal seja mais favorável do que a via da redução. Por sua vez, a segunda questão prejudicial diz respeito à conjugação das Diretivas em causa, ou seja, a conjugação da Diretiva 93/13/CEE com a Diretiva 2005/29/CE, com vista à proteção do consumidor<sup>119</sup>.

## **ii. Primeira questão prejudicial: o impacto das cláusulas abusivas na validade do contrato como um todo**

Como ponto de partida, indicou a Advogada-Geral o objetivo de harmonização mínima operado pela Diretiva 93/13/CEE. Deste modo, será necessário determinar os requisitos jurídicos imperativos que o legislador comunitário impõe aos diversos Estados-Membros e que representam, portanto, o nível mínimo de proteção previsto pelo direito da União.

Como pedra de toque que constitui na resposta a esta questão, já que plasma as consequências jurídicas que se devem verificar quando da utilização de cláusulas abusivas, importa relembrar o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE: os Estados-Membros devem assegurar que as cláusulas abusivas não vinculam o consumidor; mais: a presença de uma cláusula abusiva num contrato importa apenas, por norma, a invalidade dessa cláusula, estando o restante conteúdo contratual salvaguardado e a vincular as partes, já que foi eliminado o desequilíbrio em detrimento do consumidor que existia, materializado pela cláusula abusiva.

---

<sup>117</sup> Parágrafo 43 das Conclusões.

<sup>118</sup> Parágrafo 44 das Conclusões.

<sup>119</sup> Parágrafo 45 das Conclusões.

Portanto, caso seja identificada uma cláusula abusiva num contrato de adesão, os Estados-Membros não estão obrigados a cominar com a nulidade todo o contrato. Mas só assim é se o contrato puder subsistir sem as cláusulas abusivas, caso contrário será declarado inválido na sua totalidade.

E como averiguar se um contrato pode subsistir sem a cláusula abusiva? Quais os critérios para essa aferição? A resposta a esta pergunta é relevante, uma vez que o tribunal de reenvio pretendeu saber qual a importância atribuída ao interesse real ou presumido do consumidor na extinção do vínculo contratual. Duas vias se mostram possíveis: realizar-se uma apreciação com base em critérios subjetivos ou, pelo contrário, com base em critérios objetivos. Uma avaliação fundada em critérios subjetivos privilegiaria o interesse real ou efetivo do consumidor na qualidade de parte contratante, cabendo ao juiz nacional analisar casuisticamente se a nulidade do negócio jurídico na totalidade seria mais favorável àquele sujeito. Por sua vez, uma avaliação com base num critério objetivo utilizaria como marco aferidor a exequibilidade do contrato, apesar da nulidade de determinadas cláusulas consideradas abusivas. Neste campo, a Advogada-Geral considerou que a resposta a tal questão não deve passar por um critério subjetivo de vantagem para o consumidor, ou seja, não deve depender da posição do consumidor e de uma situação eventualmente mais favorável para este mediante uma resolução do contrato. Preferiu, antes, uma avaliação com base num critério objetivo de exequibilidade futura do contrato. Para fundamentar a sua posição, chamou à colação, desde logo, a redação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva sobre cláusulas abusivas, argumentando que o diploma não transparece qualquer indicação de que se deve cominar com a nulidade todo o contrato quando isso seja mais favorável para o aderente (*in casu*, o consumidor), apenas impondo a nulidade total do negócio em casos excepcionais, como se depreende da leitura do normativo e do vigésimo segundo “considerando” da Diretiva 93/13/CEE, que faz alusão à possibilidade objetiva da subsistência do contrato em questão, a apreciar por uma parte imparcial. A Advogada-Geral indicou também como motivo explicativo da sua escolha o facto de o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva sobre cláusulas abusivas ser uma disposição imperativa e que pretende substituir o equilíbrio formal estabelecido pelo negócio jurídico por um equilíbrio real, objetivo que não seria atingido com a cominação da nulidade de todo o contrato em função do interesse do consumidor, além de ser ferida, deste modo, a autonomia contratual e a segurança jurídica.

Em suma, advogou que, como fator decisivo para se determinar o destino do contrato, deve considerar-se a possibilidade efetiva, e a apreciar objetivamente, de o contrato se manter em vigor. A manutenção do contrato só poderia ser negada se, da perspetiva de ambos os contraentes, a nulidade de uma ou mais cláusulas implicar que a base do contrato deixou de existir, o que compete ao juiz nacional averiguar. Mais: os Estados-Membros não estão obrigados, por força do direito da União, a estipular, nos respetivos direitos nacionais, que a existência de cláusulas abusivas num dado contrato celebrado com um consumidor deve ser sancionada com a invalidade total do negócio quando tal seja mais favorável para o consumidor.

No entanto, lembrou que a Diretiva 93/13/CEE operou uma harmonização mínima das legislações nacionais sobre cláusulas abusivas. Neste sentido, o seu artigo 8.º dispõe que os Estados-Membros “podem adotar ou manter (...) disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor.” Assim, o normativo referido permite aos Estados-Membros regularem as consequências da invalidade de forma mais estrita do que a prevista no artigo 6.º, pelo que pode haver lugar à adoção de disposições mais rigorosas que, por isso, cominem com a nulidade total do contrato, caso se verifique a existência de uma ou mais cláusulas abusivas, contanto que este quadro seja mais favorável para o consumidor do que a subsistência do negócio<sup>120</sup>.

### **iii. Segunda questão prejudicial: a relação entre a Diretiva 2005/29/CE e a Diretiva 93/13/CEE**

Tendo esta segunda questão prejudicial duas partes, cabe analisá-las separadamente. Na primeira parte, o tribunal de reenvio solicitou esclarecimentos sobre se a indicação errada da TAEG num contrato de crédito ao consumo constitui uma prática comercial desleal no sentido da Diretiva 2005/29/CE. Já na segunda parte da questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretendeu saber quais as consequências dessa eventual qualificação como prática comercial desleal sobre a validade do contrato em questão.

Para uma correta resposta a este tema, é necessário analisar as disposições da Diretiva 2005/29/CE relevantes: uma delas é, claramente, a do artigo 5.º, que já abordámos anteriormente, e que prevê a proibição das práticas comerciais desleais, além de estabelecer os critérios que permitem determinar o caráter desleal de uma prática.

No entanto, caberá em primeiro lugar averiguar se a celebração de um contrato de crédito (de adesão) ao consumo se enquadra na definição legal contida na alínea *d*) do artigo 2.º da Diretiva 2005/29/CE, ou seja, se cabe na definição de prática comercial *business-to-consumer*. De acordo com a Advogada-Geral “(...) a oferta, a título profissional, de operações de crédito aos consumidores em causa no caso vertente pode ser considerada uma ação relacionada com a venda de um produto, nomeadamente, uma prestação de um serviço financeiro”<sup>121</sup>. Logo, a oferta de um contrato crédito ao consumo constitui uma prática comercial *business-to-consumer*, pelo que claramente cai no escopo de aplicação da Diretiva 2005/29/CE, nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1.

Impõe-se também saber se a indicação de uma TAEG inferior à real pode ser qualificada como uma prática comercial desleal, no sentido prescrito pelos artigos 5.º e segs. da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Assim, entendeu que a indicação no contrato de uma TAEG mais baixa do que a realidade constitui uma ação enganosa, nos termos dos artigos

<sup>120</sup> Parágrafos 53 a 74 das Conclusões.

<sup>121</sup> Parágrafo 80 das Conclusões.

5.º, n.º 4, alínea *a*), em conjugação com o artigo 6.º, n.º 1, alínea *d*), da Diretiva 2005/29/CE<sup>122</sup>, já que esta prática em particular fornece informação falsa em relação a um elemento substancial (o preço, conceito onde se inclui a TAEG) e, deste modo, leva o consumidor médio a tomar uma decisão de contratar (ou outra relacionada com o produto) que de outro modo não tomaria, uma vez que é mencionado um valor significativamente inferior ao real, e a TAEG constitui um dado essencial no âmbito dos contratos de crédito, senão o mais importante, além de que as exigências de diligência profissional são violadas por condutas deste tipo. Acresce que a Diretiva 87/102/CEE, relativa ao crédito ao consumo, é a aplicável por razões temporais ao caso, exige expressamente, no seu artigo 4.º, n.º 2, alínea *a*), que todos os contratos escritos indiquem a taxa anual de encargos efetiva global. Estamos perante, então, uma prática comercial desleal, nos termos do artigo 5.º da Diretiva 2005/29/CE.

