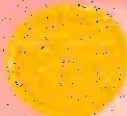




Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

A. Dias Pereira	Mafalda M. Barbosa
C. - W. Canas	Cláudia Assunção
Cristina Portugal	P. Maia Pinto
E. Brazão de Castro	Pedro Duarte
Gilves Pereira	P. Nuno Lobo
Isabel Catão de Vas	Pedro Monteiro
J. Carlos Trindade	



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Nº 3 - 2001

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Publicação do Centro de Direito do Consumo

Director
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



N.º 3 – COIMBRA, 2001.

Ficha Técnica

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Título: Estudos do Direito do Consumidor – n.º 3

Ano: 2001

Edição: Centro de Direito do Consumo

Director: António Pinto Monteiro

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

Depósito Legal n.º 151684/00

ISBN 972-98463-2-4

Execução Gráfica: G.C. – Gráfica de Coimbra, Lda.

APRESENTAÇÃO

Com a regularidade habitual, publica-se o n.º 3 dos **Estudos de Direito do Consumidor**, relativo a 2001.

Destacamos a presença, neste volume, dos Professores Canaris, Paisant e Paulo Netto Lôbo, que subscrevem artigos da maior importância e actualidade para o direito do consumidor (e não só!), designadamente sobre a garantia da venda de bens de consumo, o sobreendividamento e a obrigação de informação.

O primeiro dos referidos temas vem merecendo, aliás, uma particular atenção destes *Estudos*, tendo já o n.º 2 incluído artigos dos Drs. Jérôme Frank e Paulo Mota Pinto relativos à obrigação de garantia na venda de bens de consumo. O presente volume continua a preocupar-se com o assunto, dando conta do que se passa não só no direito alemão como no direito português, publicando, do Dr. Paulo Mota Pinto, o Anteprojecto do diploma legal de transposição da Directiva 1999/44/CE, assim como a tradução portuguesa dos textos legais austríaco e italiano de transposição da mesma Directiva.

Saudamos também a presença enriquecedora do Professor Oliveira Ascensão e dos Drs. Alexandre Dias Pereira e Paulo Duarte, com estudos sobre outros temas.

Além das habituais secções relativas a trabalhos de estudantes e a legislação e jurisprudência publicadas em 2001, incluímos ainda no presente volume textos do Colóquio organizado pelo Serviço de Defesa do Consumidor/Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Regional da Madeira, em Dezembro, no Funchal, e em que o nosso Centro colaborou, sobre “Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo”.

Por último, a nossa renovada e grata saudação ao Instituto do Consumidor, que mantém o seu apoio ao CDC. E o nosso reiterado desejo de que continuemos a justificar a confiança dos leitores!

Coimbra, Dezembro de 2001

ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO

O CDC – Centro de Direito do Consumo

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

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

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

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

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

Em Março de 1998 foi subscrita uma carta de intenções com o Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, o Instituto Ibero-Americano de Direito do Consumidor e o Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, tendo em vista a celebração de um protocolo entre o CDC e aquelas entidades.

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

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

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

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

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

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

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

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

Órgãos estatutários

ASSEMBLEIA GERAL

Prof. Doutor Rui Moura Ramos – Presidente da Mesa

Mestre Maria João Antunes – Vice-Presidente

Mestre José Eduardo Figueiredo Dias – Secretário

DIRECÇÃO

Prof. Doutor António Pinto Monteiro – Presidente

Mestre Paulo Mota Pinto – Vogal

Mestre Pedro Maia – Vogal

SECRETÁRIO DO CDC

Mestre Carolina Cunha

CONSELHO FISCAL

Prof. Doutor João Calvão da Silva – Presidente

Mestre Luís Pedro Cunha – Vogal

Mestre Paulo Henriques – Vogal

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

CDC – CENTRO DE DIREITO DE CONSUMO

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

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

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

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

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

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

A sua duração é por tempo indeterminado.

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

Curso de Direito do Consumo

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

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

DISCIPLINAS

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

MÓDULOS

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

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

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

Outras intervenções

CONFERÊNCIAS DE:

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

DEDATES COM:

Instituto do Consumidor
Associações de Defesa do Consumidor

**Sessão de Abertura do 3.º Curso
de Pós-Graduação em Direito do Consumo**

DISCURSO NA SESSÃO DE ABERTURA
DO 3.º CURSO DE DIREITO DO CONSUMO
ANO LECTIVO 2000/2001 *

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. As minhas palavras iniciais são de boas vindas e de agradecimento a todos pela sua presença nesta cerimónia.

Saúdo muito particularmente o Senhor Secretário de Estado para a Defesa do Consumidor, que mais uma vez nos honra com a sua participação neste acto do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ainda há pouco esteve Vossa Excelência connosco, Senhor Secretário de Estado, aqui em Coimbra, na Casa Municipal da Cultura, quando subscrevemos o Protocolo com o Centro de Arbitragem de Conflitos do Consumo do Distrito de Coimbra. Hoje volta à Universidade.

Esta reiterada manifestação de confiança é para nós motivo de orgulho e de satisfação. Mas é também, ao mesmo tempo, um sinal claro de que Vossa Excelência não se poupa a esforços e tem sabido compreender o papel importante que a Universidade pode desempenhar na defesa do consumidor.

* Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 10 de Novembro de 2000, na qualidade de Presidente da Direcção do CDC e Responsável Científico do Curso.

Esta sua atitude, Senhor Secretário de Estado, de permanente abertura e diálogo também com a Universidade, deve ser levada a seu crédito e constitui um dos *méritos* da sua *esclarecida* actuação em prol do consumidor. Pelo nosso lado, tudo faremos para continuarmos a merecer esta distinção, tudo faremos para continuarmos a justificar o gesto que ousámos ao promovermos a constituição deste Centro na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Uma saudação particular é também devida ao Senhor Presidente do Instituto do Consumidor, não só por ser o Instituto que mais de perto colabora connosco e constituir o nosso *aliado natural*, mas também por ser o *novo* Presidente que hoje nos visita, após ter cessado funções o Dr. Lucas Estêvão. Senhor Dr. Carrapiço, renovo-lhe os votos de *felicitações* que lhe formulei por ocasião da sua posse e a manifestação de *confiança* que então lhe testemunhei, assim como a nossa reafirmada *disponibilidade*, dentro das nossas forças e vocação, para nos empenharmos numa *causa comum*.

Ao Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra, que também representa o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, ao Senhor Representante do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, aos Senhores Presidentes e Representantes do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, das Associações de Defesa do Consumidor aqui presentes — Deco, Acop, APDC e UGC —, Cooperativas de Consumo e CIACS, às distintas autoridades presentes, aos estudantes, aos Colegas e a todos em geral, as nossas saudações e gratos cumprimentos pela sua vinda.

2. Uma palavra muito especial é devida ao Senhor Prof. Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo, que nos honra com a sua presença e enriquece este acto com a sua experiência e saber.

O tema de que vai falar-nos — “*A informação como direito fundamental do consumidor*” — pertence ao *núcleo essencial* dos direitos do consumidor. Tema da maior *importância e actualidade*, sem dúvida, ontem como hoje, no Brasil, em Portugal e em toda a parte. *Não esgota*, é certo, o elenco de direitos do consumidor nem poderemos limitar a protecção deste ao *modelo “informativo”*. Muito menos poderemos procurar nele a solução para todos os problemas; nem valerá a pena

recordar, a tal propósito, na jurisprudência norte-americana, o caso, a raiar o anedótico, de um pára-quedista que sofreu uma colisão no ar e ficou tetraplégico, em que foi decidido que o fabricante deveria ter colocado uma etiqueta com o seguinte aviso: “não é recomendável o uso de pára-quedas a principiantes”! Descontado o natural exagero e graça desta situação ou de outras equiparáveis, ninguém duvida da importância *nuclear da informação como direito fundamental do consumidor*.

Tema da maior importância e actualidade, repito, a que por isso mesmo não é alheio o nosso Curso. Com a Lição do Professor Paulo Lôbo teremos assim oportunidade de *completar*, de *rever*, de *confrontar*, de *aprender* ou *aprofundar* tudo quanto em matéria tão *decisiva* importa saber ou questionar.

E tema que vai ser tratado com a elevação, a clareza e a profundidade de um reputado especialista, o Professor Paulo Lôbo.

Doutor em Direito Civil pela conceituada USP — Universidade de São Paulo —, Paulo Lôbo é actualmente Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Entre outros prestigiados cargos que ocupa, é membro (e foi já Presidente) da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Director do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Director do Instituto Brasileiro de Direito de Família e Procurador Geral do Estado de Alagoas. São vários os livros e trabalhos jurídicos publicados, designadamente nas áreas do direito civil, do direito do consumidor e do ensino jurídico.

Doutor Paulo Lôbo, estamos *honrados* com a sua presença — e estamos *felizes* por termos connosco um Amigo. Muito obrigado por ter acedido ao convite que lhe formulámos. Escutaremos atentamente a sua *Conferência* e desde já lhe peço que nos autorize depois a publicá-la nos nossos *Estudos de Direito do Consumidor*.

3. A cerimónia em que participamos procura ser um *elo de ligação* entre quem *chega* e quem *parte*. Os alunos do Curso anterior *passam o testemunho* aos que acabam de entrar nesta Casa. Festejamos *o passado*, com as certidões que dentro em pouco entregaremos na presença *do mais alto representante desta Universidade* — O Magnífico Reitor, que

hoje, como sempre, nos honra com a sua participação; mas festejamos também, cheios de esperança, o *futuro*, com os novos alunos do 3.º Curso de pós-graduação em Direito do Consumo.

Os primeiros, os que acorreram a esta Casa o ano passado, eram 57 — entre os quais 3 brasileiros, a Dr.ª Adalgisa (juiz indicada pela AMB, no âmbito da colaboração que vimos mantendo com esta Associação de Magistrados Brasileiros), a Dr.ª Daniela Ferreira e a Dr.ª Ana Cláudia, ambas advogadas —, tendo concluído o Curso 32, dos quais grande parte está hoje aqui presente; os segundos, os que estão já inscritos no novo Curso e iniciam, aqui e agora, o seu percurso nesta pós-graduação em Direito do Consumo, são 46, a que haverá que acrescentar os alunos do Curso anterior que ainda não acabaram.

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

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

4. O Curso de Direito do Consumo vem sendo a actividade principal do nosso Centro. Mas não a única! E é com orgulho que, com os meus colegas da Direcção, Drs. Paulo Mota Pinto e Pedro Maia, recordo ter sido já publicado o n.º 1 da colecção *Estudos de Direito do Consumidor*.

Tive oportunidade de dizer já que nele se dá conta de algumas das intervenções e dos instantes mais significativos do 1.º Curso, a par de outros contributos de relevo; e de prometer que procuraremos manter a qualidade dos *Estudos* e a regularidade da sua publicação, contribuindo, também deste modo, para o esclarecimento dos problemas do direito do consumidor e para a *dimensão universitária* que pretendemos conferir-lhe com a criação deste Centro. Pois bem! Dentro em breve, ainda este ano, sairá o n.º 2 dos *Estudos*, como prometemos.

Realço, ainda, pela ordem por que eles foram subscritos, os Protocolos que o nosso Centro celebrou este ano com algumas das entidades

de maior relevo na causa do consumidor e que abrem perspectivas de colaboração de grande interesse: com a DECO (Delegação de Coimbra), com o Serviço de Defesa do Consumidor da Região Autónoma da Madeira e com o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra.

É também de sublinhar o colóquio que organizámos em Coimbra com o CEJ — Centro de Estudos Judiciários, dirigido a magistrados judiciais e do Ministério Público.

Por último, solicitados pelo Magnífico Reitor da Universidade de Coimbra e pelo Conselho Directivo da Faculdade de Direito, organizámos em Coimbra um Curso breve de Direito do Consumidor destinado a Colegas e a estudantes brasileiros da Universidade de Santa Cecília.

5. Magnífico Reitor, temos procurado *servir* a Faculdade de Direito e a Universidade de que fazemos parte, guiados pelos *valores* que os nossos Mestres nos transmitiram. Sempre com os olhos postos na Comunidade em que nos inserimos, atentos ao *pulsar* da vida e às realidades práticas que o direito serve.

Tem sido assim no passado — e é também esta a renovada *promessa* que fazemos quanto ao futuro, quanto ao futuro que hoje começa, com a Lição do Professor Paulo Lôbo.

Muito obrigado a todos

A INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR*

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Professor Doutor da Universidade Federal de Alagoas e dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco.

Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Sumário: 1. Inserção constitucional do direito à informação; 2. Direito à informação; 3. Direito fundamental à informação; 4. Direitos fundamentais oponíveis aos particulares — Efeitos diante de terceiros; 5. Força normativa dos princípios e regras constitucionais de tutela do consumidor; 6. Titular do direito à informação; 7. Dever de informar; 8. Requisitos do dever de informar; 9. Efeitos jurídicos da informação publicitária; 10. Informação: oferta ou integração ao contrato? 11. Vinculação da informação não explícita; 12. Direito à informação e garantia de cognoscibilidade; Conclusão.

1. Inserção constitucional do direito à informação

O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor. Nas legislações mundiais, voltadas a regular as relações de consumo, a referência quase uniforme ao direito à informação fortalece as características universalizantes desse novo

* Conferência proferida na Cerimônia de abertura do 3.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor do Centro do Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 10.11.2000.

direito. Afinal, os problemas e dificuldades enfrentados pelos consumidores, em qualquer país, são comuns, a merecerem soluções comuns.

Por tais razões, a Resolução n.º 30/248 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16.04. 1985, determina em seu artigo 3.º que é necessário promover o acesso dos consumidores à informação.

Os efeitos do direito à informação não estão contidos, apenas, no âmbito da legislação infraconstitucional, pois as constituições mais recentes elevaram-no ao nível dos direitos fundamentais. Portanto, não diz respeito apenas à ordem privada dos sujeitos, mas irradia-se na consideração pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê apenas no exercício do direito oponível ao poder político, mas em face do poder econômico.

Os direitos do consumidor, é cediço, radicam no interesse público social, que não se compagina no clássico interesse público estatal. Para desenvolver tal dimensão, sua tessitura está coenvolvida de inevitáveis inserções no âmbito do direito público constitucional, até porque as relações de consumo são necessariamente transindividuais, pois irradiam efeitos além dos sujeitos concretos da aquisição ou utilização de determinado produto ou serviço, para alcançar todos os que sejam por elas atingidos, em ato ou potência.

É interessante notar que os temas relativos a direito do consumidor estejam em franca expansão, justamente no momento em que se discute a aguda crise por que passa o Estado social, que permitiu seu surgimento e evolução. O avanço da globalização econômica dá-se a expensas do Estado social, compelido a reduzir ao mínimo a intervenção na atividade econômica, em que se insere o direito do consumidor. Os Estados e os direitos nacionais que intervieram na ordem econômica, para consecução da justiça social, ao longo do século XX, são obstáculos naturais à hegemonia do mercado global, que passou a ser a pedra de toque desse fenômeno inquietante, nas últimas duas décadas. Na perspectiva jurídico-constitucional, o Estado social identifica-se pela regulação ou intervenção na ordem econômica, é dizer, pela limitação do poder econômico e pela definição dos direitos sociais¹.

¹ Na Constituição brasileira, o artigo 6.º assim os define: “Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência

A tensão entre globalização econômica e Estado social levou à contradição entre a demanda econômica do Estado mínimo, dominado pelo mercado, e a demanda social da função regulatória. Mas, a substituição do Estado empreendedor pelo Estado regulador não altera, substancialmente, a natureza jurídica de Estado social, que se diferencia do Estado liberal, da etapa anterior, justamente por intervir nas relações privadas. Ou seja, enquanto houver ordem econômica constitucional, independentemente do grau de intervenção legislativa, judiciária e administrativa, nela fundado, haverá Estado social. O direito do consumidor, incluindo o direito à informação, insere-se nesse contexto de reforço do papel regulatório, pois suas regras tutelares configuram contrapartida à liberdade irrestrita de mercado, na exata medida do espaço de humanização dos sujeitos consumidores.

Afinal de contas, já se tornou um truísmo a afirmação de que todos e cada um de nós somos consumidores, e a dignidade humana não estará assegurada se a realidade existencial de submissão, no mercado de consumo cada vez mais despersonalizado, não for levada em conta pelo direito. A presunção de vulnerabilidade jurídica impõe ao direito a imensa tarefa de estabelecer o equilíbrio material nas relações de consumo. O acesso à informação, em especial, é indeclinável, para que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha, máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada.

A Constituição brasileira incluiu explicitamente a defesa do consumidor no elenco dos direitos fundamentais (art. 5.º, XXXII) e, por sua destacada importância, previu que (art. 5.º, XIV) “é assegurado a todos o acesso à informação”. Do mesmo modo, a Constituição portuguesa (art. 60.º) estabelece que os consumidores têm direito à informação. O diálogo entre as ordens jurídicas brasileira e portuguesa marcará esta exposição, doravante, mercê da interessante experiência que ora vivenciam, é dizer, de uma lado pela origem comum, de outro lado pela integração a grupos nacionais distintos (Mercosul e União Européia)

social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

2. Direito à informação

Cumpra, inicialmente, delimitar o campo da investigação, pois o tema apresenta dimensão polissêmica², levado ao paroxismo com a revolução da informática. Todavia, em dois âmbitos interligados e estreitos, a informação se apresenta com significados aproximados: no direito da comunicação e no direito do consumidor.

O direito à informação, no âmbito do direito da comunicação, tem significado diferenciado. Na perspectiva do direito fundamental da liberdade de expressão, é direito oponível ao Estado, e a qualquer pessoa, de não impedirem o acesso e a transmissão de informação, assim para quem comunica e para quem recebe a comunicação. É um direito sensível e vulnerável ao autoritarismo político. Enquadra-se entre os direitos fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade ou direitos à prestação negativa. Em sentido estrito, relaciona-se com o direito à comunicação, entendido este como direito de procurar, receber, compartilhar e publicar informações.

Não se desconhece a relevância do papel da comunicação, na relação de consumo, bem demonstrada no Congresso Internacional sobre “Comunicação e Defesa do Consumidor”, realizado em novembro de 1993, sob a iniciativa e organização do Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nele foram abordadas “*as cinco vertentes do direito da comunicação*”: comunicação social, audiovisuais, informática, telecomunicação e publicidade³. Essa importância vem da constatação de estar o consumidor sistematicamente vulnerado pelas distintas técnicas de comunicação. Sob outro ângulo, a informação é mercadoria para a indústria da comunicação. As informações são bens que as pessoas podem trocar. Nessa hipótese,

² Cf. Aloísio Ferreira, *Direito à informação, Direito à comunicação*, São Paulo, Ed. Celso Bastos, 1997, p. 94/5, que lista as seguintes espécies de informação: informação oral, informação escrita, informação visual, informação audiovisual, informação jornalística, informação publicitária ou propagandística, informação recreativa, informação individual, informação institucional, informação popular, coletiva ou geral, informação automatizada.

³ Cf. *Actas do Congresso Internacional Comunicação e Defesa do Consumidor*, Coimbra, 1996.

quem comunica assume a posição de fornecedor, na relação de consumo.

O direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente de atividade econômica. Esse segundo sentido, próprio do direito do consumidor, cobra explicação de seu enquadramento como espécie do gênero direitos fundamentais.

3. Direito fundamental à informação

Para os propósitos desta exposição, podem ser dispensadas as formulações doutrinárias acerca da natureza e do alcance dos direitos fundamentais e sua vinculação com os direitos humanos e os direitos naturais. Com todos os riscos epistemológicos possíveis, adota-se a concepção corrente de direitos fundamentais como aqueles que se encontram positivados nas normas constitucionais de cada país e nas normas infraconstitucionais que as densificam.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados em gerações, na medida em que historicamente foram ocorrendo. Norberto Bobbio, por exemplo, entende ser possível identificar quatro gerações, nos dois últimos séculos de experiências e vicissitudes, no mundo ocidental: os direitos de liberdade, os direitos políticos, os direitos sociais e econômicos e a nova geração de direitos, relativos “à integridade do próprio patrimônio genético, que vai muito além do tradicional direito à integridade física”.⁴ As gerações não substituíram as antecedentes, mas se conjugaram em ciclos de expansão. Desse modo, perpassam as ordens constitucionais.

Os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX. E apenas foi possí-

⁴ Norberto Bobbio, *O tempo da Memória, De senectude e outros escritos autobiográficos*, trad. Daniela Versiani, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1997, p. 160.

vel quando se percebeu a dimensão humanística e de exercício de cidadania que eles encerram, para além das concepções puramente econômicas. Com efeito, as teorias econômicas sempre viram o consumidor como ente abstrato, despersonalizado, como elo final da cadeia de produção e distribuição. O *homo oeconomicus* simboliza o distanciamento da realidade existencial do ser humano que consome. Não é sujeito; é apêndice do objeto, somente identificável mediante o consumo. No mundo atual, até mesmo suas necessidades podem ser artificialmente provocadas pelo monumental aparato publicitário que cerca os produtos e serviços lançados no mercado. A dissolução da pessoa humana em apenas consumidor bem demonstra o distanciamento da ótica economista dos valores que plasmaram a opção jurídica.

O direito do consumidor recuperou a dimensão humana do consumidor, na medida em que o afirma como sujeito, titular de direitos constitucionalmente protegidos. Proteger o consumidor é, na incisiva lição de Antônio Pinto Monteiro *“lutar pela qualidade do relacionamento humano, no que ele implica de respeito pela dignidade do Homem e pelo seu poder de autodeterminação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade”*⁵. Desse modo, a migração para o campo dos direitos fundamentais, na concepção ampla que ostentam na atualidade, tornou-se inevitável.

4. Direitos fundamentais oponíveis aos particulares — Efeitos diante de terceiros

Em virtude da natureza de prestação negativa dos direitos de liberdade, de primeira geração, e da típica oponibilidade ao poder político que sempre os caracterizaram, houve, e ainda há, reação a se admitir efeitos dos direitos fundamentais diante de terceiros ou particulares. Cresceu, todavia, uma consistente doutrina a eles favorável, com repercussões positivas nos tribunais. Não se confundem com os direitos fundamentais de prestação positiva oponíveis ao Estado, próprios dos direi-

⁵ Cf. *Actas do Congresso Internacional sobre “Comunicação e Defesa do Consumidor”*, cit., p. 492.

tos sociais, que estão na raiz da crise do Estado de bem estar social ou Estado providência, que não consegue mais atender às crescentes demandas de serviços públicos. São, ao contrário, direitos que envolvem intervenção ativa do Estado, na legislação, na administração pública e no judiciário, para que sejam exeqüíveis.

Com relação ao Estado, esses específicos direitos fundamentais exercem pretensão positiva mediata, a saber, de realização dos meios que os assegurem, editando-se leis de proteção efetiva⁶, instalando-se órgãos administrativos voltados à prevenção, fiscalização e resolução de conflitos, e garantindo o acesso facilitado ao Poder Judiciário. Cuida-se de dever geral de proteção, incumbido ao Estado, como estabelece a Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa, de 1996 (art. 1.º).

A pretensão positiva imediata é dirigida ao particular. No direito do consumidor, o particular é quem exerce atividade organizada e permanente de produção e distribuição de produtos e serviços⁷. Numa perspectiva estritamente jurídica, atividade é o complexo ou conjunto de atos teleologicamente orientados, com caráter de permanência e continuidade. Na legislação brasileira, denomina-se genericamente fornecedor, termo que será utilizado doravante.

O questionamento que se fez, quanto à natureza de direitos fundamentais, reside no fato de sua realização envolver a proteção ou defesa de um particular (o consumidor) contra outro particular (o fornecedor), dado a que, historicamente, os direitos fundamentais são atribuíveis a todos, e não a um contra outros. Esse entendimento não se sustenta, salvo na ambiência exclusiva dos direitos de primeira geração, na exata medida em que a regulação da ordem econômica, na Constituição, vai além da limitação ao poder político, como sujeito passivo do dever decorrente. Em suma, o fornecedor, detentor do poder econômico,

⁶ A Constituição brasileira optou por norma geral assecuratória do direito fundamental do consumidor, inserida no artigo enumerador dos direitos e garantias individuais e coletivas (art. 5.º), prescrevendo: “XXXII — O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁷ O Código do Consumidor brasileiro (art. 3.º) admite que pessoa jurídica de direito público possa assumir a posição de fornecedor, quando prestar serviço mediante remuneração. Do mesmo modo, a Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa (art. 2.º, 2).

assume idêntica situação passiva ante o direito fundamental, antes apenas reservada aos titulares do poder político.

Situando a controvérsia na Alemanha, Konrad Hesse dá notícia da resistência doutrinária e jurisprudencial que, no geral, entende não poderem os direitos fundamentais vincularem diretamente os particulares, cabendo ao legislador de direito privado concretizá-los. Contudo, admite que forte é a tendência de vinculação direta quando se trata de proteção da liberdade pessoal contra o exercício de poder econômico e social⁸.

5. Força normativa dos princípios e regras constitucionais de tutela do consumidor

As constituições jurídico-positivas utilizam enunciados gerais em suas normas, sejam elas regras ou princípios. Porém, pouco importa a generalidade das expressões, ou a indeterminação dos conceitos, pois são normas jurídicas e como tais devem ser tratadas, com força normativa própria.

Os publicistas abandonaram a idéia de efeitos meramente simbólicos das normas constitucionais, que durante muito tempo reduziram o alcance dos direitos fundamentais. Há, particularmente nos princípios constitucionais, uma eficácia jurídica mínima, a demonstrar que são auto-executáveis e não dependem de concretização pelas normas infra-constitucionais.

São efeitos mínimos dos princípios constitucionais, ainda que de escassa densidade semântica:

1.º Comando positivo ao Estado, principalmente o legislador, de otimização dos direitos fundamentais, para que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes⁹; (eficácia positiva)

⁸ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 281-5.

⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

2.º Critério fundamental de interpretação. Os princípios informam e conformam o conteúdo e o significado das normas infraconstitucionais, cuja interpretação e aplicação devem deles partir, não podendo ser com eles incompatíveis; (eficácia positiva)

3.º Limite para edição das normas infraconstitucionais. Aquelas que forem incompatíveis com os princípios constitucionais são rejeitadas pelo sistema jurídico, mediante o controle de constitucionalidade, isto é, são inconstitucionais. (eficácia negativa)

Os princípios são explícitos ou implícitos, neste caso quando emergirem do sistema constitucional, com idêntica força normativa. O direito à informação está posto nas Constituições brasileira e portuguesa, como princípios explícitos. Mas seria implícito, se não tivesse sido expressamente referido, porque é de natureza fundamental para tutela do consumidor contemporâneo. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de leis que sejam incompatíveis com determinados princípios implícitos, como o da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Na Constituição da Argentina há norma semelhante, mas de densidade semântica maior, na linha de tendência de entender a informação como direito fundamental do consumidor. Estabelece seu artigo 42 que “*os consumidores têm direito, na relação de consumo, a uma informação adequada e veraz*”.