Estando deste modo respondida a primeira parte da segunda questão prejudicial, cumpre passar agora à segunda: quais as consequências que a qualificação de uma prática comercial como desleal (*in casu*, ação enganosa), no sentido da Diretiva 2005/29/CE, tem sobre a validade do contrato controvertido, no contexto da Diretiva 93/13/CEE?

Em primeiro lugar, é notório que o contrato de crédito ao consumo celebrado pelos demandantes no processo principal com a SOS se trata de um contrato entre um profissional e consumidores. Ademais, é um contrato de adesão. Deste modo, este contrato cai nos âmbitos de aplicação pessoal e material da Diretiva sobre cláusulas abusivas, definidos nos artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, deste diploma.

Neste campo, “a cláusula que contém a indicação errada da taxa anual de encargos efetiva global terá de ser objeto de um controlo de conteúdo nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE”, desde que essa cláusula não se encontre redigida de maneira clara e compreensível, o que caberá ao julgador nacional averiguar casuisticamente<sup>123</sup>. Cabe, assim, ao tribunal de reenvio a tarefa da avaliação casuística do caráter abusivo da cláusula em causa, análise que deve ser realizada nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE.

A Advogada-Geral entendeu que o facto de se encontrar uma prática comercial desleal num contrato deve ser tido em conta na avaliação do caráter abusivo de uma cláusula, no sentido

---

<sup>122</sup> BERT KEIRSBILCK, “The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Pereníc”, *cit.*, pp. 256-261, afirma que, na sua opinião, não há uma linha clara que separe as ações enganosas (artigo 6.º da Diretiva 2005/29/CE) das omissões enganosas (artigo 7.º da Diretiva), de tal modo que entende que o artigo 6.º deve ser interpretado tendo em conta o artigo 7.º e vice-versa, especialmente nas áreas em que os seus escopos se possam sobrepor. Critica, portanto, a opinião da Advogada-Geral, plasmada no parágrafo 96 das suas Conclusões, de que a prática em questão não pode ser vista como uma “omissão resultante da ocultação de informações” e, por conseguinte, é excluída a aplicação do artigo 7.º. Conclui o Autor, afirmando que o artigo 7.º pode ser aplicado ao uso de cláusulas que fornecem informação substancial (de que é exemplo o custo do crédito) de forma não clara ou inteligível (como através de uma incorreta indicação da TAEG). Para corroborar tal pensamento, chama à colação a *ratio* dos artigos 3.º e 4.º da Diretiva 87/102/CEE (Diretiva aplicável *in casu*): o objetivo das informações requeridas por estes normativos nos contratos de crédito ao consumo é proteger o consumidor contra cláusulas abusivas e fazer com que este sujeito tenha pleno conhecimento do articulado. Convoca, ainda, o artigo 7.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29/CE que entende poder ser aplicado à prática em questão no processo, uma vez que este artigo qualifica a infração dos deveres de informação como uma omissão enganosa.

<sup>123</sup> Parágrafos 115 a 119 das Conclusões.

do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva relativa às cláusulas abusivas, a abusividade de uma cláusula é avaliada tendo em conta *"todas as circunstâncias"* que rodearam a celebração do contrato, o que inclui, claramente, práticas comerciais que têm como função e objetivo seduzir os consumidores. Isto não significa, no entanto, que a deslealdade de uma prática comercial seja sinal automático de abusividade de uma cláusula contratual. Em suma: encontrar uma prática comercial desleal num contrato não pode ter mais do que um efeito indireto na determinação do caráter abusivo de uma cláusula. Assim, a resposta à segunda parte desta questão consiste em que *"(...) a constatação do caráter desleal de uma prática comercial não tem incidência direta na questão de saber se o contrato de crédito celebrado no quadro dessa prática comercial é válido"*<sup>124/125</sup>.

### c) Decisão

O Tribunal seguiu as conclusões da Advogada-Geral e explicitou, em resposta à primeira questão prejudicial, que a sanção imposta pelo artigo 6.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva 93/13/CEE, deve ser interpretada no sentido de que um contrato que contenha cláusulas abusivas deve continuar a vincular as partes se é objetivamente capaz de existir sem aquelas. Por conseguinte, na apreciação da questão de saber se um contrato que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear apenas no caráter eventualmente vantajoso, para o consumidor, da declaração de nulidade total do negócio jurídico.

O Tribunal de Justiça da União Europeia ressalta ainda o facto de a Diretiva 93/13/CEE ter procedido apenas a uma harmonização mínima, não se opondo, portanto, a que um Estado-Membro preveja uma regulamentação nacional que permita declarar nulo no seu todo um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor que contém uma ou várias

<sup>124</sup> Parágrafo 126 das Conclusões.

<sup>125</sup> BERT KEIRSBILCK, "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Pereniková and Perenik", *cit.*, pp. 256-261, refere que a aplicação cumulativa de regras compatíveis respeitantes, por um lado, a práticas comerciais desleais e, por outro, a cláusulas abusivas, é possível em duas perspetivas diferentes. Alerta o Autor para o facto de que tanto a Advogada-Geral Verica Trstenjak, como o Tribunal de Justiça da União Europeia, avaliaram em primeiro lugar se a incorreta indicação da TAEG num contrato de abertura de crédito de adesão se qualifica como uma prática comercial desleal e, num segundo momento, focaram-se no facto de analisar se esta qualificação estabelece automaticamente, e *per si*, a abusividade da cláusula em questão, no sentido do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE. O Autor fornece, de seguida, uma alternativa a esta perspetiva, advogando que, em primeiro lugar, pode ser avaliado se um contrato de abertura de crédito ao consumo, de adesão, que contém uma cláusula com uma indicação errada da TAEG se qualifica como abusiva para efeitos da Diretiva 93/13/CEE e, posteriormente, analisar se tal qualificação é tal que estabelece automaticamente, e por si só, que se trata de uma prática comercial desleal, no sentido da Diretiva 2005/29/CE. Refere ainda que a cláusula em questão no processo viola a regra de transparéncia prescrita pelo artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE, ao fornecer informação substancial de forma não clara nem inteligível, e, ainda, que cláusulas não transparentes no sentido do artigo 5.º se devem qualificar como abusivas, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e, por conseguinte, inválidas segundo o artigo 6.º, n.º 1 da mesma Diretiva.

cláusulas abusivas, quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor<sup>126</sup>.

Já no que diz respeito à segunda questão prejudicial, decidiu também na esteira das conclusões da Advogada-Geral, que a indicação, numa cláusula de um contrato de crédito ao consumo que não foi individualmente negociada, de uma TAEG mais baixa do que a real constitui uma ação enganosa, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE, capaz de levar o consumidor médio a tomar uma decisão de contratar que de outro modo não teria tomado. *In casu*, estamos perante uma informação falsa que incide sobre o custo total do crédito, sobre o preço.

A constatação do caráter desleal de uma prática comercial constitui um elemento, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, em que o juiz se pode basear para apreciar o caráter abusivo das cláusulas de um contrato, mas não é suscetível de demonstrar automaticamente, e por si só, o caráter abusivo das cláusulas em questão.

O Tribunal adverte ainda, a propósito da constatação de que a indicação errada da TAEG constitui uma prática comercial desleal para efeitos de apreciação da validade do contrato em causa no seu todo, que a Diretiva 2005/29/CE aplica-se sem prejuízo do *"direito contratual"* e, em especial, das regras relativas à validade, formação e efeitos dos contratos, como prescreve o seu artigo 3.º, n.º 2<sup>127</sup>.

Logo, o facto de se encontrar, num contrato, uma cláusula que se traduz numa prática comercial desleal, não tem efeito direto na avaliação, nos termos dos artigos 4.º, n.º 1, e 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE, do caráter abusivo das cláusulas relativas ao custo do empréstimo, nem na validade do contrato de crédito<sup>128</sup>.

#### **4. A necessidade de coordenação normativa entre a diretiva sobre cláusulas abusivas e a diretiva relativa às práticas comerciais desleais – uma visão coesa dos diplomas**

Indicámos já um dos aspetos da relação entre as Diretivas em estudo. No entanto, a ligação entre a Diretiva sobre cláusulas abusivas e a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais<sup>129</sup> (e, a par, a conexão entre a nossa Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e o Decreto-Lei sobre as práticas comerciais desleais), e a subsunção e cruzamento dos

<sup>126</sup> Parágrafos 26 a 36 do Acórdão.

<sup>127</sup> Entendemos que este normativo deve ser interpretado como tendo o objetivo de evitar uma sobreposição indesejável ao nível das consequências legais.

<sup>128</sup> Parágrafos 37 a 47 do Acórdão.

<sup>129</sup> As Diretivas, na versão inglesa, utilizam as expressões *"unfair contract terms"* e *"unfair commercial practices"*. Já na versão portuguesa das mesmas, a terminologia utilizada difere de um diploma para o outro: *"cláusulas abusivas"* e *"práticas comerciais desleais"*. Cremos, no entanto, que se trata de expressões que expressam o mesmo juízo de desvalor, a mesma desaprovação por parte do legislador. No fundo, algo abusivo acaba por ser desleal, e *vice-versa*.

conceitos nelas plasmados não são questões muito tratadas entre nós<sup>130</sup>. Uma razão cronológica pode ser apontada para explicar tal facto: a Diretiva sobre as práticas comerciais desleais – Diretiva 2005/29/CE – é mais recente do que a Diretiva sobre cláusulas abusivas – Diretiva 93/13/CEE. Mas outro motivo pode explicar esta questão: tende-se a ver que as disposições da Diretiva sobre cláusulas abusivas contendem apenas com o “*direito contratual*”, utilizando a expressão da Diretiva<sup>131</sup>, ou seja, dizem respeito exclusivamente às questões de validade, formação e efeitos dos contratos, caindo, deste modo, fora do escopo de aplicação da Diretiva sobre as práticas comerciais desleais que, no seu artigo 3.º, n.º 2, acautela não prejudicar a aplicação do “*direito contratual*”. No entanto, acompanhamos SALVATORE ORLANDO, observando que a Diretiva 93/13/CEE não contém apenas disposições relevantes para o “*direito contratual*”, de que é exemplo o seu artigo 6.º, mas introduz também uma disposição deveras relevante para a disciplina das práticas comerciais: o seu artigo 7.º, n.º 1, que prevê que os Estados-Membros adotem “*meios adequados e eficazes para por termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional*”<sup>132</sup>.

Tendo constatado já que a utilização, pelos profissionais, de cláusulas contratuais gerais abusivas e de cláusulas contratuais gerais não transparentes configura uma prática comercial desleal, importa averiguar se os Estados-Membros estarão obrigados a sujeitar tais práticas às regras previstas pela Diretiva relativa às práticas comerciais desleais – Diretiva 2005/29/CE. Ou se, porventura, a existência da Diretiva sobre cláusulas abusivas preclude a aplicação da Diretiva sobre práticas comerciais desleais, não estando, por conseguinte, os Estados-Membros obrigados a tratar a utilização destes tipos de cláusulas como práticas comerciais desleais.

Para que possamos responder a tais questões, cabe ainda analisar se existe um conflito entre as disposições da Diretiva 2005/29/CE e as da Diretiva 93/13/CEE. Note-se que o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva sobre práticas comerciais desleais, dispõe que “*Em caso de conflito entre as disposições da presente directiva e outras normas comunitárias que regulem aspectos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem, aplicando-se a esses aspectos específicos.*” Importa, pois, determinar se a Diretiva sobre cláusulas abusivas contém disposições que regulam aspectos específicos das práticas comerciais

<sup>130</sup> Vide, a este propósito, na doutrina estrangeira, ténues aproximações à relação entre as Diretivas, por ANGEL CARRASCO PERERA, “Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de ‘derechos’ de los consumidores”, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, 2012, pp. 80-94; e SIMON WHITTAKER, “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, *cit.*

<sup>131</sup> A terminologia “*direito contratual*”, utilizada pela Diretiva 2005/29/CE, na sua versão em língua portuguesa, não se figura a mais adequada. Estamos em crer que se trata de uma imprecisão na tradução deste diploma. Além disso, esta expressão não é consagrada no nosso Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que prefere, como se pode constatar através da leitura do seu artigo 2.º, n.º 2, a expressão “*disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos*”. Em suma, o termo “*direito contratual*” plasmado na Diretiva em questão, deve ser interpretado no sentido de se referir às regras gerais dos negócios jurídicos. Cfr. a exposição, sobre esta questão, de SIMON WHITTAKER, “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, *cit.*

<sup>132</sup> A este propósito, cfr. SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 26-27.

desleais e, em caso afirmativo, se tais disposições conflituam com as disposições da Diretiva sobre práticas comerciais desleais<sup>133</sup>.

#### **4.1. Dimensões individual e coletiva do uso de cláusulas contratuais gerais abusivas**

SALVATORE ORLANDO considera que a Diretiva 93/13/CEE – Diretiva sobre cláusulas abusivas –, consagra uma abordagem em dois níveis no que diz respeito à regulação destas cláusulas<sup>134</sup>. Concretizando, os artigos 6.º e 7.º da Diretiva 93/13/CEE plasmam, respetivamente, uma dimensão individual e uma dimensão coletiva do fenómeno das cláusulas contratuais gerais abusivas.

Assim, o artigo 6.º estabelece uma dimensão individual das cláusulas contratuais gerais abusivas relevante para o *“direito contratual”*, enquanto o artigo 7.º estabelece uma dimensão coletiva do uso de cláusulas contratuais gerais abusivas relevante para a disciplina das práticas comerciais. O artigo 6.º da Diretiva sobre cláusulas abusivas<sup>135</sup> ocupa-se destas cláusulas como algo que diz respeito às regras gerais dos negócios jurídicos, ao nível das relações contratuais individuais entre profissionais e consumidores, ao impor que as cláusulas abusivas não sejam vinculativas para o consumidor, fornecendo assim um remédio individual *ex post* que está na disponibilidade do consumidor que entenda impugnar as cláusulas contratuais gerais abusivas que constam do contrato que celebrou. Por conseguinte, o disposto no artigo 6.º da Diretiva sobre cláusulas abusivas está além do escopo da Diretiva sobre práticas comerciais desleais, já que esta *“não prejudica o direito contratual”*<sup>136</sup>.

Já o artigo 7.º da Diretiva 93/13/CEE<sup>137</sup>, que impõe aos Estados-Membros que providenciem meios adequados para por fim à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, versa não sobre as cláusulas em si mesmas, mas, como se depreende da sua leitura, da *“utilização”* de cláusulas abusivas que, como já assinalámos, é uma prática comercial *business-to-consumer*, na aceção da Diretiva 2005/29/CE. Deste

<sup>133</sup> Neste sentido, veja-se SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 34-35.

<sup>134</sup> Vide a exposição de SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 35-37, que seguimos de perto e tomamos como referência doravante.

<sup>135</sup> A redação do artigo 6.º, n.º 1, é a seguinte: *“Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”*

<sup>136</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Tanto pelos seus termos, como pela sua posição na sistemática do diploma, mais concretamente pela sua inserção no artigo 3.º da Diretiva, que determina o âmbito de aplicação deste diploma, esta disposição deve ser entendida como uma norma de delimitação que deve, no entanto, permitir o recurso a disposições específicas do direito da União, independentemente da aplicabilidade da Diretiva 2005/29/CE. Ademais, na legislação que regula o *“direito contratual”* incluem-se, claramente, as normas da Diretiva 93/13/CEE.

<sup>137</sup> O artigo 7.º, n.º 1, rege o seguinte: *“Os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.”*

modo, este artigo não diz respeito ao *“direito contratual”*, mas à disciplina das práticas comerciais, aplicando-se a soluções coletivas, ou seja, a remédios à disposição de, por exemplo, associações de consumidores que tenham um interesse legítimo na proteção dos consumidores, prevenindo-se assim o uso de cláusulas abusivas. Concluindo, este artigo acaba por qualificar o uso de cláusulas abusivas pelos profissionais como uma prática comercial e, implicitamente, firma a proibição do uso dessas práticas, ao impor que os Estados-Membros tomem medidas preventivas.

Em suma, os artigos 6.º e 7.º afiguram-se complementares: o primeiro a acautelar a posição individual do consumidor; o segundo a proteger o consumidor numa ótica coletiva.