Uma última palavra, relativamente a esse marco conceitual. Os princípios constitucionais estão postados no topo da escala hierárquica das normas jurídicas. Desse modo, estão necessariamente presentes quando da aplicação de quaisquer normas infraconstitucionais, por mais claras e precisas que aparentem. Nada têm em comum com o conceito clássico de princípios gerais de direito, concebidos como regras de clausura do sistema, funcionalmente supletivos, à falta de leis expressa ou de costumes (vedação de *non liquet* ao julgador). A norma de sobredireito brasileira (Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, art. 6.º) assim prevê: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costume e os princípios gerais de direito*”. Não são dessa natureza, repita-se, os princípios constitucionais.

6. Titular do direito à informação

O consumidor, tantas vezes referido, é o titular do direito à informação. Mas qual consumidor? Por certo não é consumidor individual e concreto em determinada relação de consumo, pois o dever de informar é objetivamente concebido em relação a todos os adquirentes e utentes do produto ou do serviço fornecido. Dessarte, há de ser considerado o consumidor típico, independentemente do maior ou menor grau de acesso individual à informação¹⁰.

O consumidor objetivamente considerado é um tipo ideal, médio, para fins de identificação jurídica, ou seja, é o tipo médio a que se destina o produto ou o serviço. O tipo ideal ou médio é transpessoal, ultrapassa os interesses e condições individuais ou subjetivos e envolve o interesse coletivo de todos os destinatários, no tempo e no espaço. Sua configuração rejeita um juízo de valor universal, a exemplo do *bonus paterfamilias* do direito antigo. Em alguns casos, o consumidor típico é qualquer um, inclusive o iletrado, para o qual a informação deve ser a mais simples e acessível possível, como se dá com os produtos alimentícios postos à disposição em supermercados. Em outros casos, certo grau de informação técnica é necessário para o consumidor típico, como se dá com produtos de informática.

7. Dever de informar

O direito fundamental à informação resta assegurado ao consumidor se o correspondente dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se lhe impõe, em decorrência do exercício de atividade econômica lícita.

Para o professor argentino Roberto M. Lopez Cabana, o dever de informar, imposto a quem produz, importa ou comercializa coisas ou presta serviços, se justifica em razão de se enfrentarem nessa peculiar

¹⁰ Para um estudo mais amplo do tema, cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 61-70.

relação, um profissional e um profano, e a lei tem um dever tuitivo com este último¹¹.

O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na proibidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial. A boa fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam¹². Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. No direito comum dos contratos, esse princípio implícito, sem embargo da omissão proposital da codificação tradicional, como a brasileira, foi recorrente na doutrina mais atenta à evolução do direito contratual.

O princípio da boa fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos. Anteriormente ao advento das legislações específicas, a jurisprudência dos tribunais socorreu-se à larga da boa fé como cláusula geral definidora do limite das condições gerais dos contratos e do efetivo cumprimento do dever de informar.

Contudo, o dever de informar não é apenas a realização do princípio da boa fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionado à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. A teoria contratual também construiu a doutrina dos deveres anexos, deveres acessórios ou deveres secundários ao da prestação principal, para enquadrar o dever de informar¹³. O desenvol-

¹¹ Información al usuário, in *Revista Ajuris*, edição especial, Porto Alegre, março 1998, p. 256.

¹² Para Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 1234) a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes e futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e tutela.

¹³ Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 241.

vimento do direito do consumidor foi além, transformando-o no respectivo do direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Não se trata apenas de dever anexo.

A Constituição brasileira (art. 170) estabelece que a atividade econômica deve observar, entre outros, o princípio de defesa do consumidor. O princípio é dirigido não só ao Estado mas, principalmente, aos agentes econômicos. O princípio é abrangente do direito à informação, referido explicitamente no artigo 5.º, XIV.

A fraca densidade semântica do princípio não é óbice à sua aplicação ou executividade imediata. Havendo, como há, legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, sua aplicação deverá ser, sempre, informada do princípio.

A concepção, a fabricação, a composição, o uso e a utilização dos produtos e serviços atingiu, em nossa era, elevados níveis de complexidade, especialidade e desenvolvimento científico e tecnológico cujo conhecimento é difícil ou impossível de domínio pelo consumidor típico, ao qual eles se destinam. A massificação do consumo, por outro lado, agravou o distanciamento da informação suficiente. Nesse quadro, é compreensível que o direito avance para tornar o dever de informar um dos esteios eficazes do sistema de proteção.

O dever de informar impõe-se a todos os que participam do lançamento do produto ou serviço, desde sua origem, inclusive prepostos e representantes autônomos. É dever solidário, gerador de obrigação solidária. Essa solidariedade passiva é necessária¹⁴, como instrumento indispensável de eficaz proteção ao consumidor, para que ele que não tenha de suportar o ônus desarrazoado de identificar o responsável pela informação, dentre todos os integrantes da respectiva cadeia econômica (produtor, fabricante, importador, distribuidor, comerciante, prestador do serviço).

¹⁴ O Código do Consumidor brasileiro, em seu artigo 34, é explícito a respeito. Do mesmo modo, a Lei de Defesa do Consumidor portuguesa (art. 8.º,5): “O fornecedor ou prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação”.

8. Requisitos do dever de informar

Cumpra-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.

A **adequação** diz com os meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou o serviço determinados e o consumidor destinatário típico. Os signos empregados (imagens, palavras, sons) devem ser claros e precisos, estimulantes do conhecimento e da compreensão. No caso de produtos, a informação deve referir à composição, aos riscos, à periculosidade.

Maior cautela deve haver quando o dever de informar veicula-se por meio da informação publicitária, que é de natureza diversa, como adiante se dirá. Tome-se o exemplo do medicamento. A informação da composição e dos riscos pode estar neutralizada pela informação publicitária contida na embalagem ou na bula impressa interna. Nessa hipótese, a informação não será adequada, cabendo ao fornecedor provar o contrário.

A legislação de proteção do consumidor destina à linguagem empregada na informação especial cuidado. Em primeiro lugar, o idioma será o vernáculo. Em segundo lugar, os termos empregados não devem ser incompatíveis com o consumidor típico destinatário. Em terceiro lugar, toda a informação necessária que envolva riscos ou ônus que devem ser suportados pelo consumidor será destacada, de modo a que “saltem aos olhos”. Alguns termos em língua estrangeira podem ser empregados, sem risco de infração ao dever de informar, quando já tenham ingressado no uso corrente, desde que o consumidor típico com eles esteja familiarizado. No campo da informática, por exemplo, há universalização de alguns termos em inglês, cujas traduções são pouco expressivas, a exemplo do aparelho denominado *mouse*.

A **suficiência** relaciona-se com a completude e integralidade da informação. Antes do advento do direito do consumidor era comum a omissão, a precariedade, a lacuna, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço. A ausência de informação sobre prazo de validade de um produto alimen-

tício, por exemplo, gera confiança no consumidor de que possa ainda ser consumido, enquanto que a informação suficiente permite-lhe escolher aquele que seja de fabricação mais recente. Situação amplamente divulgada pela imprensa mundial foi a das indústrias de tabaco que sonegaram informação, de seu domínio, acerca dos danos à saúde dos consumidores.

Insuficiente é, também, a informação que reduz, de modo proposital, as conseqüências danosas pelo uso do produto, em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico.

Problema mais delicado diz respeito ao chamado risco do desenvolvimento. Considera-se assim o lançamento do produto ou do serviço, que posteriormente vêm a ser demonstrados inadequados ou inseguros em virtude do desenvolvimento científico ou tecnológico posterior. No momento em que foram concebidos ou desenvolvidos mostravam-se compatíveis com o nível do conhecimento existente. Há forte controvérsia na doutrina. No Brasil, a tendência é desconsiderar o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, enquadrando-o nos riscos da atividade do fornecedor. Pessoalmente, conforme escrevi alhures¹⁵, entendo que, no geral o risco de desenvolvimento deve ser considerado como exoneratório de responsabilidade. Todavia, a falta de informação suficiente, acerca do estágio do conhecimento científico e tecnológico sobre a matéria, infringe o dever de informar, pois sonega dados necessários à escolha do consumidor.

Todo produto ou serviço lançado no mercado, em conformidade com os dados de ciência e tecnologia atualmente irrefutáveis, considera-se adequado e seguro ao consumo. Porém, o progressivo desenvolvimento científico e tecnológico poderá alcançar estágios de aperfeiçoamento e qualificação dos mesmos produtos e serviços que tornem os anteriores inadequados ao uso.

É de se ter como unívocos os significados de *state of the art* (o produto está de acordo com os padrões correntes na data de seu lançamento) e risco de desenvolvimento (o produto não alcançou o nível de qualidade e segurança que seria lícito esperar, na data de seu lança-

¹⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo, *Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço*, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 1996.

mento), que a doutrina estrangeira busca distinguir¹⁶ Exemplifica-se a primeira hipótese com o cinto de segurança nos automóveis que não se tinha como necessário décadas atrás; a segunda, com a inadequação do produto por excessiva toxicidade, apenas mais tarde reconhecida.

A legislação mais recente encaminha-se a considerar exonerativa de responsabilidade o chamado risco de desenvolvimento (incluindo o *state of the art*), especialmente as que perfilharam a Diretiva da Comunidade Européia de 1985, acerca da responsabilidade do fornecedor. A Diretiva permitiu que se excluísse o risco do desenvolvimento quando se provar que o estado do conhecimento científico e tecnológico não permitia a descoberta da existência do defeito.

O Código do Consumidor brasileiro foi omissivo a respeito, o que levou parte da doutrina a sustentar a impossibilidade da exoneração da responsabilidade por tal motivo, permanecendo imputável o fornecedor. O principal argumento é que a lei brasileira adota a responsabilidade objetiva, mercê do risco criado pela atividade econômica, não possuindo os consumidores meios de conhecerem os riscos que determinado produto encerra.

A **veracidade** é o terceiro dos mais importantes requisitos do dever de informar. Considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas conseqüências.

O artigo 1.º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece que todo anúncio deve ser “honesto e verdadeiro”.

¹⁶ Cf. Geraint G. Howells, *Strict Liability in Common Law: Historical Development and Perspectives. Documentos Básicos do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*. Blumenau, out./nov. 1995, p. 82.

9. Efeitos jurídicos da informação publicitária

Meio século atrás, Jean Carbonnier levantara a necessidade da análise jurídica da publicidade, ao afirmar que “o estudo do contrato na nossa época não se deveria separar de um estudo da publicidade”¹⁷.

Para o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, publicidade é “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e idéias”¹⁸. Para atingir suas finalidades, a publicidade deve observar os princípios básicos de liberdade, identificação, veracidade, lealdade e ordem pública. Porém, há uma distinção qualitativa com a informação em sentido estrito. A publicidade tem por fito atrair e estimular o consumo, enquanto a informação visa a dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas. Sem embargo da distinção, ambas são espécies do gênero informação, incidindo o dever de informar.

Afirmou-se, acima, que a informação obriga. Esclareça-se que obriga o fornecedor, pois o dever de informar de modo adequado, suficiente e veraz decorre da atividade que exerce. Essa obrigação desponta com especial força na publicidade dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, modificando substancialmente os valores jurídicos. A publicidade utiliza principalmente os meios de comunicação social, mas pode estar contida em mensagens dirigidas diretamente ao consumidor, seja por mala direta seja pela Internet, e nos próprios produtos.

Até o advento e consolidação do direito do consumidor, a publicidade não gerava conseqüências jurídicas a quem dela se utilizasse ou mesmo abusasse. Entendia-se que era o preço a pagar ou a ser suportado pela sociedade, para o desenvolvimento das atividades econômicas, em favor do irrestrito princípio da livre iniciativa. Afirmava-se que era um

¹⁷ *Flexible Droit*, 6.ª edição, Parias, LGDJ, 1988, p. 273.

¹⁸ A diretiva europeia n.º 84/450/CEE define a publicidade como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade comercial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações”.

“*dolus bonus*”, tolerado ou desconsiderado pelo direito, pois sua função era apenas a de estimular e atrair ao consumo. Mas, já se disse que “*a evolução contemporânea do direito positivo, caracterizado pela proteção e informação dos consumidores, a regulamentação da publicidade, a força obrigatória dos documentos publicitários e o desenvolvimento da obrigação de informar, parece deixar um lugar muito reduzido ao ‘dolus bonus’*”¹⁹. Ao meu sentir não há mais lugar algum ao “*dolus bonus*”.

Para realizar o direito fundamental à informação, o direito do consumidor toma a publicidade sob dois aspectos: no primeiro, a publicidade preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, considerando-a lícita; no segundo, a publicidade ultrapassa limites positivos e negativos estabelecidos na lei, para defesa do consumidor, tornando-a ilícita. A publicidade ilícita é enganosa quando divulga o que não corresponde ao produto ou serviço, induzindo em erro; é abusiva quando discrimina pessoas e grupos sociais ou agride outros valores morais. A publicidade ilícita não produz efeitos em face do consumidor, que pode resolver o contrato por esse fundamento.

A Constituição portuguesa (art. 60.º) proíbe todas as formas de publicidade oculta ou indireta. Do mesmo modo, a Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa rejeita a publicidade que não seja inequivocamente identificada e desrespeite a verdade e os direitos dos consumidores. O sentido de “inequivocamente identificada” resulta em tornar ilícito o *merchandising*, a meu ver corretamente. Considera-se *merchandising* a aparição ou inserção camuflada de produtos em programas de televisão, rádio, em filmes, em espetáculos teatrais, sem indicação da natureza de mensagem publicitária. No direito brasileiro não é clara a proibição, havendo entendimento doutrinário de sua possível admissibilidade, desde que seja adaptada ao princípio da identificação²⁰. Penso, ao contrário, que não preenche o requisito de adequação do dever infor-

¹⁹ Cf. Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil — La Formation du Contrat*, 3ª edição, Paris, LGDJ, 1993, p. 534.

²⁰ Nesse sentido, um dos mais importantes consumeristas brasileiros, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Ada Pellegrini Grinover et al., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 266.

mar, porque não utiliza a transparência na publicidade, alcançando o consumidor de surpresa e de modo subliminar.

Para os propósitos deste estudo, interessam os efeitos jurídicos obrigacionais da publicidade lícita, nas relações de consumo. Teriam eles natureza de oferta?

10. Informação: oferta ou integração ao contrato?

É sabido que a oferta, seja ela individual ou ao público, classifica-se como negócio jurídico unilateral, para cuja existência e eficácia vinculante basta a única manifestação de vontade do ofertante ou proponente. Produz, portanto, efeitos jurídicos próprios, antes da aceitação e de sua consumação no contrato. A oferta, como qualquer outro negócio jurídico unilateral, pode ser revogada, nos limites que a lei admita, extinguindo o vínculo obrigacional, além de estar sujeita às vicissitudes dos vícios subjetivos de vontade, em especial do erro.

A informação nas relações de consumo, e particularmente a publicidade lícita (adequada, suficiente e veraz), integra-se aos contratos de modo objetivo e inevitável, desde quando concretizados. Não pode ser objeto de retratação ou de escusa da obrigação, sob alegação de erro. A lei portuguesa de defesa dos consumidores, de 1996, é clara, a respeito (art. 7.º, 5): *“As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”*. Do mesmo modo, o Código do Consumidor brasileiro (art. 36) determina que toda informação ou publicidade suficientemente precisa *“obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dele se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”*.

Trata-se, pois, de obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória, não se enquadrando, por inteiro, na teoria do negócio jurídico. Essa teoria, melhor dizendo teorias, aprofundam, no plano conceitual, o princípio da autonomia da vontade, pouco importando que arranquem da vontade em si ou da declaração, pois os efeitos negociais queridos são reconhecidos e validados pela lei, nos seus limites. Toda-

via, a mensagem ou oferta publicitária não é recebida pelo direito com os efeitos queridos pelo fornecedor (atrair ao consumo), mas com efeitos jurídicos obrigacionais definidos pela lei, a saber, vinculando objetivamente o conteúdo da informação, no interesse dos consumidores.

Se de negócio jurídico unilateral se tratasse, então poderia o erro ser oponível ao vínculo obrigacional dela decorrente. E assim, o fornecedor estaria escusado de celebrar o contrato com o consumidor atraído pela mensagem publicitária, alegando que teria havido erro. As consequências do erro são a ele imputáveis, que, se for o caso, terá pretensão e ação contra o publicitário. O erro, por exemplo quanto ao preço anunciado, integra-se no risco de sua atividade, não podendo ser oposto aos consumidores, que estariam mais vulneráveis a tais práticas, quase sempre intencionais de atração enganosa. A jurisprudência dos tribunais brasileiros, sem embargo de vacilações naturais ante modelos que escapam do sistema tradicional dos contratos, tem rejeitado o argumento escusativo de erro da mensagem publicitária. A firme orientação nesse sentido previne a solução de conflitos evitáveis e favorece o cumprimento da proteção constitucional do consumidor. Esse efeito preventivo e benéfico tem sido traduzido na prática de muitas empresas em definir, na publicidade, o número exato de unidades dos produtos à venda e melhor precisão no preço e nas condições de pagamento.

Assim, não se pode considerar a publicidade como oferta, no sentido tradicional do termo, melhor se concebendo como modo de integração compulsória aos contratos de consumo.

11. Vinculação da informação não explícita

A informação insuficiente ou deficiente (informação não explícita) não pode ser óbice à vinculação obrigacional do fornecedor, em benefício do consumidor. Em outras palavras, a informação obriga, ainda que não esteja explicitada, pouco importando que essa omissão seja intencional ou involuntária.

A informação não explícita, que vincula, é toda aquela necessária ao conhecimento e compreensão do consumidor típico, e no seu interesse, emergente da natureza do produto ou do serviço. Nesse sentido,

também integra o contrato de consumo. As regras técnicas aplicáveis à segurança de determinado produto, por exemplo, integram a informação como nelas estivessem. Do mesmo modo, as características de qualidade utilizadas em produtos e serviços similares, pelos demais fornecedores.

Se assim não fosse, estar-se-ia a admitir, por via transversa, conduta fundada em *venire contra factum proprium*. A falta do dever de informar constitui não apenas violação ao direito do consumidor à informação mas ao direito-dever de concorrência, pois estaria em indevida posição de vantagem, que a ordem econômica constitucional rejeita (artigo 170, IV, da Constituição brasileira).

12. Direito à informação e garantia de cognoscibilidade

O direito fundamental à informação visa à concreção das possibilidades objetivas de conhecimento e compreensão, por parte do consumidor típico, destinatário do produto ou do serviço. Cognoscível é o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor.

Não se trata de fazer com que o consumidor conheça e compreenda efetivamente a informação, mas deve ser desenvolvida uma atividade razoável que o permita e o facilite. É um critério geral de apreciação das condutas em abstrato, levando-se em conta o comportamento esperado do consumidor típico em circunstâncias normais. Ao fornecedor incumbe prover os meios para que a informação seja conhecida e compreendida.

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata. O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. Essa situação concreta é irrelevante. O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender, ele e qualquer outro consumidor típico destinatário daquele produto ou serviço. A declaração de ter conhecido ou compreendido as condições gerais ou as cláusulas contratuais gerais

não supre a exigência legal e não o impede de pedir judicialmente a ineficácia delas. Ao julgador compete verificar se a conduta concreta guarda conformidade com a conduta abstrata tutelada pelo direito.

Pretende-se com a garantia de cognoscibilidade facilitar ao consumidor a única opção que se lhe coloca nos contratos de consumo massificados, notadamente quando submetidos a condições gerais, isto é, “pegar ou largar” ou avaliar os custos e benefícios em bloco, uma vez que não tem poder contratual para modificar ou negociar os termos e o conteúdo contratual.

A Lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais, de 1985, com as alterações havidas pelo Decreto-Lei n.º 220 de 1995, em seu artigo 5.º, prevê um *dever de comunicação prévia e integral*, ao consumidor, das condições gerais que deverão ser integradas ao contrato individual. A norma estabelece que a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com antecedência necessária, tendo em conta a extensão e a complexidade das condições, a possibilidade de seu conhecimento efetivo por quem use de comum diligência, cabendo ao fornecedor o ônus da prova da efetiva e adequada comunicação.

O Código do Consumidor brasileiro (arts 46 e 54) estabelece que os contratos de consumo não serão eficazes, perante os consumidores, “*se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo*”, ou houver dificuldade para compreensão de seu sentido e alcance, ou se não forem redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, ou se não forem redigidos com destaque, no caso de limitação de direitos.

Todas essas hipóteses legais configuram elementos de cognoscibilidade, situando-se no plano da eficácia, vale dizer, sua falta acarreta a ineficácia jurídica, ainda que não haja cláusula abusiva (plano da validade). Os contratos existem juridicamente, são válidos mas não são eficazes. O direito do consumidor, portanto, desenvolveu peculiar modalidade de eficácia jurídica, estranha ao modelo tradicional do contrato. No lugar do consentimento, desponta a cognoscibilidade, como realização do dever de informar.

Conclusão

Procurou-se demonstrar que o mundo atual assiste a transformações substanciais, para muitos irresistíveis, em que os Estados e os direitos nacionais são postos em tela de julgamento, quanto à sua função prestante, em face da globalização econômica. A crise do Estado social — a promessa generosa e solidária da última etapa do Estado moderno — repercute nos direitos fundamentais de terceira geração, onde se incluem os direitos do consumidor, que brotaram de seu seio.

Paradoxalmente, enquanto o Estado social se reduz, na exata medida do avanço do mercado global, o direito do consumidor se expande, sabido que somente é possível fazê-lo mediante a intervenção estatal, na legislação, nas ações e políticas públicas de proteção e na forte atuação da administração da justiça. Esse paradoxo não pode ser entendido senão como fato, contrário à dura lógica do mercado, decorrente da consciência de que o consumidor não é o elo enfraquecido e despersonalizado da cadeia econômica de produção e distribuição. É pessoa com necessidades, desejos, ideais, que merece respeito à sua dignidade humana, que somente o direito pode assegurar.

Na era da informação, justamente a informação é erigida em direito fundamental do consumidor, de cada cidadão, no plano mais elevado que o sistema jurídico pôde desenvolver, de modo a que a tutela jurídica arme-o de condições para o exercício da liberdade de escolha, como contrapartida ao mercado massificado que tende a todos submeter à sua lógica. No plano internacional, a resolução da ONU e as diretivas das ordens supranacionais afirmam o reconhecimento da natureza fundamental do direito à informação.

A informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada, despersonalizada e mundializada. Nessa direção, recupera parte da humanização dissolvida no mercado e reencontra a trajetória da modernidade, que prossegue o sonho mais alto do iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontades alheias, cada vez mais difícil na economia globalizada de Estados e direitos nacionais enfraquecidos,

onde as principais decisões econômicas são tomadas por conselhos de administração de empresas transnacionais.

O desafio que se coloca ao jurista é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstratos pólos de relação jurídica e muito menos como objetos manipuláveis pelos interesses econômicos. Tratando do direito civil, mas com aplicabilidade certa ao atual direito do consumidor, o grande jurista e humanista português Orlando de Carvalho²¹ pugnou pela “repersonalização” do direito, como autêntico princípio, fundado na “*acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos*”. Restaurar a primazia da pessoa é assentar o direito na *dignitas humana* e concebê-lo como um “serviço da vida”, um *foyer* da cidadania ativa.

²¹ Cf. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Centelha, 1981.

Doutrina

A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA SOBRE COMPRA DE BENS DE CONSUMO PARA O DIREITO ALEMÃO*

Prof. DOUTOR CLAUS-WILHELM CANARIS
Professor Catedrático da Universidade de Munique

I — O PROJECTO DE UMA SOLUÇÃO “GRANDE”

Segundo os planos do Ministério Federal da Justiça, a Alemanha não se vai limitar a transpor a directiva sobre compra de bens de consumo^a como tal — o que normalmente se designa como solução “pequena”. Diversamente, a transposição vai ser tomada como oportunidade para, no quadro de uma dita solução “grande”, reformar partes centrais do direito das obrigações e da Parte Geral do BGB^b.

* Publica-se, com autorização do Professor Canaris, a tradução portuguesa do texto em língua alemã intitulado “Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland”, que serviu de base à conferência proferida pelo Autor (em versão resumida), em língua italiana, na Universidade de Pádua, em 15 de Setembro de 2001. A tradução, realizada pelo Dr. Paulo Mota Pinto, baseou-se no texto acessível na *Internet* em: www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/canaris/padua.pdf. O nosso renovado e público agradecimento ao Professor Canaris pela autorização concedida.

^a [N.T.] Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 171, de 7 de Julho de 1999, pp. 12-6.

^b [N.T.] A “Lei para a Modernização do Direito das Obrigações” (“*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*”) foi aprovada pelo Parlamento Federal alemão em

1. O objecto da planeada solução “grande”

a) Segundo uma solução “pequena”, os regimes da compra e venda e do contrato de empreitada do BGB permaneceriam inalterados na sua maior parte, sendo apenas complementados por uma disciplina especial sobre a compra de bens de consumo — seja dentro do BGB, seja numa lei especial. Esta tem sido a via seguida até hoje na Alemanha para a transposição de directivas de direito privado no domínio da protecção do consumidor.

Pelo contrário, o objectivo da planeada solução “grande” é o de, tanto quanto possível, pôr o regime da compra e venda e do contrato de empreitada *em geral* em concordância com as exigências da directiva, e criar tão-só muito poucos preceitos especiais adicionais para a compra de bens de consumo. Isto significa que, em princípio, as exigências da directiva não são transpostas apenas para contratos entre empresários e consumidores, mas, antes, para todos os contratos de compra e venda e de empreitada — isto é, designadamente, também para contratos entre empresários. Por isso, vou ter primeiro que expor as alterações no direito *geral* da compra e venda e do contrato de empreitada, na medida em que se baseiem na directiva, e só posteriormente tratar dos preceitos *especiais*, que são de aplicar apenas à compra de bens de consumo.

b) Uma das especificidades do BGB está em conter regimes muito detalhados sobre a garantia — isto é, sobre os vícios do direito e os vícios da coisa — para diversos tipos de contrato, como para o contrato de compra e venda e o contrato de empreitada, os quais são, em grande medida, autónomos, na sua relação com as normas gerais sobre o não cumprimento de contratos. Assim, por exemplo, o meio de o credor fazer extinguir o contrato devido a um defeito da coisa consiste, nos regimes da compra e venda e do contrato de empreitada, no exercício de uma pretensão de rescisão [*“Wandelung”*^a], enquanto, segundo os pre-

11 de Novembro de 2001, publicada na *Bundesgesetzblatt* de 26 de Novembro de 2001 (I, n.º 61, p. 3138), e, nos termos do seu art. 9.º, entra em vigor em 1 de Janeiro de 2002. No que diz respeito à transposição da directiva, as soluções nela consagradas correspondem, no essencial, às tratadas no texto com referência ao projecto.

^a [N.T.] À falta de outro termo correspondente, a *Wandelung* melhor seria traduzida por “resolução”, o que, todavia, evitamos, por o Autor contrapor a *Wandelung* à

ceitos gerais, o contrato se extingue, em caso de cumprimento defeituoso, pela sua resolução.