#### **4.2. O conceito unitário de “deslealdade”, a aplicar em todos os Estados-Membros**

Como já tivemos oportunidade de assinalar, a noção de prática comercial desleal e, portanto, o conceito de deslealdade, variava de Estado para Estado da União. No entanto, tal cenário não se verifica atualmente. De facto, um dos objetivos da Diretiva 2005/29/CE – Diretiva relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores –, foi estabelecer um conceito unitário de deslealdade, que deriva da sua grande cláusula, a ser aplicado em todos os Estados-Membros. Vejamos em que se traduz, ao certo, este conceito, e qual a sua funcionalidade no sistema instituído.

As disposições da Diretiva 2005/29/CE estabeleceram uma perspetiva *supra* individual em relação a certas práticas dos profissionais face aos consumidores. Esta Diretiva não se foca nas relações individuais entre os profissionais e consumidores, mas antes em práticas que têm um impacto significativo no mercado por envolverem um grande número de consumidores. De facto, a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais pretende proteger os interesses coletivos, em vez dos interesses económicos individuais dos consumidores, embora o faça indiretamente. Como expõe SALVATORE ORLANDO<sup>138</sup>, a questão da aplicação de consequências e prerrogativas (como indemnizações por danos patrimoniais, declarações de nulidade e resoluções contratuais), ao nível das relações individuais entre profissionais e consumidores, e face a uma prática comercial desleal, é algo que diz respeito à lei aplicável ao contrato. As práticas comerciais desleais, proibidas por esta Diretiva em todos os Estados-Membros, devem estar sujeitas às disposições adotadas na sequência da transposição deste diploma (que naturalmente variam de Estado para Estado), no que diz respeito às sanções a aplicar em virtude dos artigos 11.º, 12.º e 13.º da Diretiva, e independentemente de qualquer remédio individual ou direitos colocados à disposição do consumidor pela lei aplicável, que serão complementarmente aplicados.

<sup>138</sup> Vide SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 37-38.

Deste modo, a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais introduziu no direito da União Europeia uma lei comum, geral. No entanto, note-se que a Diretiva 2005/29/CE não contém a lei geral da União sobre práticas comerciais, mas a lei geral da União sobre práticas comerciais *desleais business-to-consumer*, e introduziu um novo conceito – a noção de “deslealdade para com os consumidores”<sup>139</sup>. Como preencher este conceito? O que se entende por “deslealdade para com os consumidores”? Para obter resposta a estas questões, é necessário interpretar as disposições da Diretiva 2005/29/CE, e estabelecer uma aproximação entre as questões que surgem da existência desta lei geral sobre práticas comerciais desleais *business-to-consumer* e o seu relacionamento com os restantes diplomas da União Europeia. Façamos, então, uma breve incursão sobre este conceito.

Em primeiro lugar, não podemos esquecer o escopo de aplicação da Diretiva 2005/29/CE. Cabe, portanto, referir uma vez mais que a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais tem como objetivo regular apenas as práticas comerciais que têm potencial para influenciar a decisão de contratar do consumidor<sup>140</sup>. E influenciar a decisão de contratar do consumidor não é, em si, proibido<sup>141</sup>, pelo que a Diretiva 2005/29/CE estabelece as condições que determinam se esta influência é, ou não, legítima (*rectius, leal*). Além do mais, o foco da disciplina deste diploma, é sabido, recai sobre a “*decisão de transação*” do consumidor e, mais concretamente, sobre certas vulnerabilidades do consumidor. A este propósito, agir contrariamente aos ditames da diligência profissional, no sentido da Diretiva 2005/29/CE, equivale, a maior parte das vezes, ao profissional retirar vantagens das vulnerabilidades dos consumidores, o que é naturalmente proibido, pois tal prática distorce (não apenas influenciando) o comportamento económico do consumidor e, portanto, configura-se como desleal.

Além disso, foi estabelecida pelo legislador comunitário uma proibição única e comum – a proibição de distorção do comportamento económico dos consumidores<sup>142</sup> –, que significa que os profissionais devem ter sempre em conta as condições subjetivas de vulnerabilidade dos consumidores no âmbito da sua diligência profissional e, do reverso da moeda, que os profissionais não devem retirar vantagens destas condições de vulnerabilidade durante os processos de “*decisão de transação*”<sup>143</sup>.

Averiguar que condições de vulnerabilidade são relevantes para a Diretiva 2005/29/CE é uma questão de índole interpretativa. Este diploma esclarece o que entende por vulnerabilidade em termos gerais, e também explicita que a vulnerabilidade deve ser sempre

<sup>139</sup> Acompanhamos a posição de SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 39-45.

<sup>140</sup> O “considerando” (7) revela-se importante: “A presente directiva refere-se a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar directamente as decisões de transacção dos consumidores em relação a produtos.”

<sup>141</sup> A este propósito, cfr. o “considerando” (6) da Diretiva 2005/29/CE, que explicita que a Diretiva “(...) não afeta as práticas publicitárias e comerciais aceites (...) que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida.” Daqui se infere que a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais não proíbe práticas que influenciam efetivamente o comportamento económico do consumidor médio (desde que legitimamente), e, portanto, a sua decisão de contratar, pretendendo, aliás, regulá-las.

<sup>142</sup> Cfr. o “considerando” (13) da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>143</sup> Esta afirmação permite corroborar a ideia de SALVATORE ORLANDO, que já expusemos *supra*, na nota n.º 45: a fusão entre os dois elementos constitutivos, e aparentemente separados, da grande cláusula.

aférida tendo em conta o membro médio do grupo que seja o destinatário da prática comercial – é o que afirma o exposto no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2005/29/CE e o “considerando” (18) deste diploma<sup>144</sup>. Em relação ao consumidor, o profissional deve ter em conta a sua capacidade subjetiva de obter informação, estar atento e ser circunspecto – capacidades estas que variam de pessoa para pessoa e entre grupos de consumidores, e que influenciam a capacidade de o consumidor estar informado e esclarecido (em suma, consciente) sobre a sua *“decisão de transação”*.

Contudo, existem mais fatores que contribuem para avaliar se a liberdade de decisão do consumidor médio foi atingida. Baseamo-nos, portanto, nos artigos 8.º e 9.º da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, disposições que se dedicam ao tratamento das práticas comerciais agressivas. A natureza destas práticas, agressivas, e das suas formas (assédio, coação ou influência indevida), requerem que o intérprete faça a sua avaliação tendo como referência a impressionabilidade do consumidor e a sua habilidade de resistir e reagir, o que depende, claramente, dos seus graus de informação, atenção e circunspeção<sup>145</sup>.

Em suma, ao qualificar como desleais certas práticas comerciais, a Diretiva 2005/29/CE protege a liberdade e a consciência dos consumidores durante o processo que envolve a decisão de contratar, bem como durante toda a fase de execução do negócio jurídico.

Estabelece-se, deste modo, o conceito de “deslealdade para com os consumidores”, deslealdade essa que se considera presente nas práticas comerciais que distorcem o comportamento económico dos consumidores, nomeadamente através de condutas contrárias às exigências de diligência profissional, o que permite que o profissional obtenha vantagens que derivam de certas condições de vulnerabilidade do consumidor e da distorção do comportamento deste em relação à decisão de contratar e às decisões que terão lugar em sede de execução do negócio jurídico (prejudicando-se, deste modo, a liberdade e consciência do consumidor em relação às suas decisões<sup>146</sup>).

<sup>144</sup> Esta análise deve ter em conta as condições subjetivas de vulnerabilidade do consumidor, no que diz respeito à sua informação, atenção e circunspeção, que são diferentes de pessoa para pessoa e podem variar dentro das várias categorias de consumidores existentes e destinatários das práticas comerciais. Assim, diferentes deveres de cuidado devem existir em relação a diferentes categorias de consumidores e, por conseguinte, diferentes tipos de vulnerabilidade, tendo sempre como objetivo proteger a liberdade destes sujeitos.