Estas diferenças serão eliminadas pela planeada reforma, de tal modo que a garantia será futuramente disciplinada, em princípio, pelas normas gerais — de forma semelhante, por exemplo, ao direito italiano. Simultaneamente, todo o direito do não cumprimento irá ser reformado. Tal não constitui objecto da minha intervenção, mas existem algumas normas do direito geral das obrigações que são importantes para a transposição da directiva, e das quais, portanto, irei ter de tratar.

c) Os poucos preceitos especiais sobre a compra de bens de consumo que restam nos termos de uma solução “grande” não podem ser banidos para uma lei especial, e têm, portanto, de ser acolhidos no BGB. Uma vez que, desta forma, a transposição de uma directiva tem reflexos no BGB, põe-se a questão de saber se, apesar disso, as leis especiais, pelas quais têm até agora sido transpostas as directivas de protecção do consumidor, devem ser conservadas, ou se também devem ser integradas no BGB. Efectivamente, o projecto de reforma prevê uma tal integração. Os conceitos de consumidor e de empresário estão já hoje, aliás, definidos nos §§ 13 e 14 do BGB.

Além disso, a oportunidade será também aproveitada para reformar integralmente o regime da prescrição.

d) É evidente que não é forçoso tomar a directiva como ocasião para uma reforma tão ampla. Por isso, não é de admirar que um grande número de privatistas alemães proteste energicamente contra tal reforma, e, em especial, contra a pressão temporal que ela importa, devido à necessidade de transpor a directiva até 1 de Janeiro de 2002¹. Em conformidade, existem na doutrina propostas, detalhadamente trabalhadas, no sentido de uma reforma “pequena”².

Rücktritt, verdadeira e própria resolução. A *Wandelung* era a forma de cessação do contrato de compra e venda prevista no §462 do BGB como consequência dos defeitos da coisa. Embora existissem opiniões divergentes quanto à sua construção, segundo a posição dominante o comprador apenas dispunha de uma pretensão dirigida à *Wandelung*, a qual não constituía um direito potestativo.

¹ A declaração respectiva está acessível na Internet em: www.uni-passau.de/jan-wilhelm.

² Cfr. ERNST/GSELL, in *Zeitschrift für die Insolvenzpraxis [ZIP]*, 2000, pp. 1410 e

Por mim, porém, tal como numerosos outros autores, saúdo vigorosamente o projecto de uma solução “grande”. Pois o direito da prescrição, do não cumprimento e da compra e venda constituem aquelas matérias cuja disciplina no BGB é pior conseguida, e, além disso, está, em especial, fortemente antiquada. Por isso, dever-se-ia aproveitar a oportunidade para a sua melhoria, já que é de presumir que tal oportunidade dificilmente voltará a apresentar-se outra vez³. Além disto, a solução “grande” teria consequências plenas de significado à luz da integração europeia — ponto, este, a que voltarei no final da minha intervenção⁴.

2. O decurso e o estado do processo de reforma

A reforma planeada não se iniciou apenas no contexto da transposição da directiva, tendo, antes, uma longa história anterior. Esta começou com a elaboração de pareceres científicos desde 1979, a pedido do Ministério Federal da Justiça. A partir deles, uma comissão de peritos, criada pelo Ministério, entregou, em 1991, após oito anos de trabalho, um anteprojecto de lei que incluía todas as referidas matérias.

Grandes partes deste projecto foram aproveitadas pelo Ministério, que, baseado nelas, deu a público, no Verão do ano 2000, um chamado “projecto para discussão”, que tinha por objecto tanto a transposição da directiva como, também, a reforma do BGB. Das fileiras da doutrina foram dirigidas críticas fortes a este anteprojecto — sobretudo num colóquio que decorreu em Regensburg em Novembro de 2000⁵. Subsequentemente, o Ministério criou, de novo, duas comissões, das quais uma para a reforma do direito do não cumprimento. A esta pertencem quase só professores, incluindo também eu mesmo.

ss., 1462 e ss.; KIRCHNER/RICHTER, “Vorschlag für ein Gesetz zur Änderung des Kaufrechts und des Fernabsatzgesetzes”, acessível na Internet em: www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Kirchner/index.html.

³ Cfr., mais detalhadamente, CANARIS, in *Der Betrieb*, 2001, pp. 1820 e s.

⁴ Cfr. *infra* IV.

⁵ As intervenções e o relato da discussão encontram-se em ERNST/ZIMMERMANN (orgs.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001.

Com base no trabalho destas duas comissões, o Ministério elaborou o “Projecto de uma lei para a modernização do direito das obrigações”⁶. Este projecto foi apresentado, em Maio de 2001, pelo Governo Federal, e, paralelamente, pelos grupos parlamentares da coligação governamental, dando início ao processo de legiferação. O Conselho Federal efectuou, entretanto, uma série de propostas de alteração, apesar de a aprovação da lei não depender da sua concordância e se situar apenas na competência do Parlamento Federal. Recentemente, ambas as comissões reuniram mais uma vez e tomaram posição sobre as propostas de alteração entretanto efectuadas. Se o procedimento legislativo decorrer normalmente, toda a lei estará aprovada em Novembro e entrará em vigor em 1 de Janeiro de 2002.

II — A INFLUÊNCIA DA DIRECTIVA SOBRE O REGIME GERAL DA COMPRA E VENDA E DO CONTRATO DE EMPREITADA

Passo agora àquelas disposições do projecto que servem para a transposição da directiva, mas cujo domínio de aplicação, ainda assim, não é limitado a contratos entre consumidores e empresários, e antes abrange todos os contratos de compra e venda.

1. A previsão da desconformidade ao contrato

No que diz respeito, antes de mais, aos elementos da hipótese normativa, o projecto é marcado pelo esforço de introduzir um conceito unitário de defeito para todos os contratos de compra e venda e de empreitada.

a) Em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, da directiva, o projecto prevê um dever do vendedor de entrega de uma coisa isenta de defeitos (§ 433, n.º 1, 2.ª frase, do projecto [doravante BGB-E]). Isto corresponde, para a venda de coisa genérica, ao actual direito, mas é

⁶ Publicado em *BT-Drucks.* 14/6040.

novo para a venda de coisa específica, e, nesta medida, põe o direito alemão em conformidade com a evolução internacional.

b) Sobre a isenção de defeitos da coisa, o projecto contém uma solução em diversos patamares. Segundo esta, releva em primeira linha o estado ou constituição da coisa convencionados. Se faltar um acordo, é decisiva a adequação da coisa para a utilização pressuposta nos termos do contrato, e, subsidiariamente, a adequação para a utilização e a sua constituição habituais (§ 434, n.º 1, frase 1, e § 633, n.º 2 do BGB-E). Este regime, através do qual se transpõe o artigo 2.º, n.º 1 da directiva, corresponde ao chamado conceito subjectivo de defeito, que já era defendido pela maioria da jurisprudência e da doutrina.

Na medida em que a constituição habitual releva, são também decisivas na compra e venda declarações públicas do fabricante ou de seus auxiliares, em especial no quadro da publicidade (§ 434, n.º 1, frase 2, do BGB-E), o que corresponde a uma exigência expressa da directiva (art. 2.º, n.º 2, alínea *d*). Não há aqui inovação essencial, pois, ao averiguar a existência de um defeito da coisa, também o Supremo Tribunal Federal tomava já em conta, por exemplo, as indicações do fabricante sobre o consumo de combustível por um automóvel⁷. Além disto, também a instalação e as instruções de instalação defeituosas são expressamente qualificadas como defeitos da coisa (§ 434, n.º 2 do BGB-E), em conformidade com a directiva (art. 2, n.º 5). E igualmente isto não deverá, no essencial, ir para além do actual regime jurídico.

2. Os direitos do comprador

a) Também quanto aos direitos de que o comprador dispõe, em caso de prestação desconforme ao contrato, o projecto se atém estritamente às exigências da directiva. Desta forma, o comprador pode exigir, em primeira linha, a reparação do defeito ou a entrega de uma coisa sem defeitos (§ 437, n.º 1, e § 439, n.º 1, do BGB-E). Até agora, o BGB

⁷ Cfr. por exemplo, as decisões do BGH em *BGHZ-Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 132, p. 55 e *Neue juristische Wochenschrift* 1997, p. 2590.

apenas conhecia um direito à reparação no regime do contrato de empreitada, e não no do contrato de compra e venda, e apenas conhecia um direito à entrega de uma coisa sem defeitos na venda de coisa genérica.

É certo que a aceitação de um direito à entrega de uma coisa sem defeitos também na compra de coisa específica suscita algumas dificuldades ao pensamento jurídico alemão, pois o vendedor tem, então, de entregar ao comprador uma coisa que não foi de todo objecto do contrato. De toda a forma, segundo o projecto, deve partir-se de um tal regime. Por um lado, e designadamente segundo a fundamentação do projecto⁸, a distinção entre venda de coisa genérica e venda de coisa específica deve ser renunciável nessa medida. Por outro lado, a Directiva pressupõe, no considerando 16, que, ainda que excepcionalmente, existe um direito à substituição também de bens usados — que, na prática, são aquelas coisas específicas que estão em causa. Se alguém, por exemplo, comprar (a um preço reduzido) uma coisa que o vendedor utilizou para fins de exposição ou apresentação, e se esta apresentar defeitos de fabrico, pode exigir uma outra coisa semelhante — ainda que, obviamente, apenas uma coisa que também tenha sido utilizada para fins de exposição ou apresentação. Uma tal construção não é inteiramente inovadora no direito alemão, uma vez que também um lesado pode, no âmbito do seu direito à reconstituição, nos termos do § 249, n.º 1, do BGB, exigir, em certas circunstâncias, uma coisa diversa da anterior, destruída ou perdida⁹. Aliás, o problema é mais interessante teoricamente do que importante na prática. Além disso, numa obrigação genérica o direito à entrega de uma coisa semelhante — por exemplo, de um outro automóvel novo do mesmo tipo — não existe se o defeito só surgiu depois da concentração, pois isso seria inconciliável com a finalidade do § 243, n.º 2 do BGB^a. Para evitar contradições valorati-

⁸ Cfr. loc. cit. (nota 6), p. 230.

⁹ Cfr. por exemplo LANGE, *Schadensersatz*, 2.ª ed. 1990, § 5, II, 1; STAUDINGER/SCHIEMANN, *BGB*, 1998, § 249, n.º 183.

^a [N.T.] Nos termos desta norma, se, numa obrigação genérica, o devedor tiver efectuado o que é da sua parte exigível para prestar uma coisa de espécie e valor médios, considera-se que a obrigação se concentra nesta coisa.

vas, nas obrigações específicas ter-se-á, pois, de excluir o direito à entrega de uma coisa semelhante, pelo menos a partir do momento em que, numa obrigação genérica, se teria verificado a concentração, como, por exemplo, após a colocação da coisa à disposição ou após a notificação do devedor.

O direito à escolha entre a reparação do defeito e a entrega de uma coisa nova pertence ao comprador (§ 439, n.º 1 do BGB-E). Isto corresponde, na verdade, à exigência da directiva (art. 3, n.º 3), mas é, de todo o modo, digno de nota, uma vez que nos encontramos aqui no regime *geral* da compra e venda. Isto significa que, nos termos do projecto, o direito de escolha pertence ao comprador, e não ao vendedor, não apenas na compra de bens de consumo, mas também na compra e venda entre empresários, apesar de a segunda solução ser a corrente na vida económica. Isto é tanto mais estranho quanto, no contrato de empreitada, o direito de escolher é atribuído, de forma exactamente inversa, ao empreiteiro (§ 635, n.º 1, do BGB-E), pois, neste ponto, não existe qualquer exigência da directiva¹⁰. Este regime mostra, assim, de forma particularmente clara, o esforço do projecto no sentido de orientar pela directiva, tanto quanto possível amplamente, o direito da compra e venda mesmo para além dos casos de venda de bens de consumo.

b) Adicionalmente, o comprador tem um direito à resolução, que, segundo o projecto — e diversamente da actual *Wandelung* —, já não é regulado nos regimes da compra e venda e do contrato de empreitada, mas antes no direito geral das obrigações (§ 437, n.º 2, § 323; § 634, n.º 2, e § 323 do BGB-E). Tal direito surge, em regra, apenas se o vendedor deixou decorrer um prazo razoável para nova tentativa de cumprimento (§ 323, n.º 1 do BGB-E). Isto corresponde, para o contrato de empreitada, ao actual regime jurídico, mas é novo para a compra e venda — e, na verdade, tanto para a venda de coisa específica como para a venda de coisa genérica. Este prazo visa dar ainda ao vendedor uma segunda oportunidade para cumprir o contrato e evitar, assim, uma resolução pelo comprador.

¹⁰ Cfr. loc. cit. (nota 6), p. 265.

O prazo tem de ser fixado pelo comprador. Na doutrina, há quem defenda que esta exigência não é compatível com a directiva¹¹. Na verdade, é de inferir da directiva que o comprador pode exigir a rescisão do contrato apenas depois de decorrido um prazo razoável, mas não, também, que ele mesmo tem de fixar um tal prazo (art. 3, n.º 3, frase 3). Se o comprador omitir a fixação do prazo, ter-se-á, pois, na compra de bens de consumo, de admitir, pela via de uma interpretação em conformidade com a directiva, que ele não tem ainda de fixar posteriormente um prazo¹², mas, antes, que um prazo razoável decorre *ipso iure* desde o momento da declaração de resolução. Se, diversamente, não se tratar de uma compra de bens de consumo, a falta de uma fixação de prazo tem, em princípio, como consequência que faltará um pressuposto legal para a resolução, e que a sua declaração será, desta forma, ineficaz.

c) A resolução é, segundo o direito alemão, um direito potestativo. A eficácia deste consiste em que o seu exercício conforma a situação jurídica sem mais, isto é, sem a cooperação da outra parte ou de um tribunal. Consequentemente, também a redução do preço é concebida no projecto como direito potestativo (§ 441, n.º 1, § 638, n.º 1, do BGB-E). Aqui temos uma alteração do actual regime, segundo o qual a *Wandelung* e a redução do preço são pretensões.

Na prática, esta mudança de categoria dogmática tem como consequência que o comprador fica definitivamente vinculado à declaração de resolução ou de redução do preço, e que não pode, portanto, passar depois do exercício de um direito para o outro. Esta é, na verdade, uma desvantagem para o comprador, mas não vejo aqui qualquer violação da directiva, a qual nada diz sobre a referida questão.

3. A prescrição

a) As pretensões do comprador com base num defeito prescrevem, em regra, em 2 anos a contar da entrega da coisa (§ 438, n.º 1, 3, do

¹¹ Cfr. ERNST, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* [ZRP], 2001, p. 9; ERNST/GSELL, in *ZIP*, 2000, p. 1418.

¹² Assim, porém, a fundamentação do projecto (n. 6), p. 222.

BGB-E). Isto vale, também, no seu resultado prático, para a resolução e para a redução do preço, apesar de, em rigor, os direitos potestativos não estarem sujeitos à prescrição (§ 218, n.º 1, do BGB-E).

A introdução do prazo de dois anos, que corresponde às exigências da directiva (art. 5.º, n.º 1), representa a alteração de longe mais importante para a prática. É que, até agora, o prazo era de apenas seis meses, o que era demasiado curto e configurava uma das piores soluções do BGB. Por isso, é sem dúvida de saudar que o novo prazo de dois anos não seja limitado à compra de bens de consumo, e seja, antes, alargado a compras de todos os tipos.

b) Excepcionalmente, vale um prazo de prescrição de 30 anos, se o defeito consistir num direito real de um terceiro, com fundamento no qual pode ser exigida a entrega da coisa vendida (§ 438, n.º 1, 1 do BGB-E). Trata-se aqui, naturalmente, no essencial, de casos em que o comprador não obteve a propriedade sobre a coisa. De facto, o dever do vendedor de proporcionar a propriedade ao comprador é o mais elementar, uma vez que o comprador não obtém absolutamente nada se tem de entregar a coisa a um terceiro. Temos aqui, pois, um sucedâneo para o anterior regime privilegiado dos vícios de direito. Para além disto, porém, é inteiramente abolida a distinção entre vícios de direito e vícios da coisa, que é até hoje marcante para o direito alemão da garantia.

III — OS PRECEITOS ESPECIAIS SOBRE A COMPRA DE BENS DE CONSUMO

Pelas alterações nos regimes gerais dos contratos de compra e venda e de empreitada, a directiva é transposta em tão ampla medida que apenas restam muito poucos preceitos especiais, que só valem para a compra de bens de consumo. Debruço-me agora sobre estes, na segunda parte da minha intervenção.

1. A imperatividade dos direitos do comprador

a) Totalmente inadequada como parte integrante de um regime geral da compra e venda, é, desde logo, a exigência do art. 7.º da direc-

tiva, de que as cláusulas contratuais ou os acordos pelos quais se limitem ou excluam os direitos por ela concedidos não sejam vinculantes para o consumidor. Pois aqui estamos perante uma restrição massiva ao princípio da liberdade contratual, que de nenhuma forma merece ser estendida para além do domínio de aplicação da directiva. Assim, o projecto limita a imperatividade à compra de bens de consumo (§ 475 do BGB-E).

b) Apesar desta limitação, a imperatividade representa um corpo estranho para a cultura jurídica alemã¹³. Designadamente, as normas de direito das obrigações são, em princípio, dispositivas — e, na verdade, normalmente mesmo quando reconhecem a uma das partes determinados direitos. Desta forma, o seu afastamento convencional está, em princípio, sujeito apenas à aferição pelo padrão dos bons costumes, nos termos do § 138 do BGB, quando se verifica num acordo individual, e, para além disso, ao controlo do conteúdo nos termos da Lei das Condições Negociais Gerais^a, se estiver contida nestas. O art. 7.º da directiva vai muito para além disto, pois, segundo ele, todo o conteúdo da directiva, em todos os detalhes, é imperativo a favor do comprador, sem dependência de averiguar se o afastamento convencional de um preceito é, no caso concreto, realmente digno de uma reprovação jurídica.

Tenho, na verdade, o art. 7.º da directiva na conta de uma muito má disposição, pois interfere, sem motivo suficiente, com a liberdade contratual, e isso viola o princípio da proporcionalidade — que também vale no direito europeu¹⁴. Porque é que há-de ser impossível, por exemplo, a um mecânico automóvel, depois de examinar cuidadosamente um automóvel usado, fazer uma oferta de compra a um comerciante com exclusão dos direitos integrantes da garantia, obtendo com isso uma redução de preço?! O exemplo mostra que o regime do art. 7.º da direc-

¹³ Um lugar paralelo encontra-se, é certo, no § 651, n.º 1 do BGB, para o contrato de viagem organizada, mas este não pode ser colocado no mesmo plano que a compra de bens de consumo.

^a [N.T.] *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ou *AGB-Gesetz*, de 9 de Dezembro de 1976.

¹⁴ Cfr., mais detalhadamente, CANARIS, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200 (2000), pp. 362 e ss. e n. 315.

tiva é, não apenas antiliberal, como antissocial, porque contradiz o modelo do consumidor “capaz”, e porque, nos seus efeitos, se pode voltar justamente contra pessoas com pouco património. Só pode, por isso, esperar-se que o art. 7.º da directiva não venha a tornar-se um modelo para posteriores directivas — mas não é este o lugar para aprofundar esta problemática.

2. O imperativo de transparência para declarações de garantia

Limitada à compra de consumo é também a transposição das exigências que são feitas no art. 6.º, n.ºs 2 e 3, da directiva para declarações de garantia (§ 477 do BGB-E)¹⁵. A determinação das consequências jurídicas que se produzem em caso de violação dessas exigências não é regulada no BGB, antes resultando de outros diplomas legais. É, assim, de considerar a possibilidade de uma acção de inibição, que pode ser intentada por diversas organizações (§ 22 da Lei das Condições Negociais Gerais ou § 2 da Lei das Acções Inibitórias^a), e de sanções nos termos da lei contra a concorrência desleal, incluindo também penas (§ 4 da Lei Contra a Concorrência Desleal^b)

3. O direito de regresso do empresário

Da maior importância e interesse são as disposições sobre o regresso do empresário contra o seu fornecedor. A transposição através de uma disciplina própria do art. 4.º da directiva, que se refere a esta

¹⁵ O artigo 6.º, n.º 1 da directiva está já transposto no regime geral da compra e venda (§ 443 do BGB-E).

^a [N.T.] *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)*, aprovada pelo art. 3.º da “Lei para a Modernização do Direito das Obrigações”, que, assim, também transpôs para a ordem jurídica alemã a Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores.

^b [N.T.] *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, de 1909, várias vezes alterada.

problemática, foi exigida por muitos autores¹⁶. Nesta medida, o projecto contém também preceitos especiais, que apenas valem para a compra de bens de consumo, pois é pressuposto da sua aplicação que o último comprador seja um consumidor¹⁷ (§§ 478 e seg. do BGB-E).

a) Aqui é necessário, antes do mais, fazer uma distinção fundamental entre dois modelos diversos de solução: pode atribuir-se ao vendedor, que vendeu uma coisa defeituosa a um consumidor, uma pretensão directa, no sentido de uma “*action directe*”, contra aquele empresário que é responsável pelo defeito — isto é, normalmente, contra o fabricante; ou pode efectuar-se o regresso ao longo da cadeia de contratos, e, nessa medida, remeter o vendedor final para o seu antecessor — isto é, por exemplo, um intermediário —, e este, por sua vez, para o respectivo antecessor — ou seja, normalmente, o fabricante.

O projecto escolhe a segunda via (§§ 478 e seg. do BGB-E). Determinante para tal é, sobretudo, o princípio da liberdade contratual: os autores do projecto querem deixar aberta, às partes que integram a cadeia, a possibilidade de, através de acordos, conformar entre elas mesmas o direito de regresso¹⁸. Por razões puramente fácticas, esta possibilidade está de antemão vedada se se conferir ao vendedor final uma pretensão directa contra pessoa diversa do seu antecessor na cadeia, pois aquele vendedor final só tem um contrato com este último.

b) Seguidamente, é necessário tomar uma segunda decisão de princípio: deve atribuir-se ao credor do regresso uma pretensão autónoma, especialmente talhada para a problemática do regresso, ou deve partilhar-se, em princípio, dos direitos já disponíveis, e, assim, remeter o credor do regresso, em primeira linha, para as possibilidades de resolução, de redução do preço e de indemnização, contra o seu antecessor?

¹⁶ Cfr. WESTERMANN in GRUNDMANN/MEDICUS/ROLLAND (orgs.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, 2000, pp. 276 e ss.; ERNST/GSELL, in *ZIP*, 2000, pp. 1421 s.; SCHMIDT-KESSEL, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2000, pp. 672 e s.; REINKING, *Deutsches Arbeitsrecht*, 2001, p. 15; ROTH in ERNST/ZIMMERMANN, *loc. cit.* (n. 5), pp. 250 s.

¹⁷ Cfr. sobre este ponto a crítica *infra*, g).

¹⁸ Cfr. *loc. cit.* (n. 6), p. 247.

Também aqui o projecto dá uma preferência de princípio à segunda via, e complementa esta solução tão-só com uma única pretensão autónoma (§ 478, n.º 2, do BGB-E). A meu ver, na sua ideia básica¹⁹ tal solução merece claramente concordância²⁰. Assim consegue-se, nomeadamente, que a configuração do regresso não se afaste em demasia do regime jurídico *geral*. Isto é importante por duas razões: em primeiro lugar, é difícil de justificar que o regresso deva ser configurado de forma essencialmente diversa consoante o último comprador seja um consumidor ou também um empresário²¹; e, em segundo lugar, não existem razões suficientes para, de repente, mudar totalmente o sistema dos direitos e atribuir ao comprador remédios diversos da resolução, redução do preço e indemnização, apenas porque revendeu a coisa, e, por sua vez, tem de responder perante o seu cliente por um defeito.

c) De todo o modo, os direitos do credor do regresso contra o seu antecessor são modificados em alguns pontos. Assim, o credor do regresso não necessita de fixar ao seu antecessor qualquer prazo antes de exercer perante este um direito, desde que, em consequência do defeito, tenha tido que aceitar a restituição da coisa vendida ao consumidor ou que este tenha reduzido o preço (§ 478, n.º 1 do BGB-E). Na prática, isto significa que é retirada ao antecessor a possibilidade de evitar o exercício dos direitos do credor do regresso pelo fornecimento de uma coisa isenta de defeitos.

Também este regime faz, a meu ver, todo o sentido²². É que, se o consumidor tiver devolvido a coisa ou reduzido o preço, o credor do regresso não tem de aceitar do fornecedor uma outra coisa (isenta de defeitos), justamente porque pretende revender esta, e, para tal, necessitará então de encontrar um outro comprador. De todo o modo, esta reflexão também colhe quando o credor do regresso reparou o defeito da coisa que entregou ao consumidor, ou quando pagou indemnização

¹⁹ Cfr. porém a restrição *infra*, c), texto na n. 23.

²⁰ Noutro sentido, ERNST/GSELL, in ZIP, 2001, p. 1394.

²¹ O projecto não tem, porém, suficientemente em conta este ponto de vista — cfr. *infra* g).

²² Diversamente, ERNST/GSELL, in ZIP, 2001, pp. 1397 e s..

pelo menor valor da coisa por causa do defeito²³, e, por isso, também nestes casos, pela via da analogia, se deveria renunciar à exigência de prazo.

d) Como já se referiu, ao vendedor é adicionalmente concedida uma pretensão autónoma contra o fornecedor. Em transposição da diretiva, o projecto dispõe, assim, que o vendedor, na relação com o comprador, tem de suportar todos os custos do fornecimento de uma coisa nova ou da reparação do defeito (§ 439, n.º 2, do BGB-E). Segundo as regras gerais, o vendedor apenas poderia transferir estes custos com a ajuda de uma pretensão indemnizatória. Mas, segundo o projecto, uma tal pretensão pressupõe, em princípio, a existência de culpa do fornecedor (§§ 280, n.º 1, frase 2, § 276, n.º 1, do BGB-E). Para preenchimento desta lacuna, o projecto atribui ao vendedor uma pretensão de ressarcimento destes custos contra o fornecedor, a qual não depende de culpa (§ 478, n.º 2, do BGB-E).

e) Tanto para esta pretensão como, igualmente, para a resolução e redução do preço suscita-se o problema, bastante difícil, de que na relação entre o vendedor e o seu fornecedor a prescrição pode já ter-se verificado, apesar de o mesmo se não passar ainda na relação entre o vendedor e o consumidor. É que o prazo de prescrição começa com a entrega da coisa (§ 438, n.º 2, e § 479, n.º 1 do BGB-E), e, naturalmente, esta tem lugar em relação ao vendedor antes do que para o consumidor. Fala-se aqui, mesmo, de uma “armadilha” para o vendedor.

A solução do projecto consiste em determinar que a prescrição das pretensões do vendedor contra o seu fornecedor não se verifica antes de, pelo menos, dois meses após o momento em que o empresário satisfaz as pretensões do consumidor. Independentemente disto, na relação com o fornecedor a prescrição verifica-se, o mais tardar, cinco anos após a entrega da coisa ao vendedor. Este fica, pois, em grande medida livre da “armadilha”, embora pelo preço de um considerável prolongamento dos prazos de prescrição na cadeia de regresso.

f) Complementarmente, tenho ainda de apontar uma particularidade das regras sobre o regresso: estas valem apenas para o forneci-

²³ Referimo-nos à indemnização “pequena”.

mento de coisas fabricadas de novo. Este ponto não me convence, uma vez que a problemática do regresso se pode suscitar, da mesma forma, perante coisas usadas. Pense-se, por exemplo, no caso em que, numa venda de um automóvel novo, um fabricante de automóveis recebe em pagamento o automóvel usado do comprador, e, seguidamente, o vende a um comerciante de automóveis usados. Se este, depois, o revender a um consumidor e se manifestar então um defeito — por exemplo, que o carro havia já anteriormente sofrido um grave acidente —, estamos perante a mesma problemática de regresso, tal como na venda de coisas novas.

Além disso, esta limitação viola, a meu ver, o art. 4.º da directiva, já que este não conhece qualquer distinção entre coisas novas e coisas usadas²⁴. A letra do preceito respectivo é, porém, inequívoca a este respeito (§§ 478 e seg. do BGB-E), e, por isso, trata-se aqui de um daqueles raros casos em que não é possível uma correcção com os meios da interpretação conforme à directiva e da constituição autónoma do direito²⁵, apesar de o legislador nacional ter querido transpor correctamente a directiva.

g) Como se disse, as disposições sobre o regresso apenas são aplicáveis se o último comprador for um consumidor. Vejo aqui uma fraqueza do projecto. É que, se o último comprador também for um empresário, os problemas do regresso suscitam-se de forma inteiramente análoga. Porque razão haverá, neste caso, o vendedor de ter de fixar um prazo ao fornecedor, e de, desta forma, lhe dar oportunidade de evitar a resolução ou a redução do preço através da entrega de uma coisa sem defeitos? Normalmente, o vendedor estará, aqui, tão pouco interessado numa tal coisa como no caso de venda a um consumidor, pois também tem de se esforçar por vender de novo a coisa quando o comprador não era um consumidor, mas sim um empresário. Também o risco de que o vendedor caia na descrita “armadilha” relativa à prescrição não existe apenas se o comprador for um consumidor, mas também se for um empresário.

²⁴ No mesmo sentido, ERNST/GSELL, in *ZIP*, 2001, p. 1402.

²⁵ Cfr., sobre estes casos, mais detalhadamente, CANARIS, in *Festschrift für Bydlinski*, 2001, p. 100 e s.

É certo que o vendedor pode, nesta última hipótese, concluir um acordo com o comprador sobre a prescrição, pois as normas sobre esta apenas são imperativas na relação com um consumidor (§ 475, n.º 2 do BGB-E). Mas não diviso aqui razão suficiente para uma limitação à compra de bens de consumo dos §§ 478 e seg. do BGB-E. Designadamente, esta saída não é, desde logo, relevante para o primeiro problema referido, já que o afastamento convencional da exigência de fixação de prazo teria de ser acordado, não com o comprador final, mas antes com o fornecedor. E não me parece também adequada à “armadilha da prescrição”, pois considero ser tarefa das normas dispositivas, em problemas frequentes e tipificáveis em previsões normativas, do tipo do presente, poupar às partes a necessidade de um acordo contratual e pôr à sua disposição uma disciplina conveniente em si mesma.

Destas reflexões é, a meu ver, de retirar várias conclusões. Em primeiro lugar, é de ter por admissível, sem restrições, a extensão das regras especiais sobre o regresso, não só em acordos individuais, mas também em condições negociais gerais, a casos em que o último comprador é um empresário. Em segundo lugar, pode mesmo ponderar-se, para tais casos, uma analogia com os §§ 478 e seg. do BGB-E. E, em terceiro lugar, revela-se aqui, de forma especialmente clara, como é conveniente a decisão de princípio de não transpor a directiva isoladamente, para a compra de bens de consumo, mas, antes, de incluir as suas regras, tanto quanto possível, no regime geral da compra e venda. Pois no que diz respeito às normas sobre o regresso pôde concluir-se que estas seriam melhor configuradas, não como regras especiais para a compra de bens de consumo, mas como regras gerais para todas as compras e vendas. No alargamento da transposição da directiva ao regime geral da compra e venda, o projecto não vai ainda, pois, a meu ver, suficientemente longe.

IV — DO SIGNIFICADO DA DIRECTIVA SOBRE A COMPRA DE BENS DE CONSUMO PARA A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA UNIÃO EUROPEIA

Permitam-me que, para concluir, diga algumas palavras sobre o significado que a directiva sobre compra de bens de consumo tem para a harmonização do direito privado na União Europeia. Em minha opi-

não, tal significado deve ser avaliado como muito elevado. Isto é assim, desde logo, porque a directiva diz respeito ao direito da compra e venda, e, desta forma, visa justamente o cerne do direito dos contratos. Este significado é, ainda, aumentado pela circunstância de, em maior ou menor medida, a directiva ter necessariamente consequências também nos restantes domínios do direito da compra e venda. Assim, por exemplo, afigura-se muito inconveniente disciplinar distintamente os pressupostos da hipótese de falta de conformidade com o contrato de uma coisa vendida, ou os direitos do comprador, consoante este seja um consumidor ou não. Por conseguinte, a Alemanha pretende, como expliquei, receber as exigências da directiva tão amplamente quanto possível, no regime geral da compra e venda, e dá, desta forma, simultaneamente um passo particularmente vigoroso na direcção de uma harmonização do direito dos contratos na União Europeia. Mas também nos Estados-membros que transpõem a directiva apenas para a compra de bens de consumo se originará aqui uma pressão para uniformização com o restante direito da compra e venda, já que diferenças demasiado grandes entre a posição jurídica do consumidor e a de outros compradores contradizem o sentimento jurídico, e, a prazo, são difíceis de tolerar.

Aqui se deixam ver novamente as vantagens que, como meio de harmonização jurídica, a directiva possui, em comparação com o regulamento. Pois a directiva, diversamente do regulamento, deixa aos Estados espaços de actuação que permitem coordenar, em certa medida de forma flexível e orgânica, o direito uniforme com o direito nacional existente. É certo que a directiva apresenta, como se sabe, a desvantagem de intervir apenas muito sectorialmente, muitas vezes, mesmo, quase pontualmente. Tenho, pois, por recomendável que, num prazo previsível, a União Europeia reúna num *codex* unitário as directivas até hoje aprovadas no domínio do direito civil. Este poderia então tornar-se o núcleo para a unificação de todo o direito dos contratos.

A Alemanha dá também passos importantes na direcção de uma tal unificação com os novos regimes do não cumprimento e da prescrição. Pois o regime do não cumprimento é fundamentalmente mais simples e moderno do que até hoje²⁶, e acolhe, além disso, sugestões dos Euro-

²⁶ Cfr., desenvolvidamente, CANARIS, in *ZRP*, 2001, pp. 329 e ss.

pean Principles que a chamada “Comissão Lando” desenvolveu. E o novo regime da prescrição é, mesmo, ainda mais fortemente influenciado pelo modelo de regime da “Comissão Lando”. Com isto, porém, dirigi já o olhar para além do horizonte do nosso congresso, e tenho, pois, de terminar.

EL TRATAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES EN DERECHO FRANCES *

GILLES PAISANT

Professeur à la Faculté de Droit et d'Économie de Chambéry
Directeur du Centre de Droit de la Consommation et des Obligations
Doyen honoraire

Introducción

En la Francia de hoy, nadie puede poner en duda la efectividad del dispositivo de tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares.

Desde la entrada en vigor de la primera ley específica el 1 de marzo de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2000 se han registrado 1.027.841 demandas de consumidores para disfrutar de sus ventajas. En 1998 hubo 117000 demandas, 142000 en 1999 y 148000 en 2000 ¹. Como puede comprobarse, las demandas están creciendo.

Este fenómeno es muy diversificado. Se puede estar sobreendeudado por 10 000 F o 1,5 MF. El sobreendeudado puede ser un asalariado, obrero o mando, lo mismo que un funcionario; un soltero o un matrimonio y, a menudo, un parado o un individuo divorciado. En cual-

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Coimbra el 28 de abril de 2001 por invitación del profesor António Pinto Monteiro. El autor desea agradecer a la Dra. Marta Carballo Fidalgo, profesor ayudante de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, su colaboración en la revisión del castellano de este texto.

¹ Fuente: Banco de Francia.

quier categoría profesional o personal se pueden encontrar sobreendeudados. No existe un perfil tipo de sobreendeudado.

Además de diversificado, el sobreendeudamiento aparece también como un fenómeno duradero. Es lo que explica la intervención del legislador francés en 1989.

En esta época, el endeudamiento afecta al Estado, las colectividades públicas, las empresas y también los particulares, los consumidores. Los años 70-80 son años de crédito fácil y los prestatarios cuentan con la inflación para reembolsar parcialmente sus deudas.

Pero, a finales de los años 80, la inflación está contenida y los prestatarios tienen serias dificultades para reembolsar. Además, este fenómeno puede combinarse con un desempleo o un divorcio. En esta época se hablaba de 200 000 familias sobreendeudadas, en situación de urgencia social, al borde de la exclusión social por no poder hacer frente a sus deudas ².

La ley de 31 de diciembre de 1989 fue la que introdujo la palabra sobreendeudamiento en el ordenamiento jurídico francés ³. Esta ley, específica, se explica por la inadaptación de la legislación existente para dar una respuesta apropiada a este fenómeno. La institución del plazo de gracia, que impone al deudor la obligación de pedir gracia ante el juez para cada deuda, no podía resolver el problema. Y se pensó en Francia que la aplicación a los consumidores del procedimiento concursal establecido en 1985 para las dificultades financieras de las empresas no era conveniente: el "redressement" y la "liquidation" judiciales son procedimientos pesados y costosos, la "liquidation" acaba con la venta en subasta de todos los activos.

Por eso, el legislador francés ha elegido el camino de la singularidad. La ley de 31 de diciembre de 1989 se presentó como una ley de carácter experimental; una ley innovadora.

² Exposición de motivos del proyecto de ley: Doc. Sénat n.º 485 (rectif.), 2^{me} sess. extraord. 1988-89, p. 2.

³ J. O. 2 janvier 1990, p. 18; cf. P. Le Cannu, Règlement amiable et redressement judiciaire civils, Bull. Joly, 1990, 135 s.; P. L. Chatain, La loi n.º 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, Act. Législ. Dalloz 1990.43 s.; G. Paisant, La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages, JCP, éd. E. 1990. II. 15896.

Más concretamente, dos nuevos procedimientos han sido creados: el “*règlement amiable*” (arreglo amistoso) y el “*redressement judiciaire civil*” (enderezamiento judicial civil).

El **arreglo amistoso** tiende a buscar una conciliación entre el deudor y sus principales acreedores. Este procedimiento se desarrolla ante una comisión administrativa, la comisión departamental de sobreendeudamiento. Estas comisiones — 117 actualmente — fueron creadas por razón de economía judicial, para descargar a los jueces. Debe hacerse notar que hoy, en Francia, hay el mismo número de magistrados que hace un siglo... y todos están sobrecargados. Es más barato instituir estas comisiones que contratar a nuevos jueces: el presupuesto de la Justicia en Francia representa sólo el 1,5% del presupuesto nacional...

Estas comisiones residen en la representación departamental del Banco de Francia. El presidente de la Comisión es el Prefecto (delegado del gobierno en cada uno de los departamentos en que se divide Francia). Incluye además desde 1989 el tesorero — pagador general del departamento, el director departamental del Banco de Francia y un representante de los organismos de crédito y otro de las asociaciones de defensa de los consumidores. En 1998 se añadió un representante de la administración tributaria.

Si un arreglo amistoso se concluye por intermediación de la comisión, éste se presenta como un contrato que hay que cumplir.

Si no hay conciliación, se puede pedir la apertura ante el juez del “**enderezamiento judicial civil**”. El juez competente es el juez de instancia. Le compete pronunciar las medidas de restablecimiento de la situación patrimonial del deudor entre las previstas expresamente por la ley. Se puede empezar por apelar al juez para disfrutar de un enderezamiento judicial civil; pero en este caso, aquél debe, salvo excepción, transmitir el expediente a la comisión para que busque una solución amistosa.

Estos dos procedimientos tuvieron inmediatamente gran éxito. Entre el 1 de marzo de 1990 y el final de dicho año, 90 000 demandas fueron depositadas ante las diferentes comisiones ⁴.

⁴ Sobre la aplicación de la ley y su evolución, cf. Rapp. Léron, *Surendettement des ménages*, Lib. J. O. n.º 4184; Rapp. Hiest et Loridan, *Surendettement: prévenir et guérir*, n.º 60, sess. ord. 97-98.

La contrapartida de este éxito fue, de inmediato, la protesta de los jueces de instancia quejándose de la sobrecarga de trabajo debida al nuevo procedimiento de “enderezamiento judicial civil”. Representaba una tarea más para ellos.

Así se explica la primera reforma del sistema. Una ley de 9 de julio de 1991 transmite al juez de la ejecución competencia en materia de sobreendeudamiento. Este juez es el presidente del TGI, es decir de la jurisdicción de derecho común de primer grado. Pero éste puede delegar sus funciones en otro juez de su tribunal. Ahora bien, a menudo, es el juez de instancia...

Esto explica la acumulación de los expedientes de sobreendeudamiento ante los jueces. Se pudo notar, en 1994, que, a veces, tardaba 14 meses una decisión de enderezamiento judicial; era demasiado tiempo para arreglar una situación de “urgencia social”.

Por eso, una ley de 8 de febrero de 1995, introdujo otra reforma ⁵. La única finalidad de esta ley fue hacer lo posible para descargar a los jueces de los asuntos de sobreendeudamiento. Para este fin, la ley da el primer papel a las comisiones departamentales en el tratamiento del sobreendeudamiento. Es más sencillo, y más económico reclutar a nuevas secretarías en las sucursales del Banco de Francia que nuevos jueces... Desde entonces, desde esta reforma no hay más que un procedimiento de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento. La dualidad arreglo amistoso-enderezamiento judicial civil desaparece. El procedimiento deviene único.

Desde 1995, han tenido lugar dos reformas más, ambas del año 1998. La primera proviene de una ley de 23 de enero de 98 ⁶. Es una reforma meramente técnica. Se trata de armonizar el procedimiento de

⁵ J. O. 9 février 1995, p. 2175; cf. D. Mazeaud, Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement, RD Immob. 1995, p. 227 s.; E. Brocard, A propos du chapitre II du Titre II de la loi n.º 95-125 du 8 février 1995 relatif à la modification de la procédure de traitement des situations de surendettement, Act. Lég. Dalloz, 1995.70 s.; G. Paisant, La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi du 8 février 1995, JCP 1995, éd. G. I. 3844.

⁶ Sobre esta ley, cf. Ch. Laporte, Procédures, mars 1998, p. 3 s.; H. Croze et T. Moussa, JCP éd. G. 8 avril 1998, act. 633 s.; G. Paisant, RTD Com. 1998.237 s.

tratamiento de sobreendeudamiento con el de embargo de los inmuebles. La segunda es la de 29 de julio del mismo año ⁷. Es una reforma de fondo que tiene en cuenta un aspecto creciente del sobreendeudamiento, el sobreendeudamiento pasivo en oposición con el sobreendeudamiento activo que había determinado la ley de 1989. El sobreendeudamiento pasivo se refiere a individuos que no gozan de bastantes recursos para satisfacer sus necesidades mínimas de consumo, frente a los sobreendeudados activos que han abusado del crédito. Ahora bien, las medidas previstas para tratar un endeudamiento excesivo no estaban adaptadas a la situación de insuficiencia de recursos.

El derecho positivo francés vigente sobre tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares resulta de esta reforma. Está integrada en el código de consumo ⁸. Lo más claro para exponerlo, consiste en describir primero la organización general del procedimiento (I) para hablar después de las medidas de tratamiento cuyo provecho obtiene el deudor (II).

I – LA ORGANIZACIÓN GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DE TRATAMIENTO

Procedimiento único desde la reforma de 1995, este ha devenido de geometría variable (B). Pero antes de apreciar sus sutilezas, hay que precisar cuáles son las condiciones de su apertura, es decir, las condiciones de admisibilidad de la demanda del deudor (A).

⁷ J. O. 31 juillet 1998, p.11679; cf. P. L. Chatain et F. Ferrière, *Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, D. 1999, chron. 287; A. Sinay-Cytermann, *La réforme du surendettement*, JCP 1999. I. 106; G. Paisant, *La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998*, RTD Com. 1998.743 s.; adde: actes du colloque de Chambéry du 27 novembre 1998, *Les Petites Affiches*, 21 mai 1999, n.º spécial; Ph. Mozas, *La lutte contre les exclusions et l'endettement*, Rev. Dr. San. et Soc. 1989.189 s.

⁸ C. consom. art. L 331-1 s. et R. 331-1 s.

A – *Las condiciones de apertura del procedimiento*

Estas han permanecido sin variación desde 1989. Son de dos tipos: unas son relativas a la persona del deudor; las otras se refieren a su endeudamiento.

1. **Las condiciones relativas al deudor**

- En primer lugar, ha de destacarse que el beneficiario del procedimiento no puede ser más que una **persona física**. La ley excluye las personas jurídicas⁹. Las últimas competen a la ley de 25 de enero de 1985 relativa a las dificultades financieras de las empresas y comerciantes. El legislador deseó evitar la competencia entre los procedimientos concursales.

- En segundo lugar, sólo aprovechan el procedimiento los deudores de **buena fe**. Eso es una exigencia expresa de la ley; lo que ha planteado dificultades de interpretación. ¿ Como definir la buena fe ? Hubo controversias y numerosos contenciosos.

El Tribunal de casación ha determinado los principios frente a la imprecisión de la ley. Por una parte, la buena fe se presume¹⁰ y la ausencia de buena fe (no se dice mala fe) compete a la libre y soberana apreciación de los tribunales. Debe tratarse de una apreciación global al día en que la comisión o el juez resuelve el asunto, y ello a la vista de todos los elementos que se le someten. Por otra parte y en favor del deudor, el Tribunal de casación decidió que el juez no podía alegar de oficio la ausencia de buena fe del deudor¹¹. Corresponde al acreedor alegarla y probarla.

Complementariamente, la ley establece tres casos de privación del beneficio del procedimiento¹². Es otra manera de tener en cuenta la mala fe del deudor.

⁹ C. consom. art. L 331-2.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère} 4 avril 1991, D.1991.307, note Bouloc; JCP 1991, éd. G. II. 22702, concl. Flipo et note Picod; RTD Com. 1991.446.

¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 13 juin 1995, Bull. civ. I. n.º 262; D. 1996, Somm. 79, obs. Chatain et Ferrière; RTD Com. 1995.653.

¹² C. consom. art. L 333-2.

En primer lugar, esta privación afecta al que ha hecho falsas declaraciones para aprovechar el beneficio del procedimiento. En segundo lugar, al que, para este mismo fin, oculta o intenta ocultar sus activos en todo o en parte. Finalmente, al que agrava su situación de endeudamiento durante el procedimiento en curso sin el consentimiento de la comisión, del juez o de los acreedores.

• La ley exige otra condición relativa a la persona del deudor. Es una condición negativa. Aquél no debe estar excluido por razón de su estatuto profesional. En efecto, el código de consumo ¹³ excluye de su beneficio a todos los que, por razón de sus dificultades financieras, están sujetos a otro procedimiento concursal, especialmente al de la ley de 1985 sobre el enderezamiento y liquidación judiciales. Nuevamente, el legislador ha deseado evitar la competencia y el concurso de los procedimientos concursales.

Es decir, por ejemplo, que son excluidos, los comerciantes, artesanos, agricultores y todos los mandatarios nombrados por el consejo de administración de las sociedades que son personalmente responsables del pasivo social; y esto, cualquiera que sea el carácter profesional o no de las deudas alegadas.

Esta exclusión ha planteado algunos problemas de interpretación. Lo más interesante concierne al cónyuge del artesano o del comerciante. ¿En qué medida puede disfrutar del procedimiento del código de consumo ?

El Tribunal de casación, primero, ha dicho que el hecho de ser cónyuge de comerciante no constituye un motivo de exclusión del beneficio de la ley puesto que este cónyuge no entra por sí mismo dentro del ámbito de una exclusión ¹⁴. Pero, en una decisión del 11 de octubre de 2000 ¹⁵, decidió su exclusión con motivo de que las deudas alegadas ya estaban incluidas en el plan de enderezamiento judicial de su esposo. Es decir que cuando un comerciante es objeto de tal procedimiento, su cónyuge tendrá dificultades para aprovechar personalmente el beneficio del procedimiento de sobredendeudamiento.

¹³ C. consom. art. L 333-3.

¹⁴ Cass. civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Bull. civ. I. n.° 108; JCP 1992 éd. G. II. 21942, note Paisant.

¹⁵ Bull. civ. I. n.° 242; RTD Com. 2001.251.

Además de estas tres condiciones de admisibilidad, están las relativas al endeudamiento del demandante.

2. Las condiciones relativas al endeudamiento

La ley define el sobreendeudamiento como la “imposibilidad manifiesta de hacer frente... al conjunto de sus deudas de carácter no profesional exigibles y por vencer”¹⁶. La determinación de la situación de sobreendeudamiento supone en consecuencia una comparación entre elementos del pasivo del deudor y sus activos.

En relación al **pasivo**, la ley impone una distinción. Para determinar si el deudor está o no está sobreendeudado no se pueden tomar en cuenta más que sus deudas no profesionales. El sobreendeudamiento no es más que un cúmulo de deudas no profesionales. Si el deudor tiene también deudas profesionales, se procede como si no las hubiese para apreciar la admisibilidad de su demanda. Es, por ejemplo, el caso del profesional liberal.

El Tribunal de casación ha definido la deuda profesional excluida. Es aquella que ha nacido con motivo o para las necesidades de la actividad profesional del deudor¹⁷.

En cambio, la ley no distingue entre las deudas no profesionales; son tanto deudas contractuales como delictivas, exigibles o no vencidas.

En relación al **activo**, las cosas son más sencillas. El Tribunal de casación ha dicho que era necesario tomar en cuenta el conjunto de los recursos y bienes del deudor¹⁸, incluso inmuebles si tiene y su vivienda familiar¹⁹. En este caso, la comisión o el juez tienen que considerar el valor del inmueble afectado y determinar si después de su enajenación

¹⁶ C. consom. art. L 331-2.

¹⁷ Cass. civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Bull. civ. I. n.º 107; 13 mars 2001, Bull. civ. I. n.º 74.

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, Contrats, Concurrence, Consommation, 1993, n.º 17, obs. Raymond.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Bull. civ. I. n.º 109; 1^{er} décembre 1998, Bull. civ. I. n.º 342; D. 1999. Somm. 284, obs. Willmann; RTD Com. 1999.211.

el deudor estaría todavía sobreendeudado. Sin embargo el precio de la venta no constituye un recurso neto pues se deben descontar los gastos inherentes a esta venta ²⁰, especialmente los de un nuevo alojamiento.

Como el estado de sobreendeudamiento no se determina con arreglo a un umbral matemático establecido por la ley, esta determinación compete a la soberana apreciación de la comisión o del juez de la ejecución en caso de impugnación ²¹.

Este principio no basta para solventar todas las dificultades, especialmente cuando el demandante es un individuo casado bajo el régimen conyugal de comunidad ²². ¿Cuáles son las deudas y bienes que hay que considerar? La ley no dice nada. Razona como si el sobreendeudado fuese soltero.

Pero se puede hacer notar que las comisiones no se detienen en esas sutilezas. Tienen la misión de actuar rápidamente como lo demuestra el desarrollo del procedimiento.

B – El desarrollo del procedimiento

El orden cronológico parece el mejor modo de describirlo.

El procedimiento empieza siempre ante la comisión a petición del deudor.

El primer papel de la comisión consiste en resolver sobre la admisibilidad de la demanda. Es posible apelar contra su decisión ante el juez de la ejecución dentro de los quince días siguientes a su notificación. Las estadísticas desde 1990 indican un porcentaje de admisibilidad del 91% ²³. Como se ve, las comisiones son indulgentes con los deudores.

²⁰ Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2001, Caisse d'Épargne de Lorraine c/Germini, inédit.

²¹ Cass. civ. 1^{ère} 22 octobre 1991, Bull. civ. I. n.º 278.

²² Cf. F. Laghait-Georget, Régime matrimonial des époux, évaluation et traitement du surendettement, Rev. Huissiers, sept. 2000, p. 261 s.

²³ Fuente: Banco de Francia.

Dando por supuesta la admisibilidad de la demanda, el procedimiento se desarrolla en dos fases; una fase amistosa y una fase contenciosa.

1. La fase amistosa

Es la primera fase. En esta fase la comisión debe buscar una solución amistosa entre el deudor y sus principales acreedores. Debe intentar la conclusión de un “plan de enderezamiento amistoso” entre las partes.

Para este fin, la comisión, en primer lugar, tiene que hacer inventario del pasivo del demandante. Como las propias declaraciones del deudor a menudo no bastan, la comisión dispone de importantes poderes de investigación, especialmente en relación a organismos de crédito y administraciones varias.

En caso de discrepancia entre los acreedores y el deudor sobre las deudas que éste ha declarado, le incumbe a aquéllos la prueba de sus créditos dentro del plazo de 30 días. La comisión, ella misma, podría acudir al juez de la ejecución para que proceda a un reconocimiento y verificación de los créditos. Esta verificación no valdrá más que para las necesidades del procedimiento. Por otra parte, una vez establecido el estado de endeudamiento del demandante, este último tiene 20 días para impugnar la proposición de la comisión ante el juez de la ejecución.

Durante esta fase también, la comisión y, sólo en caso de urgencia, el deudor, el presidente de la comisión o el representante del Banco de Francia, pueden una vez más acudir al mismo juez para que acuerde una suspensión de los procedimientos de ejecución -embargo- intentados contra el deudor, excepto los relativos a créditos de alimentos.

Si la situación del deudor lo exige, esta suspensión cuya duración no es, en principio, superior a un año, puede a menudo continuar hasta el fin del procedimiento ²⁴.

Esta medida tiende a favorecer la conclusión de una solución amistosa.

²⁴ C. Consom. art. L 331-5.

En la práctica, la secretaría del Banco de Francia hace las propuestas de conciliación entre el deudor y sus acreedores.

Si un acuerdo se concierta, este tendrá que aplicarse y así se termina el procedimiento. De esta forma, puede acabarse sin intervención judicial, en ausencia de recurso contra la decisión de la comisión sobre la admisibilidad, de demanda para verificar los créditos y de medidas de suspensión de los procedimientos de ejecución. Aquí es donde se nota la más importante economía judicial.

Por el contrario, si fracasa el intento de conciliación, la comisión levanta un acta de no acuerdo y la notifica a todas las partes.

Entonces la fase contenciosa del procedimiento puede abrirse.

2. La fase contenciosa

Esta fase se desarrolla todavía ante la comisión. Después de la notificación del acta de no acuerdo, la ley otorga un plazo de quince días para que el deudor acuda a la comisión con el fin de que ésta “recomiende”, es decir preconice (y no pronuncie o decida), medidas de enderezamiento de su situación.