<sup>145</sup> Note-se que quando se trata de uma prática comercial agressiva, na modalidade de assédio, deve avaliar-se se a prática debilita significativamente a liberdade de escolha e de ação do consumidor médio. Por sua vez, a condição subjetiva do consumidor relevante para a coação consiste na impressionabilidade. Acresce que um consumidor que seja razoavelmente bem informado e circunspecto pode mesmo assim ser atingido na sua liberdade de escolha e ação por práticas comerciais que consistam em influência indevida, dependendo das suas capacidades para resistir e reagir à pressão exercida pelo profissional na exploração da sua posição de poder – cfr. artigo 2.º, alínea J), da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>146</sup> Segundo o artigo 1.º da Diretiva 2005/29/CE, este diploma “(...) tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores.” Verte-se, neste normativo, um objectivo de proteção dos interesses económicos dos consumidores. No entanto, como adverte SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, p. 45, nota 38, a diretiva não protege exclusivamente os interesses económicos do consumidor nem olha para este sujeito apenas como um *homo oeconomicus* (modelo de homem que faz apenas escolhas economicamente racionais). Para sustentar esta posição, afirma, em relação às práticas comerciais agressivas, que o consumidor lesado na sua liberdade de decisão deve ser protegido, independentemente de estar ou não consciente do seu direito de

#### 4.3. A coordenação normativa entre as Diretivas

Como referimos anteriormente, a Diretiva 2005/29/CE – Diretiva relativa às práticas comerciais desleais –, trata não apenas de questões relacionadas com a disciplina das práticas comerciais, mas introduziu também no espaço da União Europeia uma regra geral sobre práticas comerciais desleais tendo, a par, um objetivo de harmonização máxima. Cumpre, então, chamar à colação o artigo 3.º, n.º 4, deste diploma, que aborda a questão da coordenação normativa relacionada com a introdução, por parte da Diretiva, de uma regra geral<sup>147</sup>. No fundo, trata-se de uma questão de coerência interna entre os instrumentos de direito da União Europeia.

A União Europeia sempre teve vários instrumentos que, embora não se assumissem como disposições relativas à disciplina das práticas comerciais desleais, estabeleciam proibições e deveres específicos de informação e de conduta no que diz respeito a práticas comerciais e a setores específicos, como a publicidade ou *marketing*, pretendendo, deste modo, fomentar práticas justas através do estabelecimento de limites às atividades que influenciam o comportamento económico dos consumidores. A maior parte destas Diretivas, que precedem a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, são caracterizadas por objetivos de harmonização mínima, e estabelecem deveres positivos (de conduta e informação) ou proibições. Por conseguinte, as disposições dos Estados-Membros adotadas com a finalidade de transposição das diretivas divergem ligeiramente entre si no que diz respeito ao estabelecimento de deveres específicos de informação e conduta impostos aos profissionais.

A Diretiva 2005/29/CE introduziu uma importante inovação no Direito da União Europeia: a disciplina das práticas comerciais está, desde então, organizada em redor de um conceito geral e único de “deslealdade para com os consumidores”<sup>148</sup>, e de uma proibição geral única<sup>149</sup>. Esta proibição geral e única deve, no entanto, ser coordenada com as proibições e deveres específicos de informação e conduta estabelecidos pela União Europeia anteriormente a esta Diretiva, e aplicáveis a práticas ou setores particulares. Esta coordenação foi de certo modo feita diretamente pelo legislador comunitário de 2005, especificamente em relação aos tipos de ações enganosas, que agora incluem a publicidade enganosa e comparativa<sup>150</sup> – artigo 6.º, n.º 1, e n.º 2, alínea a)), e aos tipos de omissões enganosas, que englobam todo o tipo de comportamento que consista na violação de deveres positivos, nomeadamente os requisitos de informação estabelecidos pela legislação

---

resistir e reagir perante uma prática comercial agressiva. Ademais, um *homo oeconomicus* não tomaria uma decisão sob pressão psicológica por crer que tal escolha não seria economicamente viável. Deste modo, a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais combate e proíbe práticas que assentem em pressões psicológicas.

<sup>147</sup> Para ilustrar o objetivo de harmonização máxima pretendido pela Diretiva 2005/29/CE, e ainda em termos de coordenação normativa, poderíamos igualmente chamar à colação o artigo 3.º, n.º 5, deste diploma. No entanto, a análise deste normativo não será aqui abordada, uma vez que a data limite para a transposição da Diretiva pelos Estados-Membros já foi ultrapassada e, por conseguinte, perdido o efeito útil deste artigo.

<sup>148</sup> Cfr. *supra* 4.2.

<sup>149</sup> Veja-se o “considerando” (11) da Diretiva 2005/29/CE: “A presente directiva estabelece uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores.”

<sup>150</sup> Vide, a propósito da publicidade comparativa, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 341-378.

da União em relação à comunicação comercial, dos quais uma lista não exaustiva está contida no anexo II da Diretiva 2005/29/CE – artigo 7.º, n.º 5. Uma coordenação semelhante se impõe relativamente à interpretação e coerência do direito da União no que diz respeito a todas as outras disposições existentes que estabelecem deveres e proibições e disposições vindouras que lidam com práticas comerciais que podem influenciar o comportamento económico dos consumidores. É este o intento do artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE.

Como explica SALVATORE ORLANDO, de uma coordenação entre as disposições da Diretiva 2005/29/CE e as disposições setoriais da União sobre práticas comerciais desleais resulta a identificação de tipos específicos de práticas comerciais justas<sup>151</sup> e, por outro lado, a identificação de tipos específicos de práticas comerciais desleais<sup>152</sup>. Este primeiro objetivo pode ser explicado pela técnica utilizada pelo legislador comunitário, que preferiu estruturar a Diretiva 2005/29/CE ao redor de uma proibição geral. Por outro lado, várias disposições setoriais da União lidam com a questão da deslealdade pela positiva, ao prescreverem certos deveres que têm como objetivo a fomentação de práticas comerciais justas: preveem, no fundo, o dever de agir lealmente, ao imporem deveres de informação e de conduta aos profissionais nas suas relações com os consumidores, que incidem sobre práticas que influenciam o comportamento económico destes sujeitos. Ademais, o Autor esclarece que as condutas dos profissionais que são capazes de influenciar o comportamento dos consumidores, mas que cumprem os deveres de informação e conduta prescritos pelos instrumentos setoriais da União, não podem ser consideradas práticas comerciais desleais devendo, pelo contrário, ser consideradas práticas justas ou leais, pois constituem práticas que influenciam de forma legítima e leal o comportamento económico dos consumidores. Por conseguinte, o disposto na Diretiva relativa às práticas comerciais desleais – Diretiva 2005/29/CE – não se aplica a estas práticas. Já a identificação de tipos específicos de práticas comerciais desleais prende-se com o estabelecimento, em certos setores de atividade, de restrições impostas aos profissionais, através da imposição de deveres e proibições que não são aplicáveis em outros setores. Trata-se de deveres e proibições que pretendem controlar atividades que, por norma, influenciam o comportamento económico dos consumidores e, quando o profissional atua violando essas prescrições, tal deve ser considerado um tipo específico de prática comercial desleal.

Em suma, SALVATORE ORLANDO<sup>153</sup> considera que cabe ao intérprete a tarefa de identificar, através da leitura das disposições setoriais ou específicas do Direito da União, certos tipos de práticas comerciais desleais que consistem na violação, por parte da conduta do profissional, dessas mesmas disposições, que estabelecem, em relação a certos setores ou práticas específicas, deveres e proibições que têm a mesma *ratio* das disposições da Diretiva

<sup>151</sup> Identificar tipos específicos de práticas comerciais justas é um exercício teórico e que diz respeito ao direito da União Europeia e não às disposições adotadas pelos Estados-Membros, que diferem entre si – o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE, é relativo apenas à coerência interna do direito da União.

<sup>152</sup> Cfr. SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 47 e segs..

<sup>153</sup> Cfr. SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, p. 49.

2005/29/CE, ou seja, são regras que visam proteger a liberdade e consciência dos consumidores no processo de contratação. Para auxiliar o intérprete nesta identificação, afigura-se importante o conceito de “deslealdade para com os consumidores”, estabelecido pela Diretiva 2005/29/CE, ao qual já aludimos. Este conceito assume, assim, um papel central na identificação dos tipos específicos de práticas comerciais desleais, limitando estas a condutas consistentes na violação das disposições destinadas a proteger a liberdade e a consciência dos consumidores no processo de tomada de *“decisões de transação”*, e excluindo condutas que consistem na violação de outras disposições regidas por uma *ratio* diferente<sup>154</sup>.