Una vez que el deudor ha acudido a la comisión en el susodicho plazo, se necesita proceder a una distinción desde la última reforma de 1998, en función de que haya o no “insolvencia” del deudor. La ley ²⁵ da una definición particular de esta circunstancia de la insolvencia: es la ausencia de recursos o bienes embargables que puedan permitir el reintegro del conjunto o parte de sus deudas y que hace inaplicables las medidas de enderezamiento del artículo L 331-7, es decir las previstas cuando no hay insolvencia ²⁶.

Incumbe a la comisión, debidamente interpelada por el deudor, determinar si este último es o no insolvente en el correcto entender de la ley. Es su apreciación soberana.

²⁵ C. Consom. art. L 331-7-1.

²⁶ Cf. N. Monachon Duchêne, *L'insolvable surendetté*, Rev. Huissiers, 1999, p. 769 s.

Primero, si no hay insolvencia. Dentro de un plazo de dos meses la comisión debe preconizar medidas de enderezamiento entre las indicadas por la ley en este tipo de situación ²⁷. Si la recomendación no es objeto de impugnación procedente del deudor o de un acreedor, la comisión la transmite al juez de la ejecución para que le confiera fuerza ejecutoria. Este sistema recuerda el procedimiento de homologación de ciertos actos jurídicos. Aquí, el juez no puede hacer más que un control formal de regularidad de la recomendación.

Si, por el contrario, hay impugnación, todo el asunto es transmitido al juez de la ejecución. A éste le incumbe pronunciar -ordenar- medidas de enderezamiento entre las enumeradas por la ley en caso de insolvencia o no. Su decisión puede ser objeto de recurso ante el tribunal de apelación y más tarde, llegado el caso, el Tribunal de casación.

Segundo, si hay insolvencia. Esta situación se presenta más compleja. En este caso, la comisión empieza por recomendar una moratoria, de tres años maximum, en función de las deudas del interesado. Esta recomendación puede, o no, ser objeto de impugnación y las mismas reglas anteriormente citadas son aplicables.

Si se aplica la moratoria, treinta días antes de que expire, la comisión tiene que avisar al deudor del nuevo examen de su situación. Éste tiene a su vez treinta días para informar a la comisión consecuentemente.

Entonces, otra vez, una de dos: o bien la insolvencia ha desaparecido o bien se mantiene.

Si ya no hay insolvencia -la situación patrimonial del deudor ha mejorado-, la comisión recomienda medidas entre las previstas para tal caso. Y se reiteran nuevamente las soluciones anteriores según la existencia o no de impugnación.

Si hay todavía insolvencia, la comisión preconizará la cancelación total o parcial de las deudas del interesado. Si no hay recurso, el juez dará fuerza ejecutoria tras un control tanto de regularidad como de oportunidad. Si hay recurso, el juez de la ejecución ordena medidas entre todas las que la ley ordena.

²⁷ *Infra*, II, A, 1, b.

Así se comprueba que, en el procedimiento actual, el papel principal compete a la comisión; el juez de la ejecución, según los casos, se presenta, sea como el auxiliar o ayudante de la comisión (verificación de los créditos, suspensión de los procedimientos de embargo), sea como el censor de esa última.

Una vez descrito el desarrollo del procedimiento, es posible estudiar con qué medidas se puede enderezar la situación patrimonial del deudor.

II – LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO

Primero se plantea el problema de la determinación de las medidas de enderezamiento (A). A continuación tendremos que hablar de la aplicación de las medidas seleccionadas por la comisión o el juez (B).

A – *La determinación de las medidas*

A pesar de la enumeración a que procede la ley, es de notar que tanto la comisión como el juez gozan de cierta libertad para elegir unas medidas con preferencia a otras.

1. Las medidas mencionadas en la ley

Estas medidas son de dos tipos: contractuales y no contractuales.

a) *Las medidas contractuales* son las que constituyen el plan de enderezamiento amistoso. Aquí, todas las medidas son posibles con el límite del orden público. Es el ámbito de la libertad contractual.

El plan que se concierta es un contrato. Un contrato de adhesión particular porque no está propuesto por una de las partes, sino por un tercero: la comisión. En el 70% de los casos ²⁸, tal plan está concertado entre el deudor y sus principales acreedores.

²⁸ Fuente: Banco de Francia.

La mayoría de las veces, este plan incluye medidas de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas. A veces, ciertos acreedores otorgan una condonación parcial del crédito pensando que más vale aprovechar la oportunidad de obtener algo en aplicación de un plan amistoso que correr el riesgo de perder todo su crédito si nadie ayuda al deudor a enderezarse.

Pero en un 30% de los casos ²⁹, tal plan no se puede concertar.

b) *Las medidas extra-contractuales* son las preconizadas por la comisión u ordenadas por el juez de la ejecución. Desde la reforma de julio de 1998, hay que distinguir las que conciernen al caso de la insolvencia del deudor y las relativas a la ausencia de insolvencia.

Si no hay insolvencia, con leves modificaciones en 1998, non aplicables las mismas medidas que las enumeradas desde 1989. Fueron concebidas para ayudar a los sobreendeudados activos, es decir, los que tienen recursos pero que se han dejado llevar por las facilidades del crédito. Son de cuatro tipos posibles.

* *En primer lugar*, se puede recomendar u ordenar el reescalonamiento del pago de las deudas. La duración máxima de este reescalonamiento es ahora de 8 años. Una combinación con un aplazamiento de la deuda está autorizado, pero sólo con el límite de los 8 años. Pero un aplazamiento solo ya no es posible.

Esta primera medida está excluida para las deudas fiscales, para-fiscales (ex: canon de TV) o respecto a los organismos de seguridad social. La misma exclusión vale también para las deudas de alimentos. El acreedor alimenticio es preferido al deudor sobreendeudado ³⁰.

Tratándose de la aplicación de esta medida de fraccionamiento de las deudas, el Tribunal de casación decidió que podía afectar a las deudas profesionales ³¹. Se trata de una decisión jurídicamente curiosa porque -hay que recordarlo- el sobreendeudamiento no es más que un con-

²⁹ Idem.

³⁰ Sobre este punto, G. Pignarre, JCP 1998. éd. G. I. 150.

³¹ Cass. civ. 1^{ère} 2 décembre 1992, Bull. civ. I. n.º 302; Contrats, Concurrence, Consommation, 1993, n.º 39, obs. Raymond; RTD Com. 1993.173.

junto de deudas de carácter no profesional y que no se toman en cuenta las deudas profesionales para determinar el estado de sobreendeudamiento del interesado. Normalmente, tratar el sobreendeudamiento de una persona debería ser tratar un conjunto de deudas no profesionales. Es un deseo de realismo que explica esta jurisprudencia. No se puede concebir el enderezamiento del deudor si sólo sus acreedores no profesionales padecen restricciones en sus derechos. Además, los acreedores profesionales aprovecharían en otro caso una ventaja en comparación con los otros.

* *En segundo lugar*, la ley prevé la reducción del tipo de interés, pero únicamente en relación a los vencimientos reescalados. No ha dicho hasta qué tipo se podía reducir. El Tribunal de casación admite la reducción al tipo cero ³², es decir la supresión de los intereses en cuanto a estos vencimientos reescalados. En cambio, desde la reforma de 1998, la ley ordena que el tipo reducido no puede sobrepasar el tipo legal, es decir actualmente en Francia, para el año 2001, 4,6%.

* *En tercer lugar*, se pueden imputar los pagos, primero sobre el capital. Es otra manera de aliviar la carga del deudor.

* *Por fin, en cuarto lugar*, la ley menciona la reducción de la parte de los préstamos inmobiliarios que subsisten tras la venta forzosa o amistosa de su residencia principal. Esto concierne a los que han solicitado un préstamo para adquirir su vivienda y que tienen dificultades para reembolsar. Generalmente, si el deudor no reembolsa, el acreedor-prestamista procede al embargo del inmueble y se hace pagar con preferencia sobre el precio de la venta. Pues, si este precio no basta para reintegrarle, el prestatario podrá aprovechar esta medida de reducción de su deuda de capital.

Es una medida importante que ocasionó una importante litigiosidad. Por ejemplo, se juzgó que la venta amistosa prevista por la ley no era otra que la concertada para evitar el embargo ³³; y también que el

³² Cass. civ. 1^{ère} 12 janvier 1994, Bull. civ. I. n.° 21; D. 1994.339; RTD Com. 1994.115.

³³ C. consom. art. L 331-7, 4.°; Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 1995, Bull. civ. I. n.° 137; RTD Com. 1995.480.

carácter principal de la residencia se debía apreciar al día de la venta ³⁴. Sobre todo, la ley no especifica hasta donde se puede reducir. El Tribunal de casación, aquí también, ha dicho hasta cero ³⁵. Otra vez es una reducción-supresión.

El pronunciamiento de cualquiera de estas cuatro medidas puede estar subordinado al cumplimiento por el deudor de varios actos con miras a facilitar o garantizar el pago de las deudas. Y, en todo caso, el deudor tiene prohibición de concertar nuevos préstamos, sin el consentimiento de la comision, del juez o de sus acreedores.

Si hay insolvencia, no aplicables las recientes medidas de la ley de 1998 ³⁶. Son relativas al sobreendeudamiento pasivo, es decir el que resulta de una insuficiencia de recursos.

En este caso, la primera medida prevista por la ley es la **moratoria** de 3 años máximo. Precisamente consiste en la suspensión de la exigibilidad de los créditos. El deudor está eximido momentáneamente del pago de sus deudas. Es un momento de respiro y de espera. Pero, aquí también, no todos los créditos se ven afectados. La ley excluye las deudas fiscales y alimentarias. Se puede pensar, por las mismas razones que antes, que esta moratoria incluye los créditos profesionales del deudor.

La ley precisa que, durante esta moratoria, hay también suspensión del pago de los intereses en relación a los créditos afectados por esta medida. En cambio, durante este periodo de suspensión, sólo las sumas debidas en capital pueden producir intereses cuyo tipo no puede superar al tipo legal.

Los dos primeros años de aplicación de este sistema muestran que la moratoria máxima de 3 años se ha pronunciado en el 50% de los casos.

Si, al final de la moratoria, persiste la insolvencia, el procedimiento desembocará en la condonación parcial o total de las deudas del interesado.

³⁴ Cass. civ. 1^{ère} 19 mai 1999, Bull. civ. I. n.º 168; RTD Com. 1999.767.

³⁵ Cass. civ. 1^{ère} 31 mars 1992, Bull. civ. I. n.º 103; RTD Com. 1992.678.

³⁶ C. consom. art. L 331-7-1.

Esto constituye la medida más espectacular de la ley de reforma de 1998. El deudor está eximido de reembolsar sus deudas por el motivo de que no tiene recursos suficientes para pagar. Es la institucionalización del derecho de no pagar sus deudas ³⁷.

Por supuesto, a menos de 3 años después de la reforma, carecemos de experiencia suficiente para disertar sobre el uso de esta medida. Sólo se puede constatar una gran mayoría de condonaciones totales.

La ley sólo precisa que quien aprovecha tal medida no puede gozar de otra de este tipo durante un plazo de 8 años.

¿Cómo se realiza entonces por la comisión el juez la elección de una u otra medida ?

2. La elección de las medidas por la comisión o el juez

En primer lugar, hay que destacar que, excepto el caso del enderezamiento amistoso, no se pueden ordenar medidas distintas a las mencionadas por la ley. Y, dentro de este límite, la comisión y el juez, si llega el caso, tienen libertad de apreciación en cuanto a la elección de una u otra medida.

De esta libertad se deduce -el Tribunal de casación lo juzgó así- que ni la comisión ni el juez tienen que respetar una igualdad de trato entre los acreedores ³⁸. Es una regla diferente a la que se aplica en el procedimiento concursal comercial.

Más allá de estos principios, se plantean varios problemas especiales.

En primer lugar, ¿se pueden acumular las medidas? En segundo lugar, ¿se pueden mezclar las medidas de insolvencia con las otras o no? Por último, ¿es necesario dejar un mínimo vital al deudor?

a) La primera cuestión es la de la acumulación de medidas. Esta cuestión se plantea en relación al caso de ausencia de insolvencia, el

³⁷ La expresión está sacada de G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D. H. 1936. Chron. 57.

³⁸ Cass. civ. 1^{ère} 5 avril 1993, Bull. civ. I. n.° 142; RTD Com. 1993.575.

caso de sobreendeudamiento activo. Hemos visto que había cuatro medidas previstas por la ley. ¿Es posible acumularlas?

El Tribunal de casación ha admitido el principio de la acumulación³⁹. Así, por ejemplo, el deudor puede beneficiarse al mismo tiempo de un reescalamiento de sus deudas, de la reducción del tipo de interés aplicable a estos vencimientos reescalados, de la imputación de los pagos sobre el capital y, si llega el caso, de la reducción de la parte del préstamo inmobiliario no reembolsada después de la venta de la residencia principal.

Pero no toda acumulación es posible. Así, no se puede acumular el reescalamiento con el plazo de gracia de 2 años del derecho común⁴⁰. No se pueden acumular medidas previstas para situaciones diferentes.

b) Se plantea en segundo lugar la cuestión de la mezcla de medidas (las “antiguas” y las nuevas). Existe una alternativa en la ley. O bien no hay insolvencia, y se puede elegir entre cuatro medidas, o bien hay insolvencia, y procede la moratoria y después, si llega el caso, la condonación de las deudas.

Pero este sistema parece demasiado rígido. En caso de insolvencia, es decir, en los casos más graves, podría ser conveniente, por ejemplo, condonar ciertas deudas y reescalomar otras. En este ámbito más vale el pragmatismo que el dogmatismo. En la práctica, el sobreendeudamiento pasivo puede combinarse o suceder al sobreendeudamiento activo, pues el deudor ha podido pasar del uno al otro. Los primeros indicios jurisprudenciales parecen más bien favorables a la mezcla⁴¹. Pero no existe todavía jurisprudencia muy clara en relación a este problema.

c) Tercera cuestión, la del mínimo vital para el deudor durante su enderezamiento. No es posible afectar todos sus recursos al reembolso de sus acreedores. Por el contrario, tiene que conservar algunos para sus propias necesidades.

³⁹ Cass. civ. 1^{ère} 16 juin 1992, Bull. civ. I. n.° 186.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 1992, Bull. civ. I. n.° 317; D. 1994. Somm. 18, obs. Fortis; RTD Com. 1993.174.

⁴¹ Cass. civ. 1^{ère} 13 février 2001, Bull. civ. I. n.° 34.

La reforma de 1998 ha instituido este mínimo vital. En adelante, el plan amistoso, la comisión y el juez tienen la obligación de pronunciar medidas de enderezamiento que dejen un mínimo vital al deudor. Este mínimo viene dado por un doble límite: por una parte, no puede ser inferior a la parte no embargable del salario según el código de trabajo; por otra parte, no puede tampoco ser inferior al recurso mínimo de inserción (unos 2 700 FF al mes).

Esta norma intenta armonizar las prácticas de las comisiones y de los jueces. Pero se trata de una armonización por lo bajo, sin que exista obligación de quedarse en este mínimo.

De todas maneras, esta institución constituye un límite a la libertad de la comisión o del juez en la elección de las medidas de enderezamiento.

Una vez elegidas, ¿cómo se aplican?

B – La aplicación de las medidas

Aquí se plantean los problemas de oponibilidad y de ejecución de las medidas pronunciadas en favor del deudor. Para dar una visión exacta de la situación, hay que distinguir en función de que estas medidas tengan un origen contractual o no.

1. Las medidas contractuales

Se trata de los supuestos en que un plan de enderezamiento amistoso ha sido concertado. Ya que este plan es un contrato, no liga más que a las partes contratantes.

Se ha planteado el problema de la naturaleza jurídica de este contrato ⁴². El Tribunal de casación rechazó la calificación de remisión de deuda a pesar de su carácter voluntario: la finalidad del plan no se iden-

⁴² Cf. G. Paisant, *Les activités de règlement sans le juge: le cas du surendettement des particuliers*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 70 s., spéc. 75 s.

tifica con la de la remisión ⁴³. Algunos autores han propuesto la calificación de transacción porque hay componendas recíprocas que ponen fin al contencioso. Pero se advierte que, en nuestro caso, la iniciativa de la conciliación se encuentra en la voluntad de la ley y no en la de las partes.

Por eso, parece que este plan es un contrato *sui generis* que obedece a sus propias modalidades de ejecución ⁴⁴. Por lo demás, la ley dice expresamente que el plan preverá las modalidades de su ejecución ⁴⁵. Aquí también estamos en el ámbito de la libertad contractual.

Sin embargo, esta libertad no es total. El código de consumo precisa, en efecto, las consecuencias del incumplimiento del plan por el deudor, sancionando que caducará de pleno derecho quince días después de la constitución en mora de aquél, cuando ésta resulte infructuosa ⁴⁶. Esta disposición da a entender que las partes no son libres para prever las consecuencias de la inejecución del plan. Este rigor se presenta tanto más sorprendente cuanto que no conoce equivalente en caso de incumplimiento de las medidas que recibieron fuerza ejecutoria.

Finalmente, hay que destacar que el Tribunal de casación ha decidido que el fiador no puede sacar provecho de las medidas concertadas en favor del deudor principal ⁴⁷. Esta decisión corresponde a la finalidad del contrato de fianza, que es conferir una garantía al acreedor en previsión del incumplimiento del deudor. Pero, desde nuestro punto de vista, desconoce el carácter accesorio de la fianza: normalmente, en efecto, el fiador no puede deber más que el deudor principal.

Es un problema que se plantea también en relación a la aplicación de las medidas extra-contractuales.

⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 13 novembre 1996, Bull. civ. I. n.° 401; D. 1997.141, note Moussa; D. 1997.Somm. 178, obs. D. Mazeaud; RTD civ. 1997.190, obs. Crocq; JCP 1997.II.22780, note Mury; Defrénois 1997.292, note Aynès; RTD com. 1997.142.

⁴⁴ En el mismo sentido, P. L. Chatain et F. Ferrière, *Surendettement des particuliers*, Dalloz 2000, n.° 324.

⁴⁵ C. consom. art. L 331-6.

⁴⁶ C. consom. art. R. 331-17.

⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère} 13 novembre 1996, préc. nota 43.

2. Las medidas extra-contractuales

Son las que han recibido fuerza ejecutoria del juez o que han sido decididas por él después del fracaso del intento de conciliación. Ha de tratarse, en primer lugar, la cuestión de la oponibilidad de estas medidas y, después, la de su ejecución.

a) Oponibilidad

El código de consumo dice que estas medidas no son oponibles a los acreedores cuya existencia no fue señalada por el deudor y que no fueron advertidos de ellas por la comisión ⁴⁸. A contrario, consecuentemente, las medidas son oponibles a los acreedores cuya existencia fue señalada por el deudor y que fueron advertidos de aquéllas por la comisión.

Los acreedores a quienes las medidas no son oponibles pueden efectuar diligencias individualmente en las condiciones del derecho común. En cuanto a los otros, la ley dice que no pueden intentar procedimientos de ejecución contra los bienes del deudor durante el periodo de ejecución de las medidas de enderezamiento ⁴⁹. La coacción es fuerte para estos acreedores. Pero el Tribunal de casación ha juzgado que esta disposición no impide al acreedor-arrendador perseguir la expulsión de su arrendatario incumplidor ⁵⁰. En efecto, en este caso, el procedimiento no está dirigido contra los bienes del deudor.

En cuanto a los fiadores, el Tribunal de casación les somete al mismo régimen que en caso de enderezamiento amistoso: no obtienen provecho alguno de las medidas pronunciadas en favor del deudor ⁵¹. Desde nuestro punto de vista, será difícil decidir igualmente en caso de condonación total de las deudas, en el que habrá de respetarse el carácter accesorio de la fianza.

⁴⁸ C. consom. art. L 331-8.

⁴⁹ C. consom. art. L 331-9.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère} 30 mai 1995, Bull. civ. I. n.° 228; RTD Com. 1995.656.

⁵¹ Cass. civ. 1^{ère} 3 mars 1998, D. Affaires 1998.570; Bull. civ. I. n.° 82; D. 1998.421, concl. Sainte-Rose; JCP 1998, éd. G. II. 10117, note Piédelièvre; RTD com. 1998.413.

Finalmente, ¿quid de la oponibilidad en relación al cónyuge del deudor ?

En principio, ausente del procedimiento, no se ve afectado por las medidas de enderezamiento. Pero, si está casado bajo el régimen de comunidad, es previsible que este procedimiento produzca consecuencias para él. Y, cualquiera que sea el régimen, en caso de deudas solidarias, el acreedor podrá sin restricción iniciar diligencias contra el cónyuge ausente del procedimiento de sobreendeudamiento.

b) *Ejecución*

O, con mayor exactitud, la cuestión de la inejecución de las medidas ordenadas. Curiosamente, la ley no ha considerado este supuesto. Esta omisión legal es criticable pues el caso tiene lugar frecuentemente.

En la práctica, ocurre que la decisión que ordena las medidas prevé una cláusula de caducidad para el caso de que el deudor no respete sus nuevos vencimientos. El Tribunal de casación no ha condenado estas prácticas.

Pero si no existe tal previsión, el Tribunal de casación, en un fallo de 12 de enero de 1994 ⁵², decidió que la inejecución por el deudor de la decisión ordenando sus vencimientos no ocasionaba la caducidad de las disposiciones de esta decisión, que conservaba la autoridad de la cosa juzgada. Es decir, que la inejecución del deudor no tiene sanción. El acreedor no puede reclamar más que las sumas impuestas a cargo del deudor en el fallo que pronuncia las medidas de enderezamiento.

En otras decisiones, el Tribunal de casación juzgó que si un “hecho nuevo” ha impedido al deudor ejecutar lo juzgado, éste podía solicitar nuevas medidas o la apertura de otro procedimiento ⁵³.

Es decir, que un nuevo procedimiento puede abrirse mientras que el primero no ha llegado a su término.

⁵² Cass. civ. 1^{ère} 12 janvier 1994, Bull. civ. I. n.° 21; D. 1994.339; RTD com. 1985.843; D. 1986. Somm. 78, obs. Chatain et Ferrière.

⁵³ Por ejemplo: Cass. civ. 1^{ère} 23 novembre 1999, Bull. civ. I. n.° 322; 5 janvier 2000, Bull. civ. I. n.° 2; RTD com. 2000.193.

Al acabar esta presentación del derecho francés del sobreendeudamiento, se puede insinuar sobre el carácter social del procedimiento de tratamiento. Se trata de conseguir, con la mayor rapidez, una respuesta a particulares cuyas dificultades les sitúan en la frontera de la exclusión social. La institución de las comisiones departamentales responde a esta preocupación. Pero da la impresión de que se instituye una justicia especial para los pobres.

Dejando el derecho francés, se advierte que en la mayoría de los Estados no existe una legislación especial sobre este fenómeno del sobreendeudamiento. Sin embargo, este fenómeno afecta a todos los países de nuestro Continente.

En Europa, en algunos países, como Inglaterra y Alemania, se aplican a los consumidores endeudados los principios aplicables a las dificultades de las empresas, con mayores o menores adaptaciones.

En 1998, Bélgica se ha dotado de una ley específica: la ley de 5 de julio relativa al arreglo concursal de las deudas ⁵⁴. Esta ley se inspira en la ley francesa, con algunas diferencias, por supuesto.

Así, el procedimiento se abre ante el juez. En caso de admisibilidad, el juez transmite el expediente a un mediador cuya misión consiste en preparar un plan de arreglo amistoso dentro de un plazo de cuatro meses.

Si tal plan no es concertado, compete al juez establecer un plan judicial de arreglo, incluyendo cuatro tipos de medidas posibles y, especialmente, la condonación de las deudas. Este procedimiento parece más sencillo que el francés. Todo se hace bajo el control del juez.

Por otra parte, también existe una ley en Luxemburgo, con un doble procedimiento: amistoso y contencioso ⁵⁵.

Todas estas iniciativas son meramente nacionales. El sobreendeudamiento de los consumidores no interesa directamente al Mercado. Por eso no es una preocupación comunitaria, al menos por el momento.

⁵⁴ Moniteur 31 juillet 1998, p. 24613; adde A. F. Fauville et Ch. Panier, *Le juge et le médiateur dans la nouvelle procédure de règlement collectif de dettes*, J. Trib. 20 mars 1999, p. 217 s.

⁵⁵ Loi du 8 décembre 2000, *Mémorial* 27 décembre 2000, p. 2971 s.

Sin embargo, el problema del sobreendeudamiento es un fenómeno económico y social duradero en nuestras sociedades occidentales. La solución no puede residir exclusivamente en la prevención con leyes de protección del consumidor — prestatario.

El fenómeno del sobreendeudamiento pasivo, ligado al desempleo, en particular, reclama otras soluciones. Sería deseable una armonización en este ámbito.

A MARCA COMUNITÁRIA

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Conformação; 2. Concatenação com marcas e serviços nacionais; 3. A marca comunitária como marca nacional dum Estado-membro; 4. O que pode constituir marca comunitária; 5. Instrução do processo; 6. Prioridade; 7. Motivos de recusa; 8. Sinais e títulos que fundam oposição; 9. Efeitos; 10. Utilização efectiva; 11. Transmissão; 12. Renúncia e não uso; 13. Preclusão por tolerância; 14. Causas de extinção; 15. Invalidez. A nulidade absoluta; 16. Nulidade relativa e anulabilidade; 17. Conjugação de títulos nacionais e comunitários e de nulidade e anulabilidade; 18. Relevância da concorrência desleal; 19. Outros aspectos da relação entre violação de marca e concorrência desleal; 20. Efeitos da extinção do direito à marca; 21. Tribunal competente; 22. Providências de aplicação efectiva; 23. Conexão de matérias em processos diferentes; 24. Marca colectiva e marca de base.

1. Conformação

Quando se formou o Mercado Comum europeu, os principais instrumentos que vinculavam os países participantes, em matéria de marca, eram:

- a Convenção da União de Paris de 1883
- o Acordo de Madrid de 14 de Abril de 1891, sobre o registo internacional das marcas.

Isto não impediu que fossem emitidas fontes comunitárias a disciplinar também a marca, não obstante a “propriedade intelectual” não estar incluída nos sectores de actuação comunitária previstos no Tratado de Roma.

Os esforços no sentido da harmonização culminaram na Directriz n.º 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à marca.

Posteriormente surgiram novos instrumentos internacionais, tais como:

- o Protocolo ao Acordo de Madrid sobre registo internacional das marcas de 27 de Junho de 1989
- o Tratado das Marcas de 1994
- o ADPIC/TRIPS de 1994.

Paralelamente desenvolveram-se porém outras fontes comunitárias neste domínio. Observava-se que as marcas, mesmo harmonizadas, continuavam a ser marcas nacionais.

Surgiu a ambição de criar uma verdadeira marca comunitária, como marca unitária, que se estendesse a toda a comunidade e fosse centralizada por um instituto supranacional. Há um paralelismo com o percurso no domínio da patente comunitária, surgida não obstante a aprovação da patente europeia — embora não tenha ainda entrado em vigor.