Por outro lado, é notório que as disposições da União importantes para a identificação de específicas práticas comerciais justas são igualmente relevantes para a identificação de práticas comerciais desleais específicas. Se uma prática comercial que seja conforme aos requisitos de conduta de uma disposição especial da União destinada a estabelecer práticas comerciais justas é qualificada como uma prática comercial justa, então qualquer conduta do profissional que viole tal disposição deve ser considerada uma prática comercial desleal.

Relativamente ao artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE, o objeto de estudo do presente ponto<sup>155</sup>, cumpre referir, então, que as disposições especiais da União Europeia podem conflitar com as disposições da Diretiva 2005/29/CE e, nesse caso, as disposições especiais prevalecerão – é o que resulta diretamente da leitura deste normativo.

Mas, em ordem a compreender-se corretamente este preceito da Diretiva, é necessário clarificar o que se deve entender por *“conflito”*. Cremos que, quando o legislador europeu se refere a *“conflito”*, pretende abranger apenas as situações de conflito irreconciliável entre normas substantivas. Este conflito irreconciliável é, por conseguinte, materializado por situações em que a mesma prática comercial *business-to-consumer* se qualifica como desleal ao abrigo de uma disposição, e leal ao abrigo de uma outra disposição.

Quando tal conflito não existe, a coordenação normativa entre as disposições (entre a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais e outro diploma) não deve, portanto, ser regida pela regra de prevalência definida pelo artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE. A coordenação normativa entre disposições não conflituantes deve, antes, ser baseada em critérios de coerência, destinados a garantir que a prática comercial desleal em questão seja tratada da mesma maneira que outra prática comercial desleal, isto é, sujeita às regras que

<sup>154</sup> De modo a ilustrar a importância e a funcionalidade deste conceito na identificação de tipos específicos de práticas comerciais desleais, no sentido da Diretiva 2005/29/CE, o Autor dá o exemplo da publicidade ao tabaco. Esta, proibida pela Diretiva 2003/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, não se qualifica, por si só, como uma prática comercial desleal, nos termos da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, uma vez que a proibição da publicidade ao tabaco não pretende proteger a liberdade e consciência dos consumidores nas suas *“decisões de transação”*, mas antes tutelar a saúde dos cidadãos da União. Por conseguinte, a publicidade ao tabaco é uma prática comercial ilegítima, ao abrigo da Diretiva 2003/33/CE, mas não constitui uma prática comercial desleal *business-to-consumer* para efeitos da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>155</sup> O nosso estudo segue doravante de perto a posição de SALVATORE ORLANDO, “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *cit.*, pp. 50-53.

foram adotadas na transposição dos artigos 11.º a 13.º da Diretiva 2005/29/CE<sup>156</sup>. Em suma, este artigo 3.º, n.º 4, permite que outras regras da comunidade que regulam aspetos específicos das práticas comerciais desleais, incluindo as regras da Diretiva 93/13/CEE, devem ser aplicadas cumulativamente com as disposições da Diretiva 2005/29/CE, a não ser que sejam incompatíveis entre si, situação em que as primeiras prevalecem e serão aplicadas a esses aspetos específicos.

A coordenação entre as disposições em questão tem de ser feita numa lógica casuística, selecionando, de entre as práticas comerciais das empresas face aos consumidores que caem no âmbito de aplicação da norma comunitária que regula aspetos específicos das práticas comerciais desleais, aquelas que também se qualificam como desleais de acordo com a Diretiva 2005/29/CE. Neste âmbito, importa ter em conta a arquitetura das disposições em causa. Como previne SALVATORE ORLANDO, o *design* de uma disposição especial que institui uma proibição pode ser tão abrangente que um grande número de práticas comerciais caia dentro do seu âmbito de aplicação, mas somente algumas dessas práticas comerciais proibidas também possam também ser qualificadas como desleais, no sentido da Diretiva 2005/29/CE. O Autor ilustra esta situação com o exemplo das práticas comerciais que consistem no uso de cláusulas não-transparentes (cláusulas não redigidas em linguagem clara e inteligível), que são sempre proibidas, segundo o artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE, mas que devem ser consideradas desleais apenas quando contenham informação substancial<sup>157</sup>.

Posto isto, cumpre concluir e dar resposta ao objeto de estudo do presente ponto.

Entendemos, então, que não existe qualquer conflito entre as disposições dos artigos 5.º e 7.º da Diretiva 93/13/CEE – Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores –, e as disposições da Diretiva 2005/29/CE – Diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

De facto, o objetivo dos artigos 5.º e 7.º da Diretiva 93/13/CEE é proteger a correta consciência e liberdade dos consumidores ao tomarem “*decisões de transação*”, sendo que estes normativos proíbem tanto o uso de cláusulas não transparentes, como o uso de cláusulas abusivas. No fundo, estes normativos têm a mesma *ratio* das disposições da Diretiva 2005/29/CE.

Como consequência, não há lugar à aplicação da regra de prevalência prevista pelo artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE.

Assim, as normas que executam os artigos 11.º a 13.º da Diretiva 2005/29/CE, ou seja, as normas adotadas na transposição destes normativos, devem aplicar-se às práticas

<sup>156</sup> Salientamos, neste âmbito, os importantes artigos 14.º, 15.º, 16.º, e 21.º, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que serão alvo de análise *infra*. Em breves palavras, o artigo 14.º concede ao consumidor a possibilidade de arguir a anulabilidade do contrato celebrado sob a influência de uma prática comercial desleal. Por sua vez, o artigo 15.º plasma a hipótese de ser acionado o mecanismo da responsabilidade civil, enquanto o artigo 16.º prevê a ação inibitória, e o artigo 21.º se ocupa das coimas que podem ser aplicadas ao profissional.

<sup>157</sup> Veja-se *supra* 3.2..

comerciais consistentes no uso de cláusulas abusivas e de cláusulas não transparentes que, nos termos que já assinalámos, implicam os elementos constitutivos de uma prática comercial desleal *business-to-consumer*.

## 5. A aplicação complementar dos diplomas comunitários e nacionais. As prerrogativas postas à disposição do consumidor aderente: aspectos práticos

A Diretiva 93/13/CEE, Diretiva sobre as cláusulas abusivas, e a Diretiva 2005/29/CE, Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, devem ser interpretadas coerentemente e aplicadas de forma complementar, enquanto elementos de um sistema normativo global e diplomas convergentes na finalidade de proteção do consumidor, na medida em que ambas visam proteger a capacidade de apreciação e a liberdade de decisão deste sujeito.

Demonstrada já que está a relação entre estes diplomas comunitários e, tendo em consideração que isto suscita também uma questão de aplicação de direito interno português, cumpre passar à análise das consequências que o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, preveem, assentes sempre numa interpretação sistemática.

Perante a utilização de uma cláusula contratual geral, inserida num contrato de adesão, que se configure como uma prática comercial desleal, nos termos que já indicámos, entendemos que o consumidor aderente tem à sua disposição as prerrogativas fornecidas por ambas as diretivas e, por conseguinte, pelos diplomas portugueses que realizaram a transposição das mesmas.

De primacial importância se reveste, desde logo, o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que no n.º 1 estabelece que os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil<sup>158/159</sup>. Ora, daqui resulta que o consumidor tem legitimidade para arguir a anulabilidade do contrato no prazo de um ano a contar da cessação do vício – artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil. Não devemos esquecer, no entanto, o artigo 287.º, n.º 2, do mesmo diploma: caso o contrato ainda não tenha sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção. A lei admite, no entanto, e numa solução pouco usual, que o consumidor possa, em vez da anulação, requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade, como prescreve o

---

<sup>158</sup> A Diretiva 2005/29/CE não regula a natureza do vício que deve ter lugar quando se celebra um contrato sob influência de uma prática comercial desleal.

<sup>159</sup> Cfr., a favor da sanção da anulabilidade, MARIA DE ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *cit.*, pp. 154-155.

artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março<sup>160</sup>. Estabelece ainda o artigo 14.º, n.º 3, que *“Se a invalidade afetar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido”*<sup>161</sup>.

O artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, constitui, deste modo, um *plus* na proteção do consumidor, uma solução verdadeiramente relevante colocada à disposição deste sujeito, individualmente considerado. Sendo certo que as cláusulas contratuais gerais abusivas que configuram práticas comerciais desleais estão feridas com a sanção da nulidade, nos termos que previamente assinalámos, o que está aqui em causa é a validade do contrato no seu todo, não apenas uma invalidade parcial. Assim, o consumidor pode, estando perante um contrato de adesão que contenha cláusulas contratuais gerais que se qualifiquem como práticas comerciais desleais, arguir a anulabilidade do negócio, sempre que este persista apesar do disposto nos artigos 9.º, n.º 2, e 14.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e 292.º do Código Civil, artigos que constituem a primeira linha de tutela do consumidor e que já tivemos a oportunidade de abordar no presente estudo. Não esqueçamos, como já referimos, que, frequentemente, é a presença deste tipo de cláusulas contratuais gerais no negócio jurídico que, distorcendo o comportamento económico do consumidor e induzindo-o em erro, levam este sujeito a contratar, ou seja, o consumidor celebra o contrato sob a influência de uma prática comercial desleal.

O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, dedica ainda um artigo à responsabilidade civil – o artigo 15.º –, como forma de controlo das práticas comerciais desleais, o que nos remete para o artigo 562.º do Código Civil. Assim, *“O consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais.”* Este normativo apresenta-se como mais um elemento dissuasor deste tipo de práticas, funcionando, deste modo, a favor do consumidor, podendo este ser ressarcido dos prejuízos em que incorreu<sup>162</sup>.

Prevê, além disso, o Decreto-Lei n.º 57/2008 um regime sancionatório, nos artigos 19.º a 22.º. Está assim consagrada a possibilidade de aplicação de coimas, já que a lei qualifica as práticas comerciais desleais como contraordenações – cfr. artigo 21.º, n.º 1 –, bem como a aplicação de outras sanções acessórias – veja-se o artigo 21.º, n.º 2. A existência desta disposição constitui um elemento importante para a defesa do consumidor. Estamos certos

<sup>160</sup> Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *cit.*, p. 444: o Autor afirma que esta solução prevista pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, “(...) não consta da Diretiva 2005/29/CE e é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais, as quais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em acções ou omissões enganosas ou agressivas. Dificilmente por isso a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores.”

<sup>161</sup> Segundo LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *cit.*, p. 444, esta disposição contraria o regime geral da redução dos negócios jurídicos “(...) constante do art. 292.º CC, o qual estabelece que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada. Efectivamente, neste âmbito a invalidade parcial afecta todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução.”

<sup>162</sup> Considera LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *cit.*, pp. 444-445, que “o âmbito do dano indemnizável variará consoante venha a ser ou não anulado o contrato ao abrigo do art. 14.º”. Refere o Autor que, caso o contrato seja anulado, a indemnização deverá ser limitada ao interesse contratual negativo. Pelo contrário, quando não se proceda à anulação do contrato, o resarcimento dos danos limitar-se-á ao interesse contratual positivo.

de que a possibilidade de aplicação de coimas fará com que os profissionais pensem duas vezes antes de inserirem nos seus contratos cláusulas contratuais gerais cujo uso seja possível de ser qualificado como prática comercial desleal.

Cabe dirigir uma palavra à ação inibitória. A Diretiva 93/13/CEE, Diretiva sobre cláusulas abusivas, e mais concretamente o seu artigo 7.º, abre a possibilidade de ser intentada uma ação inibitória<sup>163</sup>, solução que o legislador português adotou no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, como forma de operar um controlo abstrato. Também a Diretiva 2005/29/CE consagra a possibilidade de haver lugar a esta ação: o legislador português, na transposição do artigo 11.º da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, consagrou a ação inibitória no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, sob a epígrafe *"Direito de acção"*. Por sua vez, a Lei de Defesa do Consumidor prevê esta ação nos seus artigos 10.º e 11.º. A ação inibitória, que se afigura como o meio mais adequado para a tutela do tráfico jurídico surge, quando independentemente dos concretos contratos que tenham sido celebrados, é intentada com a finalidade de impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei. É ela uma ação de condenação em prestação de facto negativo, ou seja, visa a não utilização ou a não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas<sup>164</sup>, atuando de modo definitivo. Com finalidades preventivas, possui como características o caráter coletivo e a eficácia *ultra partes*. De facto, os legisladores comunitário e português tiveram consciência de que, para defender o consumidor, não bastaria o tradicional controlo judiciário, que não se mostra adequado nem suficiente, uma vez que atua *a posteriori*, dependendo ainda da iniciativa processual do lesado, e os seus efeitos são circunscritos ao caso concreto controvertido. Assim, a proteção do consumidor é melhor sucedida ao existirem soluções coletivas, já que este tipo de remédios também se mostra como mais dissuasor para os profissionais em comparação com os remédios postos à disposição do consumidor singular, sujeito que, por vezes, não tem noção das patologias que afetam o contrato e, portanto, não se defende. Deste modo, no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que deve ser coordenado com o artigo 13.º da Lei de Defesa do Consumidor, consagra-se a legitimidade ativa para intentar a ação inibitória, atribuindo-a ao consumidor lesado e a várias entidades, como associações de defesa do consumidor (v.g. Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO), associações sindicais, Ministério Público e Provedor de Justiça<sup>165</sup>. Por sua vez, o artigo 27.º do mesmo diploma plasma a legitimidade passiva. Dispõe o n.º 1 deste normativo que a ação inibitória pode ser intentada contra quem se prevaleça de cláusulas contratuais gerais, ou seja, contra quem, *"predispondo de cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos"* (alínea a)), ou contra quem as recomende a terceiros

<sup>163</sup> A ação inibitória é consagrada na Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, *in Jornal Oficial n.º L 166 de 11/06/1998*, pp. 51-55.

<sup>164</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 57.

<sup>165</sup> O artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, ao regrer que *"As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada."*, cria um caso de substituição processual legal. Cfr. os artigos 17.º, 18.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

(alínea *b*)). O n.º 2 deste artigo possibilita a coligação de demandados, o que reduz o risco de decisões judiciais contraditórias<sup>166</sup>.

No que diz respeito à parte decisória da sentença, epígrafe do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, *“A decisão que proíba as cláusulas contratuais gerais especificará o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta.”* – é esta a redação do n.º 1 deste artigo. Já o n.º 2 prescreve que *“A pedido do autor, pode ainda o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine.”* Compreende-se perfeitamente este preceito, já que a publicidade constitui, claramente, um suporte do sistema instituído pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, embora falhe a maior parte das vezes os seus intentos, já que poucas pessoas tomam conhecimento de que determinada cláusula foi declarada nula.

De especial importância se reveste o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que deve ser objeto de uma interpretação corretiva<sup>167</sup>, e consagra as consequências da proibição definitiva. Deste modo, consagra este normativo, devidamente interpretado, no n.º 1, 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”*<sup>168</sup>. Prevê-se, no n.º 2, a invocação a todo o tempo da declaração de nulidade por aqueles que sejam partes num contrato com o demandado vencido na ação inibitória<sup>169</sup>.

Além disso, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, firma a possibilidade de se aplicar ao demandado uma sanção pecuniária compulsória – veja-se o artigo 33.º deste diploma e o artigo 829.º-A do Código Civil. Esta sanção pretende compelir os profissionais a acatar o dever violado, não tendo qualquer escopo indemnizatório.

De modo a completar todo este esquema de proteção do consumidor, e com vista a dar publicidade às cláusulas consideradas abusivas (na linguagem do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, *“proibidas”*), impõe o legislador o seu registo em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)<sup>170</sup> – artigos 34.º e 35.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

<sup>166</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 59.

<sup>167</sup> A necessidade de interpretação corretiva surge em virtude das alterações introduzidas no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro. A este propósito, e para mais desenvolvimentos, veja-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *“Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei”*, *cit.*

<sup>168</sup> Como indicam MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, pp. 62 e segs., *“No intuito de impedir formas directas ou indirectas de contornar as proibições, o legislador deixou claro deverem elas entender-se em termos materiais. São abrangidas, deste modo, as cláusulas que, substancialmente, se equiparem às proibidas na decisão judicial.”*

<sup>169</sup> Para uma exposição sobre o n.º 2 e o n.º 3 deste artigo, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *cit.*, p. 63.

<sup>170</sup> É pacífico afirmar que a maior parte dos consumidores não consulta o registo das cláusulas abusivas.

## 6. Conclusão

Demonstrámos, no presente estudo, e em primeiro lugar, que a utilização de cláusulas contratuais gerais, incluídas em contratos de adesão, constitui uma prática comercial.