Dáí resultou o Regulamento n.º 40/94/CE, de 20 de Dezembro de 1993, que criou a marca comunitária ¹.

A forma de regulamento foi intencionalmente adoptada, para corresponder ao carácter supranacional da figura criada, que não estaria dependente de transposição ou mesmo adaptação ou integração a realizar pelos Estados.

Mas os conflitos surgidos à volta da figura deixaram uma marca profunda no esquema afinal consagrado.

As marcas nacionais não desaparecem. Marca comunitária e marca nacional passam a coexistir. A marca comunitária sobrepõe-se às marcas nacionais, o que impõe um trabalho acurado de compatibilização.

¹ É complementado pelo Regulamento n.º 2868/95, de 13.XII, que é o Regulamento de Execução, e por vários outros regulamentos que o alteram ou complementam.

O fundamento desta duplicação foi apontado na circunstância de nem todos os titulares de marcas terem interesse na protecção a nível europeu. Podem bastar-se com a protecção num ou mais países. Para essas marcas de menor expansão continuariam a estar disponíveis as marcas nacionais.

Mais ainda: o regime da marca comunitária não passa a ser pura competência de órgãos comunitários. Há uma distribuição de competências entre a Comunidade e os Estados, por vezes muito complexa. Por isso se torna indispensável fixar com cuidado zonas e limites de intervenção de cada um.

2. Concatenação com marcas e serviços nacionais

A marca comunitária é, por definição, uma marca que vale para todo o território da Comunidade.

Por isso, o Regulamento da Marca Comunitária (a seguir designado RMC) prevê unitariamente o itinerário constitutivo e o registo da marca comunitária.

A marca comunitária é *formal* (art. 6): só se adquire pelo registo.

O próprio processo de registo é comunitário, desenvolvendo-se sob a égide de uma agência comunitária, que é o Instituto de Harmonização do Mercado Interno, sediado em Alicante (art. 2) ².

As *vicissitudes* a que esta marca está sujeita são comuns. Logo o art. 1 proclama o princípio da unidade. A marca produz o mesmo efeito em toda a Comunidade (n.º 2): só pode ser registada, transferida, objecto de renúncia, de caducidade, de declaração de invalidade ou de proibição para toda a comunidade. Mas logo aí se acrescenta: “salvo disposição em contrário do presente regulamento”.

O art. 14/1 reforça este princípio da unidade, ao estabelecer que os efeitos da marca comunitária são exclusivamente os determinados pelo RMC.

Mas, como dissemos, há uma arquitectura complexa, que não exclui do processo a intervenção de órgãos e leis nacionais. Assim, o

² Este Instituto tem igualmente competência em matéria de desenhos e modelos.

mesmo art. 14/1 logo acrescenta que as infracções a marcas comunitárias são reguladas pelo direito nacional relativo a marcas nacionais.

Iremos examinando sucessivamente como se processa esta intervenção, cumulativa ou disjunta, de entidades nacionais ou comunitárias. Por agora, observemos que os próprios pressupostos de constituição supõem a intervenção sobreposta destas entidades.

O esquema básico é o seguinte: pode ser registado como marca o sinal distintivo que satisfaça os requisitos do RMC e que, além disso, não suscite a fundada oposição de entidade pertencente a qualquer dos Estados-membros.

Isto quer dizer que a marca comunitária não só não exclui as marcas nacionais como as não contraria. Só poderá ocupar o espaço deixado livre por estas — isto como princípio orientador. E tão-pouco pode violar outros direitos preexistentes a nível nacional.

Assim, as *prioridades* atribuídas a nível nacional são impedimento à obtenção da marca comunitária. A incompatibilidade, mesmo que provinda de um só dos Estados-membros, é suficiente para que a marca comunitária não possa ser concedida.

A oposição pode ser fundada também em *marca não registada*, cujo alcance não seja apenas local, se o direito do país de origem der esse efeito ao uso não registado de uma marca. Não se adquirem marcas comunitárias pelo uso, mas um direito fundado no uso pode ser obstáculo ao registo de marca comunitária.

Não é o que se passa em Portugal, que não reconhece direitos a marca fundados no uso.

Outras formas de integração se verificam por exemplo na competência para decidir litígios sobre marcas. Tudo isto será sucessivamente examinado. Haverá também que verificar se as causas das vicissitudes que podem atingir a marca comunitária estão tipificadas ou se valem também causas de proveniência nacional.

O mesmo princípio da prevalência dos direitos adquiridos a nível nacional volta a ser proclamado no art. 106/1 RMC: salvo disposição em contrário, não é afectado o direito de intentar acções contra o uso de marca comunitária posterior, por violação dos arts. 8 ou 52/2. Só se levanta o obstáculo (que não é todavia específico da matéria da MC) contra a invocação do art. 8/2 e 4 da *preclusão por tolerância*. Se já não

puder pedir a nulidade da MC, por força do art. 53 RMC que consagra justamente a preclusão por tolerância, o titular deixa de se poder opor ao uso da MC.

3. A marca comunitária como marca nacional dum Estado-membro

Mais ainda: numa disposição surpreendente, o art. 16 RMC equipara a marca comunitária à marca nacional dum Estado-membro. Indicam-se consequentemente os critérios que determinam o lugar de origem da marca, para efeitos dessa incardinação num dos países comunitários.

Como pode a marca comunitária, com o seu regime unificado, ser considerada uma marca nacional? Isso pareceria acarretar a aplicação do regime jurídico próprio daquele país.

O preceito surge integrado na secção epigrafada: “A marca comunitária como objecto de propriedade”. A qualificação é errada mas, justamente por ser qualificação, não necessitamos de a seguir. Pretende referir-se o direito subjectivo que é outorgado (ou “a marca como objecto de direitos”).

A equiparação a marca nacional surge no âmbito desta secção, apenas. Esta respeita a aspectos da circulação da marca, consistentes em vicissitudes *inter vivos*. Não encontramos efectivamente outra aplicação possível desta qualificação. Pelo que nos parece que ela tem apenas o efeito de dar a disciplina da vicissitude de alienação ou de circulação em causa, na medida em que não estiver uniformemente disciplinada naquela secção — no que respeita à forma a observar, por exemplo.

Fala-se expressamente em equiparação da marca comunitária à marca nacional, na epígrafe do art. 16. O n.º 1 dispõe que a MC “é considerada na sua totalidade e para o conjunto do território da comunidade como uma marca nacional registada” num Estado-membro.

Esse Estado-membro é (n.ºs 1 e 2):

- a) aquele em que o titular tenha a sua sede ou domicílio
- b) na sua falta, onde tenha um estabelecimento
- c) na sua falta, aquele onde está sediado o Instituto.

Estabelece-se assim um “lugar de origem” da marca que leva, para as vicissitudes previstas naquela secção, a outorgar-lhe o tratamento correspondente a uma marca nacional desse Estado.

A determinação do Estado-membro, feita nos termos das als. *a* e *b supra*, é referida à “data considerada”. Quererá significar a data da vicissitude, uma vez que é a estas que a secção é dedicada.

Isto implica que a ligação da MC a um Estado-membro não seja uma única. Varia consoante as vicissitudes que determinam o lugar de origem.

De todo o modo, temos mais uma integração de MC e MN. A MC é, em cada momento, tomada como uma MN, para o efeito de fornecer um regime que se estenda a toda a comunidade, para a vicissitude que estiver em causa.

4. O que pode constituir marca comunitária

O art. 4 RMC indica quais os sinais susceptíveis de constituir uma marca comunitária. Como regra restritiva, afasta naturalmente intervenção divergente dos Estados.

Simplesmente, a tarefa estava neste caso facilitada, porque havia já uma definição, constante do art. 2 da directriz sobre marcas. O art. 4 RMC limita-se a reproduzir essa noção, referindo-a à marca comunitária.

Apenas se verifica divergência na versão portuguesa, exprimindo a muito medíocre qualidade das traduções (comunitárias) para português. Neste caso, porém, a diversidade não parece trazer dificuldade substancial.

A noção assenta na *susceptibilidade de representação gráfica*. É já este o elemento básico também do art. 165/1 do Código da Propriedade Industrial. Mas a lei portuguesa acrescenta imprudentemente duas hipóteses:

- os sons (art. 165/1). Mas, se é certo que pode haver representação gráfica de sons, há sons que não permitem semelhante representação
- frases ou lemas publicitários (art. 165/2). Mas apresenta-se como normal algo que é seguramente de muito escassa ocor-

rência, dado o carácter sintético da marca. Mais valia ter deixado tudo para os princípios gerais.

Ainda o mesmo preceito acrescenta: “independentemente do direito de autor”. Cria-se uma ambiguidade indesejável, pois a frase pode ser entendida como sendo indiferente para a constituição da marca que o lema esteja protegido por um direito de autor alheio.

Enfim, acrescenta-se a exigência de que o lema tenha carácter distintivo, que é geral para que qualquer sinal seja acolhido como marca, e não somente para o referente a marca que for constituída por lemas publicitários.

A exigência de representação gráfica impede que sejam admitidas marcas que consistam em odores ou sabores.

5. Instrução do processo

Os pedidos de MC são depositados no Instituto para a Harmonização do Mercado Interno (adiante designado Instituto ou IHMI); ou nos serviços nacionais dos Estados-membros; ou ainda no Instituto Benelux de Marcas (art. 25/1 RMC). Estes últimos devem transmiti-los ao IHMI no prazo de duas semanas após a recepção (art. 25/2).

Os arts. 25 a 28, 36 a 40 e 44 a 49 regulam vários aspectos do procedimento.

O procedimento não põe em causa a coexistência com as leis nacionais. As referências do RMC às leis nacionais não parecem problemáticas.

Prevê-se a existência de um *regulamento de execução*, com o conteúdo fixado no art. 140. Esse é como se disse o Regulamento n.º 2868/95/CE, de 13 de Dezembro. Contém também várias referências às leis nacionais, que igualmente não aparentam trazer grandes dificuldades.

Os Estados-membros podem comunicar ao Instituto a intenção de *realizarem eles próprios um exame* da compatibilidade da marca pretendida com os seus registos (art. 39/2 RMC). Assim procedeu Portugal; só a Alemanha, a Irlanda e a Itália o não fizeram. Os relatórios nacionais são enviados ao Instituto, que decide.

No decorrer do processo, prevêm-se as observações por parte de terceiros e a oposição dos interessados (arts. 41 e segs.). São disposições formais, que nos não ocuparão.

A oposição pode fundar-se em MC anterior. O art. 43/2 RMC prevê então que o requerente suscite a excepção da falta de uso sério, que o oponente terá de demonstrar (veja-se o art. 50/1 a).

O n.º 3 aplica o preceito à oposição a partir de uma MN. Aqui poderá suscitar-se uma discrepância de regimes, se porventura os requisitos do uso forem mais ou menos exigentes nesse Estado-membro que os estabelecidos para a MC: pois é o direito nacional que se aplica.

Mas não parece que essa discrepância se concretize em Portugal, como resultará do exame de condição de utilização efectiva que faremos adiante.

6. Prioridade

A data do pedido de MC é a do depósito (art. 26 RMC) e é essa data que marca a prioridade (art. 31).

Mas tem ainda prioridade para alcançar direitos à MC, durante seis meses, quem tiver depositado um pedido de marca num Estado-membro da União de Paris ou da Organização Mundial do Comércio (art. 29/1) ou ainda num Estado que conceda a um pedido apresentado no Instituto efeitos equivalentes (n.º 5)³.

Reciprocamente, o pedido de MC tem, nos Estados-membros, o valor de um depósito nacional regular (art. 32).

Por outro lado, o titular de marca com efeitos num dos Estados-membros, que deposite o pedido de MC, *goza da antiguidade da marca em que se baseia* (art. 34/1 RMC); e o titular de marca anterior com efeitos num dos Estados-membros pode prevalecer-se nesse Estado da antiguidade da marca anterior (art. 35).

³ Um pedido posterior pode ainda converter-se em primeiro pedido, se o pedido anterior tiver sido retirado, abandonado ou recusado à data do depósito do pedido posterior (art. 29/4 RMC).

O único efeito da antiguidade é o de permitir ao titular, mesmo que deixe extinguir a marca anterior, *continuar a beneficiar dos mesmos direitos, como se a marca anterior continuasse registada* (art. 34/2); ou continuar a beneficiar deles no Estado-membro para o qual ela foi registada (art. 35/2).

Isto significa que a extinção superveniente da MN não obsta a que a MC continue a impedir a eficácia de MN posterior. Inversamente, pode o titular da MC deixar extinguir odireito, mas manter o grau hierárquico que possuía no nível nacional ⁴.

De resto, poderá haver discrepâncias menores na fixação das prioridades, mas não há conflitos entre marca nacional e marca comunitária. Fundamentalmente, está em causa naqueles preceitos assegurar o trânsito entre MN e MC, sem perda da antiguidade dos direitos.

Esta matéria pode ser relacionada ainda com a da transformação do pedido de MC em pedido de MN, regulada nos arts. 108 a 110 RMC.

7. Motivos de recusa

Considerando o procedimento no ponto de vista substantivo, avulta o que respeita aos motivos de recusa.

Os arts. 6 e 7 RMC distinguem os motivos absolutos e relativos de recusa. É uma distinção clássica. Estará respectivamente em causa a exclusão de um sinal distintivo como marca e a ofensa dos direitos de terceiros.

O confronto dos arts. 6 e 7 com a lei portuguesa deve ser feito com cuidado. Isto porque *os motivos de recusa, particularmente os motivos relativos, não resultam só de regras comunitárias*. Pode por exemplo um direito nacional já concedido ser impedimento à obtenção de uma marca comunitária.

Há discrepâncias no enunciado dos motivos de recusa do RMC e da lei portuguesa, quer no que respeita aos motivos absolutos de recusa quer aos motivos relativos.

⁴ E isto ainda que os pressupostos do direito nacional não coincidam com os da marca comunitária: cfr. Hubmann / Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6.ª ed., C.H. Beck, 1998, § 63 I 2.

No que respeita aos *motivos absolutos de recusa*, o art. 7/3 RMC prevê a admissibilidade de registo de marcas:

- não distintivas
- genéricas
- correntes

se, na sequência da utilização da marca, tiverem adquirido um carácter distintivo. Os dois últimos casos correspondem aos do art. 166/1 *b e c* e n.º 2 CPI, mas o primeiro não tem correspondente. Isso significa que mesmo elementos por si desprovidos de carácter distintivo podem ser adoptados como MC.

Temos assim que o art. 7 RMC é mais limitado no enunciado dos motivos de recusa que a lei portuguesa. Pode ser admitido como marca comunitária algo que não poderia representar uma marca nacional ⁵.

A situação ganha maior relevância perante os *motivos relativos de recusa*.

Estabelece-se como princípio universal que não pode ser registada marca que seja idêntica ou semelhante a marca anterior, aplicada a produtos idênticos ou semelhantes (art. 8/1 RMC).

Simplesmente, a “marca anterior” abrange as marcas nacionais dos países comunitários (art. 8/2). Portanto, qualquer marca nacional é motivo de oposição ao registo de uma marca comunitária.

E não só isso. São também motivo de oposição:

- as marcas notórias
- as marcas de prestígio
- outras marcas não registadas que confirmam um direito que não seja apenas local
- outros sinais usados na vida comercial.

É determinante para esta última categoria o art. 8/4 RMC, que permite a oposição fundada em qualquer sinal não registado ⁶ usado na vida

⁵ Veja-se a este propósito o art. 38/2 RMC, que prevê que, quando a marca incluir um elemento desprovido de carácter distintivo que possa criar dúvidas quanto à extensão da protecção da marca, se possa condicionar o registo a uma declaração do requerente que não invocará nenhum direito exclusivo sobre esse elemento.

⁶ Apesar de o regulamento o não esclarecer, parece dever entender-se que esses outros sinais são igualmente não registados.

comercial cujo alcance não seja apenas local, se tiverem sido adquiridos direitos sobre esse sinal antes do depósito do pedido da marca comunitária, que permitam proibir a utilização de uma marca posterior.

Vemos assim que uma pluralidade de sinais distintivos pode ser motivo de oposição à atribuição de uma marca comunitária.

No que respeita às marcas não registadas, e deixando agora de parte as marcas notórias e as marcas de grande prestígio, não encontramos em Portugal figuras que preencham a previsão do art. 8/4 RMC: marca não registada que permite a oposição do titular. Em Portugal, a protecção da marca deriva do registo, e não do mero uso.

O uso anterior da marca só fundamenta a prioridade prevista no art. 171/1 CPI: o que usar marca livre ou não registada por prazo não superior a seis meses terá, durante esse prazo, direito de prioridade para efectuar o registo, podendo reclamar contra o requerido por outrem no mesmo período.

A lei não dá nenhum outro elemento que permita estabelecer os requisitos necessários a esse uso, para fundar a prioridade.

Apenas o art. 171/2 CPI afirma o princípio, que é aliás princípio geral, da livre apreciação dos documentos oferecidos para provar essa prioridade. Não têm sido feitas em Portugal exigências particulares. É de supor que qualquer uso, desde que sério, baste para a fundar. Tornam-se assim irrelevantes outros aspectos, como o âmbito do uso. Ainda que seja local, funda a oposição.

Não há porém que aprofundar estes requisitos, que respeitam aos direitos à prioridade no registo, e não propriamente a direitos à marca, que não existem ainda.

A irrelevância do pré-uso como título do direito à marca, para além da prioridade concedida, não significa que não se admitam objecções doutra índole, em consequência desse uso. Mas qual o significado que possam ter no direito português, só poderá ser seguidamente examinado, na análise do registo, efeitos e extinção das marcas.

Já no direito alemão aquela previsão tem um grande significado, por se admitir o uso como título do direito à marca.

Basta-nos por isso dizer que, nos países em que se reconhecem os direitos sobre marca fundados no uso, que não sejam meramente locais, e atribuam ao titular o direito de se opor a uma marca posterior, esses

direitos podem ser invocados como impedimento ao registo de uma marca comunitária.

Restam as outras categorias de direitos nacionais enunciados: denominações empresariais e direitos de ordem diversa. Há que verificar em que termos podem fundar oposição ao registo de marca comunitária.

8. Sinais e títulos que fundam oposição

Não são apenas as marcas, registadas ou não, que fundam a oposição, como motivos relativos de recusa.

Além de marcas, podem ser base de oposição:

- outros sinais distintivos
- direitos de ordem diversa.

Entre os sinais distintivos estão particularmente em causa as denominações empresariais.

Quanto aos direitos de ordem diversa, há que tomá-los com toda a largueza. Não têm de revestir a natureza de direitos industriais. O art. 52/2 RMC, a título exemplificativo, permite a declaração de nulidade relativa em consequência, nomeadamente:

- de um direito ao nome
- de um direito à imagem
- de um direito de autor
- de um direito de propriedade industrial.

E o art. 106/1 RMC, já referido, permite a proibição do uso de marca comunitária por violação de direitos anteriores, neste sentido amplo.

Vamos todavia deixar por agora o exame mais aprofundado desta matéria, porque a poderemos examinar mais proveitosamente a propósito da invalidade da marca.

Como veremos, há uma correspondência entre os motivos de recusa e os motivos de invalidade. *Os motivos de recusa, se não observados, tornam-se motivos de invalidade* da marca. Veremos então como correctamente funcionam estes motivos.

Em princípio, estes motivos relativos *não são de conhecimento oficioso*. O art. 8/1 abre com esta expressão: “Após oposição do titular de uma marca anterior...”. Supõe-se pois sempre a intervenção do titular dos direitos.

Mas o art. 39/1 deixa dúvidas sobre este ponto, no que respeita às marcas comunitárias ou pedidos de marcas comunitárias anteriores.

Pelo menos, essa averiguação será oficiosamente realizada pelos institutos nacionais que tenham comunicado a decisão de efectuar uma busca nos seus próprios registos (art. 39/2). Mas aí, necessariamente, com referência apenas às marcas nacionais respectivas.

9. Efeitos

Segundo o art. 14/1 RMC, os efeitos da marca comunitária são *exclusivamente* determinados pelo disposto naquele regulamento. Quer-se assegurar assim a uniformidade na Comunidade do conteúdo do direito à marca comunitária. Com isto se pretende também suplantar as regras que estabelecem o regime nacional da marca.

Os efeitos da marca comunitária vêm discriminados nos arts. 9 e seguintes. O art. 9 consagra a faculdade de proibir um terceiro de utilizar na vida comercial a marca, e o n.º 2 especifica *formas de utilização proibidas*. O n.º 3 confere uma espécie de *protecção provisória*, a partir da publicação do pedido de registo da marca comunitária, consistente na possibilidade de exigir posteriormente uma indemnização razoável a terceiros.

O art. 13 estabelece o princípio do *esgotamento* comunitário.

O art. 12, *limitando a possibilidade de proibir certos usos da marca*, desde que feitos em conformidade com os usos honestos em matéria industrial ou comercial, não restringe os direitos dos Estados-membros, uma vez que idêntica previsão constava já do art. 6 da directriz sobre marcas.

Todavia, o princípio que os efeitos da marca comunitária são exclusivamente os dispostos no RMC deve ser entendido *cum grano salis*.

É que o RMC faz também derivar efeitos, justamente, dos direitos nacionais.

Logo o art. 14/1, 2.º período, dispõe que as infracções à marca comunitária são reguladas pelo direito nacional relativo a marcas nacionais.

Isto abrange o estabelecimento de *sanções* e, mais adiante, a *jurisdição* e as *normas processuais*, nos termos que teremos oportunidade de fixar.

Ainda, nos termos do art. 14/2, não se exclui que sejam intentadas acções respeitantes a marcas comunitárias com base no direito dos Estados-membros, nomeadamente em matéria de *responsabilidade civil* e de *concorrência desleal*. O que significa que institutos nacionais podem pelo menos condicionar fortemente os efeitos da marca comunitária; e eventualmente paralisá-los, como veremos. A questão colocar-se-á particularmente em relação à concorrência desleal, que não está harmonizada na Comunidade Europeia.

Podemos talvez exprimir a situação dizendo que os efeitos típicos da marca comunitária são os estabelecidos no RMC; mas esses efeitos estão sujeitos, não apenas aos complementos que o RMC aponta, como ainda aos impedimentos que possam ser trazidos pelas leis internas.

De todo o modo, temos aqui um campo que exige cuidada conjugação de direito comunitário e direito interno.

10. Utilização efectiva

Quer a marca comunitária quer a nacional estão sujeitas ao ónus da utilização efectiva.

A marca comunitária que não tiver sido usada seriamente na C.E. durante um período de cinco anos fica sujeita às sanções previstas no RMC (art. 15/1).

Por isso, figura entre as causas de extinção da MC essa falta de utilização, se não houver motivos justos da não utilização. Mas a declaração de perda dos direitos será efeito de pedido reconvenicional em acção de contrafacção (art. 50/1 *a* RMC).

No direito nacional, prevê-se a *declaração de intenção de uso*, de cinco em cinco anos (art. 195/1 CPI), que representa uma curiosa homenagem à burocracia.

Prevê-se ainda a caducidade se a marca não tiver sido objecto de uso sério durante cinco anos consecutivos, salvo justo motivo (art. 216).

As qualificações da lei portuguesa prestam-se a crítica.

A *caducidade* seria caracterizada por uma actuação fatal, após um prazo pré-fixado para o exercício do direito. Mas aqui, a extinção surge

quando decorre um período quinquenal de não utilização que é susceptível de justificação.

De facto, da disciplina legal resulta que o efeito extintivo não é automático: supõe antes a invocação por um interessado. Então, antes parece haver uma situação de *não uso*. Desinteressa verificar se esse não uso está sujeito ao regime do não uso dos direitos reais menores.

Com este entendimento, a lei portuguesa corresponde ao art. 10 da directriz sobre marcas.

Sendo assim, não parece que haja discrepância entre os casos de extinção por não uso da marca nacional e da marca comunitária ⁷.

11. Transmissão

A disciplina da transmissão da MC é basicamente coincidente com a da lei interna.

Há todavia algumas discrepâncias.

O art. 212 CPI determina a tendencial intransmissibilidade das marcas registadas a favor de organismos que tutelam a actividade económica. Como não há MC atribuídas a entidades desta natureza, esta diferença não tem significado.

Mas noutros casos há mesmo diferença de regime. E assim:

1) O art. 17/7 RMC regula a legitimidade da intervenção do transmissário perante o Instituto enquanto não for feito o registo da transmissão da marca; o CPI nada dispõe a este respeito.

2) O art. 17/2 RMC, que prevê a *adesão da marca ao trespassse do estabelecimento*, adita a frase: “Esta disposição é aplicável à obrigação

⁷ Se houvesse discrepância, as vicissitudes da marca nacional e da marca comunitária seriam independentes.

A marca comunitária só pode ser sujeita às sanções por não uso previstas no RMC, por declaração expressa do art. 15/1 (é evidentemente insensível à previsão da declaração da intenção de uso).

Por isso, na hipótese de haver coexistência de marca nacional e marca comunitária, a extinção de alguma delas por não uso não acarretaria necessariamente a extinção da outra, na eventualidade de os pressupostos nacionais e comunitários da falta de utilização efectiva serem diferentes.

contratual de transmitir a empresa”. Esta última previsão, algo misteriosa, não consta da lei portuguesa.

Note-se que as restrições à transmissão da marca são previstas “nos termos da legislação aplicável à transmissão”.

3) O art. 17/4 RMC limita expressamente a excepção proveniente da *indução do público em erro ao caso de haver documentos dos quais resulte manifestamente essa possibilidade*. Semelhante restrição não consta do direito português, ao menos expressamente.

Também o art. 17/4 ressalva expressamente a hipótese de o requerente aceitar limitar o registo da MC aos produtos ou serviços para os quais a marca não seja enganosa.

4) O RMC prevê a transmissão resultante de *oneração, execução forçada e falência e sucessão*, o que não acontece na lei portuguesa. Terão de se aplicar os princípios gerais.

5) O art. 24 RMC qualifica o *pedido de MC* como objecto de propriedade, o que não acontece na lei portuguesa.

É todavia mero problema de qualificação, que o intérprete (e a lei nacional) podem legitimamente não aceitar.

Mas isto não significa que haja contradição entre os dois sistemas. Há regimes diferentes, que coexistem para os respectivos objectos. Em muitos casos, chegar-se-á por interpretação a resultados semelhantes.

Além disso, esta independência recíproca não equivale necessariamente a dualidade. Porque o regime efectivamente aplicável à transmissão só parcelarmente consta do regulamento. Nada se diz quanto à forma a observar, por exemplo.

A MC é qualificada como MN de um Estado-membro, nos termos do art. 16. É pois o direito desse Estado que dá o regime jurídico subjacente à transmissão. As disposições dos arts. 17 a 24 são expressamente apresentadas como desvios a esse regime-base no art. 16/1.

12. Renúncia e não uso

O art. 49 RMC regula a renúncia. Esta pode referir-se à totalidade ou parte dos produtos ou serviços para que a marca foi registada.

Se se dirigir apenas a parte, a renúncia não é causa de extinção da marca, mas sim de modificação. Essa a razão por que o RMC separa a renúncia e as causas de extinção.

A renúncia não oferece problemas que justifiquem que nela nos detenhamos.

O art. 50 ocupa uma secção epigrafada anodidamente “Causas de extinção”.

A lei portuguesa fala antes em caducidade (art. 216 CPI). Já dissemos, a propósito da utilização efectiva (n.º 10), que não há propriamente caducidade, porque o efeito extintivo não é consequência fatal do decurso do tempo: pelo menos em consequência de falta de utilização não haveria caducidade.

No que respeita à MC a situação é ainda mais clara, porque o art. 50/1 *a* dispõe que será declarada a perda dos direitos, *na sequência de pedido apresentado...* Mas pode continuar a discutir-se a natureza declarativa ou constitutiva da decisão.

De todo o modo, não é relevante para efeitos de regime a análise das diversidades. À extinção da marca comunitária por qualquer destas causas aplica-se seguramente a disciplina do RMC, seja qual for a estabelecida pela lei portuguesa.

13. Preclusão por tolerância

Já com as matérias respeitantes à extinção da marca se relaciona, sem se confundir, o que vamos chamar a preclusão por tolerância — que o art. 53 RMC, na versão portuguesa, designa “prescrição por tolerância”⁸.

A figura corresponde à prevista no art. 215 CPI, aí com a designação “preclusão por tolerância”. Há porém uma variação que pode ser significativa. O art. 215/2 determina que o prazo de 5 anos estabelecido se conta a partir da data em que “o titular conheceu *ou podia ter conhecido* o facto”.

⁸ Mas no art. 9 da Directriz sobre marcas surge já “preclusão por tolerância”.

Isto significa que as marcas nacionais são mais atingidas nas mesmas condições que as MC.

O art. 53/2 RMC estabelece a reciprocidade: as marcas nacionais são também atingidas se não tiverem sido actuadas por seus titulares. Mas, em circunstâncias idênticas, uma marca nacional poderá ser inoponível a uma marca comunitária, e esta oponível à marca nacional.

Isto porque a lei nacional estabelece uma boa fé ética; e o RMC se basta com uma boa fé psicológica.

Esta discrepância pode ser de certo modo temperada no domínio da *prova*. A prova baseia-se sempre em juízos ou ilações, tirados a partir de factos conhecidos. Pode assim considerar-se que o agente conhece, não pela prova directa desse conhecimento, mas porque, naquelas circunstâncias, não poderia deixar de conhecer.

Em todo o caso, estes domínios tocam-se, mas não se confundem. Uma coisa é o dever conhecer, mesmo quando facticamente se prove que não conhece, outro o conhecer resultante do juízo probabilístico. Pelo que a lei portuguesa é em todo o caso mais exigente que o regulamento comunitário.

Note-se que esta disciplina deixa uma lacuna grave. Se a tolerância faz extinguir a pretensão dirigida à cessação do uso, ficarão coexistindo duas marcas confundíveis, se não mesmo idênticas. Ora a preclusão, se resolve satisfatoriamente as relações entre os titulares, não atende à situação do público. Este será facilmente induzido em erro pela sobreposição das marcas; e não se vê que caminho se abre para fazer cessar aquele efeito nocivo.

Nesta hipótese não se está perante uma causa de extinção da marca. A consequência da preclusão não é extinguir o direito, é impedir que o titular impugne um direito concorrente.

Note-se ainda que a preclusão não é objecto de um pedido autónomo, mas sim de uma excepção. Surge aliás noutras hipóteses, como no art. 56/2 RMC, no processo de extinção ou de declaração de nulidade no IHMI. Ou ainda no n.º 3, no processo de oposição mediante uma marca nacional.

Mas neste caso, parece que são as regras de preclusão do Estado-membro que se aplicam.

Quanto à data em que se produzem os efeitos da preclusão, aplica-se o art. 54/1 RMC, que é genérico para os casos de extinção e de nulidade: produzem-se a partir da data do pedido. Mas, a pedido de uma das partes, pode ser fixada na decisão qualquer data anterior em que se tenha verificado uma das causas de extinção.

Aqui surge mais uma discrepância em relação ao regime interno português. Nos termos do art. 215/2 CPI, o prazo de cinco anos conta-se a partir do momento em que o titular conheceu ou devia ter conhecido o facto.

14. Causas de extinção

Os arts. 49 e seguintes RMC regulam as causas de extinção da MC (separando todavia a renúncia do que se designa especificamente causas de extinção, possivelmente por a renúncia poder referir-se só a parte dos produtos ou serviços objecto da marca).

Não dizem porém se essas causas de extinção *são ou não taxativas*; e particularmente, não dizem se pode haver causas de extinção nacionais, para além das causas de extinção com eficácia comunitária previstas.

De facto, não encontramos, nem mesmo no Preâmbulo do Regulamento, uma tomada de posição a este respeito.

O art. 1/2 diz que a MC produz os mesmos efeitos em toda a comunidade; e o art. 54 regula os efeitos da extinção em geral. Mas *isso é diferente de excluir causas nacionais de extinção*, pois podem causas nacionais produzir efeitos comunitários comuns: importar em extinção da marca para toda a comunidade.

A *exclusão da taxatividade* das causas de extinção pode ser sustentada com base na previsão do art. 52/2 RMC, de direitos nacionais anteriores como geradores de invalidade. Portanto, por haver um *numerus apertus* destas causas.

Também o art. 14/2 não exclui que sejam intentadas acções com base em *concorrência desleal*. Ora, como veremos, esta pode ser causa de extinção do direito de marca.

Devemos tomar uma posição distintiva.

Não se pode admitir uma susceptibilidade geral de impugnação da MC com base no direito de um dos Estados-membros. Então cada Estado-membro controlaria por si a subsistência da MC.

Nem se pode recorrer ao direito do Estado-membro de que a MC é considerada MN, nos termos do art. 16; porque a eficácia desses preceitos é limitada à secção em que se encontram⁹, e não têm que ver com a extinção da marca.

E a taxatividade parece resultar dos arts. 70 e 71 RMC, que dispõem *além* das causas de extinção antes previstas... Há aqui um acento limitativo.

Mas isto não exclui a utilização das previsões que se encontrem, contendo obstáculos que podem ser erguidos à MC.

O art. 52/2 RMC estabelece claramente um *numerus apertus*. Portanto, quaisquer direitos anteriores que nas ordens nacionais possam ser obstáculo a uma marca são genericamente reconhecidos. Voltaremos a este ponto.

É também muito importante a previsão do art. 14/2, respeitante à *concorrência desleal*. Veremos depois se a concorrência desleal, invocada a nível nacional, pode funcionar como causa de extinção de uma MC.

Podemos formular o princípio deste modo:

Há que distinguir as causas impeditivas da (válida) constituição da marca comunitária e as causas extintivas desta, uma vez a marca constituída.

As causas impeditivas de constituição, se não observadas, mantêm o seu vigor; porque a marca nasce viciada, e esse vício pode ser invocado.

Mas, uma vez a marca validamente constituída, a sua extinção só pode ser obra do direito comunitário. Não se compreenderia que a marca comunitária ficasse ao sabor das circunstâncias de cada país. Portanto, neste aspecto a marca comunitária é imune a causas nacionais de extinção, salvo previsão em sentido contrário.

⁹ Assim concluímos *supra*, n.º 3.

15. Invalidade. A nulidade absoluta

O art. 95 RMC estabelece, dirigindo-se aos tribunais nacionais de marcas comunitárias, a presunção de validade da marca comunitária. Será o réu quem tem de contestar a sua validade por meio de um pedido reconvenicional de extinção ou de nulidade.

Consideraremos depois o que respeita à competência processual. Vejamos agora o sistema adoptado quanto à invalidade e às causas desta.

Os arts. 51 e 52 estabelecem, respectivamente, as causas de nulidade absoluta e relativa.

Ambas são declaradas na sequência de *pedido apresentado ao Instituto ou de pedido reconvenicional interposto em acção de contrafacção* (arts. 51/1 e 52/1).

Impõe-se uma comparação com o direito português.

O art. 214 CPI refere apenas a anulabilidade. Na secção sobre “Extinção do registo da marca ou de direitos dele derivados” não se menciona sequer a nulidade, absoluta ou relativa.

Nem sequer há correspondência entre o que a versão portuguesa do RMC chama *nulidade relativa* e o art. 214 CPI chama *anulabilidade*.

Assim, o RMC considera a actuação de má fé no acto de depósito de registo de marca nulidade absoluta (art. 51/1 *b*); o CPI considera-a causa de anulabilidade, que todavia não prescreve (art. 214/6).

O RMC não estabelece nenhum prazo para intentar a acção de nulidade (mesmo relativa); o art. 214/5 CPI marca um prazo de prescrição de 10 anos.

Parece claro, começando a examinar estas diferenças, que a lei portuguesa não pode deixar de admitir a *nulidade*.

A categoria está fixada em geral no art. 32 CPI, que é aplicável a todos os direitos industriais. A primeira causa aí apontada consiste em o objecto não ser susceptível de protecção.

Aqui ficam implicitamente abrangidos todos os motivos absolutos de recusa (se porventura não forem observados) em relação aos quais não se admita o consentimento ¹⁰.

¹⁰ Pois se se admitir cai-se na anulabilidade do art. 214/1 *a* CPI.

A directriz sobre marcas estabelece expressamente, nos arts. 3 e 4, a correspondência entre os motivos de recusa e os motivos de nulidade, se porventura a marca não tiver sido recusada.

Embora sem a mesma clareza, pode considerar-se implícito no art. 56/5 RMC. Aí se diz que, se do exame do pedido de declaração de nulidade resultar que a marca deveria ter sido recusada, será declarada a nulidade, total ou parcial, da marca. Resulta daqui que o motivo de recusa não atendido se converte em causa de nulidade.

O CPI não contém disposição semelhante. Mas deve ter-se por implícita.

O CPI não prevê a nulidade porque parte do princípio que um motivo absoluto de recusa, que não possa ser afastado por consentimento, é causa de nulidade se porventura não foi observado. É claro que assim tem de acontecer quando se vai contra normas imperativas, como as da ordem pública ou dos bons costumes.

Pelo contrário, as marcas cuja concessão viole interesses particulares (incluindo as situações em que há necessidade dum consentimento que não foi obtido) estão, na técnica da lei portuguesa, sujeitas a anulabilidade. Esta só pode ser invocada por aquele a quem caberia outorgar esse consentimento.

De facto, é à violação de meros interesses particulares que se liga a possibilidade de sanção pelo decurso do tempo, própria da anulabilidade.

Temos assim que a primeira grande divergência, resultante da falta de referência à nulidade da marca pela lei portuguesa, é resolúvel por interpretação.

16. Nulidade relativa e anulabilidade

Resta o grande problema da relação entre nulidade relativa e anulabilidade.

A anulabilidade funda-se essencialmente na violação dos direitos de terceiro. É o que resulta do art. 33 CPI, integrado na Parte Geral. A anulabilidade tutela interesses particulares, não pode ser conhecida *ex officio* e é sanável pelo decurso do prazo.

A Convenção da União de Paris dá um mínimo de 5 anos para o titular afectado poder reclamar contra a marca posterior (art. 6 *bis*/2). Isto significa que ao fim desse tempo a possibilidade de oposição se extingue.

Como não há um prazo uniforme imposto, pode variar consoante os direitos nacionais. O RMC não põe em crise essa variabilidade. A fixação do prazo ficou entregue aos Estados-membros.

Quanto à anulabilidade referida no art. 214 CPI, deveríamos também acentuar que é uma anulabilidade anómala. Por isso, abrange o caso do art. 241/6, da marca registada de má fé, em que o direito de anulação não prescreve.

O critério será então, possivelmente, o de se supor ou não a violação de uma regra imperativa. Se a há temos nulidade, se a não há temos anulabilidade. Esta pressupõe sempre uma regra não imperativa, quer dizer, uma regra que se admite que seja postergada por consentimento em contrário.

A lei portuguesa dá um prazo de 10 anos para intentar a acção de anulação (art. 214/5 CPI). Daqui resulta que decorridos estes a pretensão fundada em marca anterior se extingue. Fala-se em *prescrição da acção*. Não discutiremos a terminologia, para evitar a dispersão.

Mas o RMC não fala em anulabilidade. Para o entender, temos de nos deter nas figuras que contempla. Na versão portuguesa, são designadas nulidade absoluta e nulidade relativa. E não se faz nenhuma referência a um prazo de sanção da invalidade, no caso da nulidade relativa.

Na versão alemã do regulamento, fala-se antes em *absolute Nichtigkeit* e *relative Nichtigkeitsgründe*. Portanto, não seria a nulidade que seria absoluta ou relativa, mas as causas dela que seriam absolutas e relativas: recordemos os motivos absolutos e relativos da recusa.

Remontemos à directriz sobre marcas. Aí, a versão portuguesa fala em “motivos de recusa ou de nulidade” (art. 3) e “outros motivos de recusa ou de nulidade relativos a conflitos com direitos anteriores” (art. 4).

Passemos à lei alemã de marcas. Esta, no § 50, prevê a nulidade em consequência de impedimentos absolutos de protecção; e no § 51 a nulidade em consequência da subsistência de direitos anteriores.

O regulamento espelha assim a técnica alemã, defeituosamente traduzida na versão portuguesa. O que nos poupará o exame da figura complexa da nulidade relativa.

Já se manifestou em Portugal a tendência para ler nulidade e anulabilidade onde o RMC diz (na versão portuguesa) nulidade absoluta e relativa ¹¹. A pesquisa que realizámos mostra que isso não é possível. A “nulidade relativa”, para além do valor comunitário que se atribua à versão portuguesa, não é apresentada como susceptível de sanção: não equivale pois à anulabilidade.

Na Alemanha, faz-se a distinção entre *Nichtigkeit* e *Anfechtbarkeit*. Esta distinção é frequentemente traduzida entre nós pelos termos “nulidade” e “anulabilidade”. Mas não é certo: a *Anfechtbarkeit* é a impugnabilidade, uma figura diversa, que não tem correspondência na anulabilidade da lei portuguesa.

Então, ao fim e ao cabo, encontramos-nos perante figuras estranhas no regulamento (e na directriz), em relação às quais temos de perguntar como se compatibilizam com a sanção da anulabilidade, própria da lei portuguesa.

O RMC admite expressamente a *extinção do direito de impugnação por não exercício*, no art. 52/4 ¹². Mas isso por não ter sido apresentado esse fundamento em anterior acção de impugnação da marca comunitária. Apenas podemos concluir que a manutenção de semelhante “nulidade” por todo o tempo fica deste modo debilitada.

A diversidade, consoante o Estado-membro em que é intentada a acção, torna-se assim possível. A única correcção vem das regras de *competência internacional* e dos *tratados vigentes sobre a matéria* ¹³.

Prevê também, como sabemos, a preclusão por tolerância. Esta funciona em consequência de falta de reacção que se estenda por cinco

¹¹ Cfr. Américo da Silva Carvalho, *Marca Comunitária — Os Motivos Absolutos e Relativos de Recusa*, Coimbra Editora, 1999, 124-126 e *passim*, com largo apoio em Sena.

¹² A versão portuguesa fala em anulação; a alemã em declaração da nulidade.

¹³ E não da aplicação do direito do qual a MC é nacional (art. 16 RMC), pois não parece que a regra seja extensiva a esta matéria: pronunciamos-nos já pelo seu âmbito de actuação restrito à matéria da transmissão (*supra*, n.º 3).

anos consecutivos (art. 53/1 RMC). Permite nesse caso resultados economicamente semelhantes aos obtidos com a sanção da anulabilidade, ao fim desse período de 5 anos. Mas não é a mesma coisa, e sobretudo não permite encontrar em geral nas situações de nulidade relativa casos de anulabilidade, pois estão sujeitas a regime diverso ¹⁴.

Isto quer dizer que na lei portuguesa se sobrepõem dois institutos, ambos fundados na inactividade do titular:

- a caducidade da acção de anulação, ao fim de 10 anos
- a preclusão por tolerância, após 5 anos consecutivos de tolerância de situação infractora por parte de terceiro, que pressupõe a falta de justificação ética do desconhecimento da situação do terceiro.

17. Conjugação de títulos nacionais e comunitários e de nulidade e anulabilidade

Perante este emaranhado, como conjugar marca comunitária e marca nacional?

Devemos colocar a questão, quer a partir da marca comunitária, quer a partir da marca nacional.

A partir da marca comunitária, há que reconhecer que o vício que esta comporta, e que em Portugal daria anulabilidade, é uma nulidade (relativa) e não prescreve nunca.

Sendo assim, mesmo após decorrido o prazo de 10 anos do art. 214/5 CPI (que para nada é relevante no que respeita à MC), pode ser intentada uma acção de declaração de nulidade da MC no Instituto, nos termos do art. 52/1 RMC; ou pode ser-lhe oposto pedido reconvenicional de declaração de nulidade em acção de contrafacção intentada contra o titular de MN.

¹⁴ A marca registada de má fé não beneficia também de preclusão por tolerância: art. 9/1 da Directriz sobre a marca e art. 215/1 CPI. O art. 4/4 g da directriz sobre marcas admite ainda que o pedido seja recusado ou a marca concedida declarada nula quando susceptível de confusão com uma marca utilizada num país estrangeiro, desde que o pedido tenha sido feito de má fé pelo requerente. Mas a regra é meramente facultativa, e a lei portuguesa não a inclui.

Vejamos agora a situação inversa. O titular da marca comunitária defronta um opositor de direito português, cujo título padeceu de uma causa de nulidade (relativa).

Há que saber se decorreu já o prazo de 10 anos do art. 214/5 CPI, ou não.

Se não decorreu, o titular da MC pode invocar a anulabilidade da MN e obter essa declaração.

Mas se decorreu, a invalidade está sanada. O título da MN não pode ser posto em causa e o titular da MC tem de soçobrar à oposição.

Esta solução está de acordo com o princípio da unidade dos efeitos da marca comunitária.

As causas de extinção da MC são apenas as estabelecidas no RMC. Mas o estatuto das MN, que podem ser opostas à MC, é competência das leis nacionais. E são assim estas que regulam a “prescrição” da faculdade de arguir a anulabilidade da marca nacional, ou se se quiser, a sanção da anulabilidade. Acresce que não há neste caso a extinção de uma MC, mas antes a imposição da coexistência com uma MN.

Temos assim que a pretensão do titular da MC, dirigida contra o titular da MN, se extingue decorridos 10 anos do despacho de concessão do registo — salvo havendo má fé.

Como se não trata da extinção de uma MC, não se aplicam os arts. 49 e seguintes RMC. Não há uma competência exclusiva dos tribunais de marcas comunitárias (art. 93 RMC). A invocação da prescrição não tem de ser feita em reconvenção. Pelas mesmas razões, a acção não pode ser intentada no Instituto. Pode intentar-se em qualquer tribunal nacional uma acção destinada a obter a declaração de a anulabilidade ter sido sanada.

Se for intentada uma acção de contrafacção ou de nulidade da MN pelo titular da MC, mesmo perante o Instituto, o titular da MC pode excepcionar a prescrição.

Com esta base, compreendem-se os efeitos da nulidade, determinados no art. 54/2 e 3.

O princípio é o geral da nulidade: a retroactividade (n.º 2).

Esse efeito retroactivo não afecta:

— as decisões em acções de contrafacção transitadas em julgado e executadas

— os contratos já cumpridos (n.º 3).

Todavia, reservam-se ainda as disposições nacionais sobre responsabilidade civil e sobre enriquecimento sem causa.

Temos portanto, neste domínio, uma nova remissão para a lei nacional ¹⁵.

18. Relevância da concorrência desleal

O art. 14 RMC, depois de ter estabelecido que os efeitos da marca comunitária são exclusivamente determinados pelo disposto no RMC (n.º 1), dispõe que tal não exclui que sejam intentadas acções respeitantes a marcas comunitárias com base no direito dos Estados-membros, nomeadamente em matéria de responsabilidade civil e de concorrência desleal (n.º 2).

O enunciado, note-se, é exemplificativo: “nomeadamente”.

Se a matéria da responsabilidade civil dispensa um exame autónomo, já o mesmo se não pode dizer da concorrência desleal.

Interessa-nos saber qual a relevância da concorrência desleal sobre uma marca comunitária registada. Se um pedido de uma marca comunitária que previsivelmente ofereça base para a concorrência desleal for não obstante deferido, será possível posteriormente pedir a declaração de invalidade da marca comunitária?

No direito português, embora o ponto esteja sujeito a debate, é de supor que, por força do art. 25/1 *d* CPI, se a marca possibilita objectivamente a concorrência desleal e não obstante tiver sido concedida, o acto é anulável ¹⁶.

¹⁵ Restaria ainda saber que consequências de regime advêm de se considerar a má fé um motivo absoluto de recusa. É estranho que signifique a legitimidade de qualquer um para a invocar. De todo o modo, seja a nulidade fundada ou não na lesão de direitos de terceiros, não tem nenhuma repercussão em matéria de prazos, pelo que o RMC não tinha efectivamente que referir esta matéria.

¹⁶ Em sentido contrário o Ac. do STJ de 1.II.00, num caso de impugnação de registo de marca, determinou que a concorrência desleal originária não provoca a invalidade da marca. Também Luís Couto Gonçalves, *Direito de Marcas*, Almedina, 2000, 167, afirma que à proibição do art. 25/1 *d* CPI não corresponde, ao contrário das demais,

Como equacionar a questão, perante a MC? Suponhamos que é concedida uma marca comunitária que é, intrinsecamente, instrumento de concorrência desleal. Logo acode ao espírito a hipótese de a marca suscitar confusão, mas não é a única possível: pode por exemplo uma marca ser estruturada de modo que represente um instrumento de agressão a uma marca ou empresa alheia.

É seguro que, neste domínio da invalidade da MC, os tribunais aplicam o RMC e não o direito nacional. O art. 96/1 é expresso: o pedido reconvenicional de extinção ou de nulidade só pode ser fundamentado nos motivos de extinção ou de nulidade previstos no regulamento. Doutra maneira, a MC ficaria ao sabor de qualquer legislação nacional que previsse causas particulares de extinção.

O art. 52/2 RMC prevê a nulidade relativa da marca quando a utilização desta puder ser proibida por força de um direito anterior...

Como dissemos, a reacção fundada em concorrência desleal não se baseia propriamente num direito do concorrente atingido, mas numa reacção ao acto desleal. Todavia, consideramos possível a extensão deste preceito, ainda que a concorrência desleal não fosse motivo de recusa da concessão da marca. A ligação da disciplina da marca à concorrência desleal é tão forte que leva Koppensteiner a considerar que a harmonização do direito das marcas pode ser considerada como parte do direito da concorrência desleal a nível europeu¹⁷. Seria por isso contraditório que não houvesse meios de reagir contra uma marca, obtida na comunidade, que estavelmente fundasse concorrência desleal a outro operador.

Porém, ainda que não fosse assim e não fosse possível pedir a declaração de nulidade da MC com fundamento em concorrência des-

uma causa de invalidade do registo, mas com o inaceitável argumento que a possibilidade de invocar autonomamente a concorrência desleal como causa de invalidade do registo se teria extinguido por confusão após o registo. A. Silva Carvalho, *Marca Comunitária* cit., n.º 38, nt., afirma que subjacente à confusão de marcas está a concorrência desleal, que deve levar a eliminar do mercado a marca que dá origem a tal concorrência: mas não foca directamente a relação com o motivo de recusa.

¹⁷ Hans-Georg Koppensteiner, *Aspectos da marca comunitária*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, LXXIV (1998), 131-145 (133).

leal ¹⁸, ainda então a concorrência desleal não deixaria de poder ser invocada.

É que restaria ainda o art. 14/2 RMC, agora examinado, que prevê que sejam intentadas acções respeitantes a MC com base no direito dos Estados-membros, nomeadamente em matéria de responsabilidade civil e de concorrência desleal.

Mais amplamente ainda, o art. 106/2 RMC determina que não é afectado o direito de intentar, com base no direito civil, administrativo ou penal de um Estado-membro, ou no direito comunitário, acções que tenham por objecto a proibição do uso de uma marca comunitária, na medida em que pudesse ser também proibido o uso duma MN.

Basta aplicar ao domínio da concorrência desleal. Mesmo que esta não pudesse ser invocada como motivo de nulidade contra a MC, ela não deixaria de poder ser invocada para reduzir o âmbito de aplicação da MC. As acções que o art. 14/2 RMC prevê não são as acções de nulidade a intentar perante o Instituto, mas acções comuns, a intentar perante os tribunais nacionais.

Pode assim pedir-se, em acção autónoma ou em reconvenção, que seja reconhecida a concorrência desleal, mandada cessar a prática em que se traduz e eliminadas as situações em que se tenha concretizado.

A acção de concorrência desleal não conduziria assim a uma declaração de nulidade. Mas neutralizaria a utilização da marca comunitária, em toda a medida em que essa utilização representasse concorrência desleal.

Chega-se ao resultado de uma marca comunitária não poder ser atingida na sua subsistência, mas poder ser paralisada, total ou parcialmente, na medida em que fundasse concorrência desleal.

Não é um resultado totalmente satisfatório. Mas é o resultado possível, se a concorrência desleal não puder funcionar como causa de nulidade da marca comunitária.

¹⁸ Como é natural, seria sempre requisito da acção de nulidade que a previsível concorrência desleal se concretizasse efectivamente. Se a previsão se não verificasse, o vício teria de se considerar sanado.

19. Outros aspectos da relação entre violação de marca e concorrência desleal

Em matéria de concorrência desleal pode suscitar-se ainda a situação recíproca da anteriormente analisada. Pode estabelecer-se concorrência desleal tendo por alvo uma marca comunitária, sem se concretizar uma violação do direito à marca.

Essa concorrência desleal deverá ser reprimida pelos meios próprios da ordem jurídica portuguesa, como o seria em relação a actos com o mesmo significado praticados contra marcas nacionais.

Pode porém ser difícil estabelecer a fronteira entre violação da marca e simples actuação em concorrência desleal.

Essa dificuldade revela-se na própria lei portuguesa. Assim, o art. 260 c CPI qualifica como uso de marcas ilícitas e pune como ilícito de mera ordenação social “usar marcas com falsas indicações sobre a proveniência ou a natureza dos produtos”. Mas o que parece estar em causa é a concorrência desleal, e não a violação do direito à marca.

O mesmo diremos do tipo penal do art. 264/1 f: usar marca registada em produtos alheios, de modo a iludir o consumidor sobre a origem dos mesmos produtos. Não há aqui nenhuma violação da marca, há concorrência desleal.

De todo o modo, o critério terá de ser dado pelo mesmo art. 14, agora no n.º 1. Distingue os efeitos da marca comunitária, que são os estabelecidos pelo RMC, e as infracções, que são reguladas pelo direito nacional sobre marcas. É necessário saber o que representa uma infracção de marca.

Parece que o Regulamento vai muito longe nesta noção, como resulta do n.º 2: a responsabilidade civil e a concorrência desleal surgem referidas a seguir. Praticamente todas as situações em que a marca está contida na causa de pedir cairão na competência dos Estados. Assim, um litígio em que se impute ao titular de uma marca comunitária ter utilizado esta em termos de concorrência desleal é da competência dos Estados.