Analizando, num segundo momento, os requisitos para a qualificação de uma prática comercial como desleal, observámos que a utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas, que não são vinculativas para o consumidor, inseridas em contratos de adesão, configura uma prática comercial desleal *business-to-consumer*, nomeadamente uma ação enganosa. De facto, frequentemente tal prática equivalerá ao fornecimento de informações falsas (o consumidor acredita estar vinculado pelo conteúdo das cláusulas abusivas, que não são vinculativas) e, por conseguinte, será capaz de influenciar o comportamento económico do consumidor médio em relação à decisão de contratar e mesmo durante a execução do negócio jurídico, no que diz respeito aos direitos e obrigações das partes provenientes do contrato.

Por outro lado, também o uso de cláusulas contratuais gerais não transparentes, ou seja, o uso de cláusulas contratuais gerais não redigidas em linguagem clara e inteligível, é proibido. Sempre que a falta de transparência incida sobre informações substanciais, tal prática deve ser configurada como uma prática comercial desleal, nomeadamente uma omissão enganosa.

No que diz respeito à coordenação normativa entre as Diretivas analisadas – a Diretiva sobre cláusulas abusivas e a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais – cabe concluir que não existe qualquer conflito entre as disposições das mesmas, ou seja, entre os artigos 5.º e 7.º da Diretiva 93/13/CEE e as disposições da Diretiva 2005/29/CE. Deste modo, e como os instrumentos legislativos não devem ser encarados de forma estanque, mas como elementos de um sistema, os Estados-Membros devem assegurar que práticas que se traduzam no uso de cláusulas contratuais gerais abusivas ou no uso de cláusulas contratuais gerais não transparentes (quando incidam sobre informações substanciais) estejam também sujeitas às disposições nacionais adotadas na sequência da transposição da Diretiva sobre as práticas comerciais desleais. Verifica-se, portanto, uma complementaridade na aplicação destes diplomas.

Por conseguinte, e uma vez que se suscita, neste âmbito, uma questão de aplicação de direito interno português, propõe-se a aplicação complementar do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, colocando-se à disposição do consumidor as prerrogativas fornecidas por ambos os diplomas, resultando assim numa proteção superior deste sujeito.

Os nossos tribunais poderão, nestes casos de aplicação simultânea dos dois regimes legais, não só declarar a nulidade das cláusulas contratuais gerais abusivas com base no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, como também anular o contrato celebrado sob a influência daquelas cláusulas, cujo uso configura uma prática comercial desleal, por força do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, sempre que a sua subsistência não seja

posta em causa logo pelos artigos 9.º, n.º 2, ou 14.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a devida remissão deste último normativo para o artigo 292.º do Código Civil. Acresce ainda a possibilidade de os tribunais portugueses condenarem o predisponente no pagamento de uma coima, estando também plasmada a hipótese de haver lugar a responsabilidade civil e à proposição de uma ação inibitória.

## Bibliografia

- AFONSO, ISABEL, "Cláusulas contratuais gerais", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, 1999, pp. 465-478.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008.
- ANAGNOSTARAS, GEORGIOS, "The unfair commercial practices directive in context: from legal disparity to legal complexity?", in *Common Market Law Review*, Volume 47, n.º 1, 2010, pp. 147-171.
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, Volume II, Lisboa, 2000, pp. 573-595.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL, "Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de 'derechos' de los consumidores", in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, 2012, pp. 80-94.
- CARVALHO, JORGE MORAIS, "Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, n.º 1, 2011, pp. 187-219.
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, Coleção Teses de Doutoramento, 2012.
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014.
- COLLINS, HUGH, "The unfair commercial practices directive", in *European Review of Contract Law*, Volume 1, Issue 4, December 2005, pp. 417-441.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª reimpressão da 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.

- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Síntese do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, "Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, pp. 357-368.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2009.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA / CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1991.
- CRISTAS, MARIA DE ASSUNÇÃO, "Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE", in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 141-162.
- DANNEMANN, GERHARD / VOGENAUER, STEFAN (ed.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, 2013.
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, Volume 1, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 1990.
- FONSECA, MARIA ANA CABRAL SACADURA ALEXANDRE DA, *Do consumidor médio – reflexões em torno do conceito*, Dissertação de Mestrado Forense, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito, 2012 (inédita).
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 8, n.º 17, 2004, pp. 47-82.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2010, in <[http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciple\\_s2010-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciple_s2010-e.pdf)> (15.04.2015).
- KEIRSBILCK, BERT, "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenková and Perenic", in *Common Market Law Review*, Volume 50, n.º 1, 2013, pp. 247-263.
- KRÜGER, MARIA ANTONIETA GÁLVEZ, "O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 521-548.
- LANDO, OLE / BEALE, HUGH (eds.), *Principles of European Contract Law. Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.

LEITÃO, Luís MANUEL TELES DE MENEZES, "O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática", *in Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Volume I, Coimbra, 2002, pp. 11-30.

LEITÃO, Luís MANUEL TELES DE MENEZES, "A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 163-181.

LEITÃO, Luís MANUEL TELES DE MENEZES, "As práticas comerciais desleais nas relações de consumo", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Volume II, Lisboa, 2011, pp. 423-445.

LIZ, JORGE PEGADO, "A 'lealdade' no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise critica da Directiva 2005/29/CE)", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, pp. 17-93.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, "A transposição da Directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 569-585.

MICKLITZ, HANS-W. / REICH, NORBERT, "The court and sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms directive (UCTD)", *in Common Market Law Review*, Volume 51, n.º 3, 2014, pp. 771-808.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Volume III, Lisboa, 1986, pp. 733-769.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "The impact of the Directive on unfair terms in consumer contracts on Portuguese law", *in European Review of Private Law*, n.º 3, 1995, pp. 231-240.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *in Revista de Derecho Mercantil*, n.º 219, Madrid, 1996, pp. 79-115.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Volume I, Lisboa, 2002, pp. 111-142.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, pp. 121-135.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3961, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 221-235.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispesável interpretação correctiva da lei", *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 140, n.º 3966, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 138-143.

NASCIMENTO, Luís ANTÓNIO NORONHA, "As cláusulas contratuais gerais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 99-122.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, "A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993", *in Scientia Iurídica*, n.º 303, Tomo LIV, Julho-Setembro, Braga, 2005, pp. 527-558.

ORLANDO, SALVATORE, "The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice", *in European Review of Contract Law*, Volume 7, Issue 1, January 2011, pp. 25-56.

PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 341-378.

PEREIRA, TERESA SILVA, "Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Volume I/II, Lisboa, 2004, pp. 497-608.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, n.os 2-3-4, Abril-Dezembro, Coimbra, 1973, pp. 119-148.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PRATA, ANA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2010.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, "O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas", *in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III – Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 209-233.

RODRIGUES, HÉLIO TIAGO RIGOR, *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, *in* <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/RigorRwhitepapers\\_03.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RigorRwhitepapers_03.pdf)> (10.03.2015).

SÁ, ALMENO DE, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2001.

SCHULZE, REINER (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012.

SIMÃO, JORGE ANDRÉ CARITA, "A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno europeu", *in JusJornal*, n.º 1589, 13 de Dezembro de 2012.

STIGLITZ, RUBEN, "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, 1999, pp. 307-340.

TELLES, INOCÉNCIO GALVÃO, "Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas", *in O Direito*, Ano 127, III-IV, Lisboa, 1995, pp. 297-314.

VON BAR, CHRISTIAN / CLIVE, ERIC (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Volume I, Oxford, Oxford University Press, 2010.

WEATHERILL, STEPHEN, "The consumer rights directive: how and why a quest for 'coherence' has (largely) failed", *in Common Market Law Review*, Volume 49, n.º 4, 2012, pp. 1279-1317.

WHITTAKER, SIMON, "The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws", *in Stephen Weatherill e Ulf Bernitz (eds.), The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart, 2007, pp. 139-158.

WHITTAKER, SIMON, "Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales", *in Sergio Cámara Lapuente (dir.) e Esther Arroyo Amayuelas (coord.), La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Mas allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 509-533.

WHITTAKER, SIMON, "The Internal Relationships of EU Consumer Contract Laws: Unfair Contract Terms, Unfair Commercial Practices and the CESL", *in Luigi Moccia (ed.), The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, Sellier, 2013, pp. 117-130.

WHITTAKER, SIMON / ZIMMERMANN, REINHARD, "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", *in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (eds.), Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 7-62.