Pelo contrário, não parece assim acontecer quando se pratica concorrência desleal sem violar a marca comunitária. Por exemplo, as referências não autorizadas a marca alheia representam no Direito portu-

guês concorrência desleal e não violação do direito sobre a marca (art. 260 c CPI, expressamente). Escapam por isso à competência *ex RMC*.

A jurisprudência portuguesa manifesta por vezes dificuldade em distinguir o que pertence à violação de direitos privativos do que pertence à concorrência desleal ¹⁹.

Outros problemas ainda se suscitam no relacionamento do direito da marca e da concorrência desleal. Seja o caso da eventual tutela que poderá ser obtida, antes do registo da marca ou depois da extinção deste. Mas neste caso não há lesão da marca comunitária. São questões que estão fora do âmbito deste estudo.

20. Efeitos da extinção do direito à marca

Os efeitos da extinção ou da invalidação da marca produzem-se *ex tunc*. Isto já não é matéria que caiba aos direitos nacionais regular (art. 54/2).

O RMC institui aqui uma consequência própria da invalidade, em todo o caso. O n.º 3 adoça um pouco a rigidez da retroactividade.

Esta regra não é prejudicada pela qualificação como anulabilidade e pela possibilidade de sanção desta. A caducidade do direito de intentar acção de anulação não conduz à extinção do direito à marca, pelo contrário, é uma excepção a uma faculdade do titular da marca comunitária. O direito nacional não regula então a extinção da marca comunitária, mas o condicionamento estabelecido pelo direito nacional, para se intentar acção de anulação da MN.

A acção de nulidade pode também ser apresentada perante o Instituto (art. 55). Aplicar-se-ão, parece, regras análogas, mas não há como se disse previsão de uma caducidade da acção de nulidade relativa.

Fora disto, não há conflito resultante da diversidade de causas de extinção da marca nacional e da marca comunitária e dos efeitos respectivos, pois são marcas independentes.

¹⁹ Veja-se o que dizemos na nossa referida *Concorrência Desleal*, a propósito da violação de sinais distintivos.

21. Tribunal competente

Criam-se também dificuldades na determinação do tribunal competente. A interpenetração dos órgãos comunitários e nacionais, bem como dos vários tribunais nacionais, é mesmo particularmente complexa²⁰.

A base é-nos dada pelo art. 90 RMC e pelos artigos seguintes. Poderíamos falar de uma hierarquia, em que se integram sucessivamente as regras de competência:

- do próprio RMC
- da Convenção de Execução
- as que designam o Instituto e os tribunais de marcas comunitárias
- as que designam os restantes órgãos nacionais.

Mas tudo isto consoante as matérias e de acordo com as restrições que se estabelecem.

Partamos da *Convenção de Execução*, a que respeita o art. 90. É, simplesmente, a Convenção de Bruxelas de 1968, relativa à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial.

Todavia, esta competência básica é estabelecida:

- 1) salvo se o presente regulamento dispuser em contrário (n.º 1)
- 2) com as alterações logo indicadas em matéria de contrafacção e de validade (n.º 2).

Prevêm-se depois os *tribunais de marcas comunitárias* (art. 91).

De novo a terminologia não esclarece. Os tribunais de marcas comunitárias não são órgãos comunitários, são órgãos nacionais. Os Estados-membros designam um número tão limitado quanto possível de órgãos jurisdicionais nacionais de 1.ª e 2.ª instância, encarregados de desempenhar as funções atribuídas em relação às marcas comunitárias (n.º 1). Isso não exclui, nas matérias não contempladas, a intervenção dos tribunais comuns.

²⁰ Cfr. sobre esta matéria Roland Knaak, *The legal enforcement of the community trademark and of prior national rights*, em IIC, vol. 29, n.º 7/98, 754-776.

A indicação deveria fazer-se num prazo de 3 anos (n.º 2). Portugal ultrapassou esse prazo. Durante esse tempo a competência permaneceu nos tribunais comuns que intervêm na matéria das marcas nacionais.

A notificação terá sido feita a 17 de Março de 2000 ²¹. Tinham entretanto sido criados em Portugal os tribunais de comércio, pela Lei Orgânica dos Tribunais (Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro). Foram então designados como tribunais de marcas comunitárias de 1.ª instância os tribunais de comércio, e como tribunais de marcas comunitárias de 2.ª instância os tribunais da Relação.

Esta designação é igualmente de molde a causar problemas. Os tribunais de comércio não são tribunais de competência nacional. Para poderem abranger todos os litígios teria de haver uma alteração na própria Lei Orgânica dos Tribunais. O que não aconteceu.

No que respeita ao direito aplicável pelos tribunais de marcas comunitárias rege o art. 97 RMC, que estabelece também uma hierarquia. Aplicarão:

- as disposições do regulamento (n.º 1)
- na omissão deste, o direito nacional do foro, incluindo o direito internacional privado (n.º 2)
- e aplicarão as mesmas regras processuais que aplicariam ao mesmo tipo de processo, se relativo a marcas nacionais (n.º 3).

Os tribunais de marcas comunitárias têm competência exclusiva no respeitante a várias categorias de acções (art. 92). São particularmente importantes:

- as acções de contrafacção ou de ameaça de contrafacção de uma MC
- os pedidos reconventionais de extinção ou de nulidade de uma MC.

²¹ Este dado foi-nos comunicado pelo próprio Instituto de Harmonização do Mercado Interno. A reticência com que o apresentamos resulta de, apesar de o art. 91/4 RMC determinar que estas comunicações dos Estados são publicadas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, nenhuma publicação, por informação do próprio IHMI, foi até hoje realizada. Também o art. 85 RMC refere matérias a inserir em publicações periódicas do Instituto; mas delas não consta igualmente a menção da comunicação feita pelo Governo português.

Esta última categoria exige um esclarecimento, no que respeita à validade.

O art. 95/1 estabelece a presunção de validade da MC ²². Os tribunais de marcas comunitárias deverão por isso presumi-la válida: caberá ao réu contestar a sua validade através de um pedido reconvenicional de extinção ou de nulidade. Não o poderá contestar, nomeadamente, através de uma acção de verificação de não contrafacção.

Apenas se admite a contestação por excepção em duas situações, quando o réu alegue:

- que o titular da MC pode ser destituído por uso insuficiente
- que a marca poderia ser declarada nula por força da existência dum direito anterior do réu.

Mas é muito importante observar que, justamente no domínio da extinção ou declaração de nulidade da MC, há pontos de competência concorrente do Instituto e dos tribunais de marcas comunitárias. A perda ou nulidade será declarada, nos termos dos arts. 50 a 52, na sequência:

- de um pedido apresentado ao Instituto
- de um pedido reconvenicional numa acção de contrafacção.

Os arts. 55 e seguintes regulam o processo perante o Instituto. A versão portuguesa descreve-o como baseado num pedido de extinção ou de “anulação” de marca comunitária apresentado no Instituto.

Várias outras regras fixam a competência. Esta pode caber aos tribunais comuns dos vários Estados. Assim, nos termos do art. 82 RMC, a execução forçada das decisões que fixam o montante das custas regular-se-á pelas normas de processo civil do Estado em que foi executada ²³.

Mas é particularmente importante o art. 102/1 RMC segundo o qual, nos Estados-membros que sejam competentes por força do Regu-

²² Cfr. também o art. 103, que estabelece o mesmo princípio relativamente aos restantes tribunais nacionais.

²³ Nos termos do n.º 2, a fórmula executiva será aposta pela autoridade nacional que o governo de cada Estado-membro designar para o efeito, e de que dará conhecimento ao Instituto e ao Tribunal de Justiça. Também não temos conhecimento de nenhuma comunicação neste sentido do Governo português, nem de qualquer publicação.

lamento de Execução (art. 90), as acções, exceptuadas as que são da competência exclusiva dos tribunais de marcas comunitárias, são intentadas nos tribunais que teriam competência territorial e material se se tratasse de acções relativas a marcas nacionais registadas nesse Estado.

22. Providências de aplicação efectiva

Nos termos do art. 14/1 RMC, as infracções à MC são reguladas pelo direito nacional em matéria de infracções a marcas nacionais. Remete-se para o título X, relativo à competência e procedimento. Diremos que estão em causa, não apenas as infracções, e nem sequer só as infracções e as sanções, mas tudo o que respeita ao que se chama hoje os “meios de aplicação efectiva” dos direitos.

E assim, o art. 98 tem por epígrafe “sanções”. Mas regula a acção inibitória e os meios de a tornar efectiva. São portanto os meios de aplicação efectiva que estão realmente em causa.

O n.º 2 do mesmo artigo determina que o tribunal aplicará a lei, incluindo o Direito Internacional Privado, do Estado-membro onde houver sido cometida a infracção. Portanto, também aqui não releva a lei dum Estado a que se imputa a marca, como marca nacional desse Estado (art. 16 RMC), nem a lei do foro.

Levantam-se problemas no domínio penal, nomeadamente no que respeita à competência penal dos tribunais de marcas comunitárias.

O art. 99 regula as *medidas provisórias e cautelares*. Isso é já da competência do foro: aplica-se a lei deste, mesmo que outro tribunal de marcas comunitárias fosse competente para o fundo.

Porém, o n.º 2 traz uma extensão do âmbito de aplicação destas medidas que só beneficia os tribunais de marcas comunitárias, nas condições que aí designa. As medidas provisórias e cautelares que estabelecer são aplicáveis no território de todos os outros Estados-membros. Nenhum outro órgão jurisdicional tem esta competência.

O art. 101 regula os *recursos* dos tribunais de marcas comunitárias. São dirigidos para os tribunais de marcas comunitárias de 2.ª instância, que em Portugal são os Tribunais da Relação. Mas as regras sobre recursos são as da lei nacional do território em que o tribunal está situado (n.º 2).

Dessas decisões há recursos, nos termos gerais aplicáveis às decisões desses tribunais. Espantosamente, a versão portuguesa do art. 101/3 refere “as disposições nacionais relativas ao agravo de cassação...”.

23. Conexão de matérias em processos diferentes

O art. 100 regula o que chama as regras específicas em matéria de conexão. No n.º 1 prevê-se que perante um tribunal de marcas comunitárias tenha sido intentada uma das acções para que o art. 92 lhe atribui competência exclusiva, salvo se for uma acção de verificação de não contrafacção. A instância será suspensa, se não houver razões especiais em contrário, sempre que a marca comunitária já tiver sido contestada noutro tribunal por um pedido de extinção ou de nulidade. Não se fala em litispendência, decerto para evitar os escolhos que a noção técnica de litispendência poderia trazer, mas é também a preocupação de evitar decisões, ou contraditórias ou repetitivas, que está subjacente.

O n.º 2 prevê a situação recíproca, quando o processo corre perante o Instituto. Mas o paralelismo não é perfeito, uma vez que se admite que seja o tribunal de marcas comunitárias a suspender o processo.

Próxima desta matéria está a contemplada no art. 105 RMC. Prevê-se agora a coexistência de acções de contrafacção, uma(s) sobre marcas comunitárias e outra(s) sobre marcas nacionais, a correrem perante órgãos jurisdicionais de Estados-membros diferentes, mas entre as mesmas partes e relativamente aos mesmos factos. Determinam-se as condições em que o órgão jurisdicional onde foi intentada a segunda acção se deve declarar não competente.

Também se prevê que a acção de contrafacção de marca comunitária seja rejeitada, se sobre os mesmos factos tiver recaído uma decisão definitiva quanto ao fundo numa acção entre as mesmas partes, com base numa MN idêntica e válida para produtos ou serviços idênticos (n.º 2).

Reciprocamente, é a acção de contrafacção de MN que será rejeitada, se nas mesmas condições tiver sido proferida decisão definitiva em acção de contrafacção de MC (n.º 3).

Relacionada com esta matéria está a disciplina do pedido reconvenicional (art. 96 RMC). O tribunal de marcas comunitárias recusará o pedido reconvenicional de extinção ou de nulidade se já tiver sido emitida pelo Instituto uma decisão definitiva entre as mesmas partes, sobre um pedido com o mesmo objecto e a mesma causa (n.º 2). Mas além disso, sempre que for apresentado um pedido de extinção ou de nulidade num tribunal de marcas comunitárias, este pode sobrestar na decisão a requerimento do titular da MC e convidar o réu a apresentar no Instituto um pedido de extinção ou de nulidade, dentro do prazo que lhe concederá. Se esse pedido não for apresentado no prazo fixado o processo prosseguirá, e o pedido reconvenicional é considerado retirado (n.º 7).

Se daqui resultar que o “convite” é uma “intimação”, quebra-se gravemente o aparente equilíbrio entre os tribunais de marcas comunitárias e o Instituto, em detrimento do réu.

Recorde-se enfim o art. 55/3 RMC, relativo ao processo de extinção ou de nulidade²⁴ perante o Instituto: o pedido é inadmissível se um órgão judicial de um Estado-membro tiver decidido, com trânsito em julgado, um pedido com o mesmo objecto e a mesma causa entre as mesmas partes.

24. Marca colectiva e marca de base

1. Marca colectiva

Os arts. 64 a 72 RMC prevêm ainda as marcas comunitárias colectivas e as respectivas causas de caducidade e de invalidade.

O CPI prevê também a marca colectiva, nos arts. 172 a 176. Mas divide-a em *marca de associação* e *marca de certificação*. Enquanto a marca de associação corresponde à marca colectiva do RMC, a marca de certificação é pertença de uma pessoa colectiva (que pode não ser associação) que controla aqueles produtos ou serviços ou que estabelece normas a que os operadores devem obedecer. Esta última categoria está já fora das previsões da marca comunitária.

²⁴ A versão portuguesa diz “anulação”.

Os arts. 71 e 72 RMC prevêem novas causas de extinção e de invalidade aplicáveis às marcas colectivas, para além das causas gerais.

O art. 216/3 CPI prevê a caducidade da marca colectiva:

- se deixar de existir a pessoa colectiva a favor de quem foi registada
- se essa pessoa consentir que a marca seja usada de modo contrário aos fins gerais ou às previsões estatutárias.

A segunda causa corresponde fundamentalmente à do art. 71 *a* RMC. A primeira — extinção da pessoa colectiva titular — não está prevista no Regulamento, mas não pode, por natureza, deixar de funcionar também como causa de extinção.

Fora disto, também em relação à marca colectiva as causas de extinção da marca comunitária são as do RMC, e não as da lei nacional.

Como se conjuga a marca colectiva comunitária com a marca nacional de associação? Porque há uma sobreposição possível, para além das fronteiras.

Pode o titular da marca nacional requerer a marca comunitária. Imaginam-se casos de possíveis conflitos com outras situações nacionais.

Parece porém que a marca colectiva nacional, respeitante a lugares nacionais, prevalece sobre quaisquer marcas colectivas comunitárias que se pretendam.

2. *Marca de base*

É regulada nos arts. 177 a 180 CPI; mas é desconhecida no RMC.

Tem por titular uma empresa de actividades múltiplas ou um grupo de empresas.

Não pode pretender como tal reconhecimento comunitário, porque escapa ao enquadramento da MC. Mas também não pode ser contrariada por marcas comunitárias. Representa outra figura de MN anterior, susceptível de criar impedimento à atribuição de marca comunitária.

CONTRATOS DE ADESÃO/CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. Oportunidade

O tema que desta vez trazemos aos “Estudos de Direito do Consumidor” tem sido por nós tratado frequentes vezes, seja no meio universitário, português e estrangeiro, seja no âmbito das actividades do CEJ e da Ordem dos Advogados. É um tema *recorrente*, que tem sido objecto não apenas de conferências mas também de trabalhos que vimos publicando¹.

Apesar disso, pareceu-nos que seria útil incluir este artigo no presente volume. Entre outras razões, para além de versar sobre um tema *emblemático* do direito do consumidor — que por isso mesmo pareceu

¹ Quer, já em 1986, o nosso *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” (ROA), ano 46, Lisboa, 1986, pp. 733,ss, quer, mais recentemente, o nosso *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, nos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2001, pp. 1103,ss, trabalho este que corresponde quase integralmente ao que agora publicamos. Quanto a outros trabalhos nossos sobre o tema, daremos conta deles mais à frente.

vantajoso inserir nesta Revista —, trata-se de uma matéria que leccionamos na cadeira de “Direito dos Contratos” do Curso de pós-graduação em Direito do Consumo, pelo que a sua publicação nestes “Estudos” proporcionará aos alunos um texto de fácil acesso.

2. Actualidade e importância

Como é sabido, foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu entre nós o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Diploma este que se mantém em vigor, com as modificações que lhe foram entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e, há pouco tempo, de novo, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

Entretanto, em 25 de Julho de 1996, entrou em vigor, na Alemanha, a lei aprovada em 19 de Julho desse ano, que modificou a célebre *AGB-Gesetz*, de 9 de Dezembro de 1976, a qual serviu de modelo ao legislador português.

Não querendo tornar-me cansativo, permitam-me que refira ainda, pelo que respeita à União Europeia, a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Esta directiva proíbe as cláusulas abusivas nos contratos de *adesão*, disciplinando, pois, estes contratos, mas *limita* o seu âmbito aos contratos de adesão *com consumidores*.

No plano doutrinal, a actualidade do tema é também evidente, como se comprova pelos inúmeros artigos de revista, monografias, conferências, colóquios e congressos que o tomam por objecto. Refiro, a título exemplificativo, que a “European Review of Private Law” dedicou um número inteiro, em 1995, ao problema, publicando num volume especial os textos das conferências proferidas em Itália, no Seminário de 29 e 30 de Setembro de 1994, promovido pelo Instituto Universitário Europeu, de Florença².

² Cfr. a “European Review of Private Law” vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 173, ss, sobre *The Impact of European Integration on Private Law: The Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* (com artigos de C. Joerges, W. C. Whitford, A.

Este interesse pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, pelos contratos “standard” ou contratos em série (a terminologia é variada e pode levantar problemas, como direi mais à frente), este interesse da doutrina em analisar tais contratos ou *modo* de contratação e do legislador em fixar o seu regime jurídico, dizia, corresponde à grande *importância prática* de que eles se revestem, na actualidade.

Com efeito, estamos perante “uma manifestação jurídica da moderna vida económica” (subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973)³, perante um modo de contratação *típico* da sociedade industrial moderna, funcionalmente *ajustado* às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. Dir-se-á que à produção e distribuição “standard” corresponde, no plano negocial, a contratação “standard”: produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de *racionalização, planeamento, celeridade e eficácia* que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, *eliminando* ou *esvaziando* consideravelmente as *negociações prévias* entre as partes.

Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam *especificidades* várias em face

Bénabent, Giorgio de Nova, Pinto Monteiro, E. Hondius, A. de Moor, M. Tenreiro, Norbert Reich, S. Weatherill, H. Koch, E. Rodríguez, L. Cannada-Bartoli, H. Collins e W. van Gerven).

A mesma Revista haveria de voltar ao assunto em 1997, desta vez para dar conta da transposição da Directiva 93/13/CEE nos vários países da Comunidade: cfr. o vol. 5, n 2, 1997, pp. 121,ss (com artigos de E. Hondius, W. Posch, Eric Balate, Thomas Wilhelmsson, Hélène Davo, Norbert Reich, Elisa Alexandridou, Guido Alpa, M. Elvinger, Pinto Monteiro, Javier Lete, Ulf Bernitz e Chris Willett).

Ainda com o mesmo propósito de actualização, convirá referir, de 1 a 3 de Julho de 1999, em Bruxelas, a Conferência internacional organizada pela Comissão Europeia sobre *La Directive “clauses abusives”, 5 ans après. Evaluation et perspectives pour l’avenir* (cujos trabalhos foram reunidos num volume que acaba de ser publicado pela Comissão Europeia, onde se incluem, designadamente, os textos sobre “L’intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux”, a cargo de M. Tenreiro, T. Wilhelmsson, R. Bradgate, G. Alpa, Pinto Monteiro e T. Bourgoignie).

³ C. MOTA PINTO, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Coimbra, 1973, pp. 119, ss.

do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. *Especificidades* essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas *prévia e unilateralmente* redigidas, que *não foram negociadas*, antes elaboradas por outrem, para um número *múltiplo ou indeterminado* de contratos a celebrar no futuro.

Estas especificidades implicam riscos ou perigos *acrescidos* para o *aderente*, isto é, para o parceiro contratual que celebra o contrato *aderindo* às *condições gerais* utilizadas pela outra parte. Esses *riscos acrescidos* ou *problemas especiais* surgem em *três planos*, como explicarei mais à frente: no plano da *formação do contrato* ou da *tutela do consentimento*; no da *justiça contratual* das cláusulas; e no dos *modos de reacção jurídica*, particularmente de *índole processual*.

Mas há um problema prévio que tem de pôr-se: valerão as *soluções* da lei portuguesa, tal como as soluções de todas as leis que disciplinam o problema sob o prisma das *cláusulas contratuais gerais*, para *todos os contratos de adesão*? Por outras palavras, serão as normas consagradas em tais leis de aplicar *sempre* que o contrato seja *de adesão* ou, *apenas*, quando ele tiver sido concluído com base em cláusulas contratuais *gerais*?

Está em causa, como se vê, um *problema de fundo*, o qual levou à alteração da lei alemã em Julho de 1996, motivada pela directiva europeia de 1993. Problema este que se prende com a própria *caracterização e compreensão* do fenómeno, razão por que a ele me vou referir em primeiro lugar, na exposição que se segue; e que tem a ver, também, com o modo de o *designar*: contratos de adesão ou cláusulas contratuais *gerais*? estar-se-á, afinal, perante a mesma coisa?

3. Características

É sabido, com efeito, que uma das características mais marcantes do direito contratual contemporâneo é de um número significativo de contratos — dos mais importantes da vida económica e empresarial moderna — ser celebrado em conformidade com as cláusulas *previamente* redigidas por *uma* das partes (ou até por terceiro), sem que a outra parte possa *alterá-las*. Daí serem eles designados por *contratos de*

adesão, fórmula que traduz a posição da contraparte e realça o significado da aceitação: mera *adesão* a cláusulas *pré-formuladas* por *outrem*. Avultam, nesta noção, três características essenciais: a *pré-disposição*, a *unilateralidade* e a *rigidez*. São elas, a meu ver, as características que *definem* os contratos de adesão *em sentido estrito*.

Estes contratos são normalmente celebrados com base em cláusulas ou “condições gerais” previamente redigidas. Quer dizer, a *pré-disposição*, a que atrás me referi, consiste, via de regra, na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de *todos* os contratos a celebrar no futuro ou, pelo menos, de certa *categoria* de contratos: trata-se, “hoc sensu”, de *cláusulas contratuais gerais*. A esta característica da *generalidade* anda associada uma outra, a *indeterminação*: as cláusulas são previamente redigidas para um número *indeterminado* de pessoas.

É a intenção *uniformizadora* que leva a este procedimento, a fim de os contratos que vierem a ser concluídos obedecerem todos ao *mesmo* padrão ou modelo. O que permite responder às necessidades de *racionalização*, *planeamento*, *celeridade* e *eficácia* que impuseram e justificam, como já referi, o recurso a este *modo de formação do contrato*.

Pensemos, entre tantos outros exemplos, nos contratos de seguros, bancários, de locação financeira (“leasing”), informáticos, de transporte, de fornecimento de energia eléctrica, água e gás, de prestação do serviço telefónico ou, até, nos contratos pelos quais se adquire, hoje em dia, um electrodoméstico ou outro bem de consumo corrente.

Neles estão presentes, em regra, *todas* as características dos contratos de adesão *em sentido amplo*: a *pré-disposição*, a *unilateralidade*, a *rigidez*, a *generalidade* e a *indeterminação*. Alguém, normalmente uma empresa, elabora previamente as cláusulas (ou “condições”) que irão fazer parte de todos os contratos que vier a celebrar, seja com quem for. Isto não impede, naturalmente, *eventuais negociações* entre as partes quanto a alguns aspectos do contrato — *no essencial*, porém, ele será regido, no todo ou em parte, pelas cláusulas previamente formuladas, sem que o aderente possa alterá-las. Tais cláusulas não são, pois, o *resultado* das negociações — pelo contrário, elas *antecedem* eventuais negociações, são elaboradas *antes e independentemente* de quaisquer (hipotéticas) negociações.

Há, assim, que separar duas fases: *a da elaboração das cláusulas*, que *antecede e abstrai* dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase *estática*; e *a da celebração de cada contrato singular*, isto é, a fase em que se celebra efectivamente o contrato com alguém, que é a fase *dinâmica* em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de *adesão* e que integra aquelas cláusulas.

Estas duas fases constituem dois momentos distintos do processo de contratação. E originaram diferentes designações para o mesmo fenómeno: com efeito, contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos “standard”, etc, tem sido, como se sabe, a terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade. Pondo de lado a distinção entre contratos *de* e *por* adesão — que poucos seguidores tem tido —, a alternativa tem-se colocado entre as expressões *contratos de adesão* e *cláusulas contratuais gerais* (ou *condições gerais dos contratos*).

Ora, se é certo que se trata, *frequentemente*, de designar de forma diversa o *mesmo* processo, a verdade é que, em rigor, a fórmula contratos de adesão é *mais ampla*, podendo *não coincidir* com a expressão *cláusulas contratuais gerais*.

Na verdade, em regra o contrato de adesão é concluído *através de cláusulas contratuais gerais*; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá *contrato de adesão* (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais *gerais*. Estas últimas são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a celebração, no futuro, de *múltiplos* contratos, que serão *de adesão* — mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação.

Estamos assim perante *um primeiro problema*, particularmente sentido nos países, como Portugal e a Alemanha, que, dispondo de legislação sobre cláusulas contratuais gerais, têm de a *estender* a todos os contratos de adesão quando o aderente for um consumidor, por força da Directiva comunitária de 1993 (a já referida Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril).

Esse alargamento do âmbito de aplicação da lei, como já disse, veio a ser feito na Alemanha por lei de 19 de Julho de 1996, que introduziu *alterações à AGB-Gesetz*, de 9 de Dezembro de 1976. No que a este ponto diz respeito, a alteração consistiu na consagração de uma *nova norma* — o § 24 a — para os contratos com consumidores (*Verbraucherverträge*), preceituando-se, entre outras coisas, a aplicação dos §§ 5,6 e 8 a 12 também a cláusulas pré-formuladas *para uma única utilização*, ou seja, *a contratos de adesão em que falte o requisito da generalidade*.

Já em Portugal, por sua vez, o problema permaneceu *em aberto*, apesar de o legislador ter pretendido *transpor* a directiva comunitária através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, que introduziu modificações à lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais: o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. E o problema continuou em aberto porque o legislador de 1995 foi *omisso* em relação a este ponto.

Sempre me pareceu, contudo, que este silêncio do legislador português poderia ser interpretado como um *silêncio eloquente*, permitindo que se *estendessem* as soluções consagradas na lei *a todos os contratos de adesão* — excepto a acção inibitória, que, pela sua natureza, pressupõe cláusulas contratuais *gerais* —, “maxime” aos contratos *com consumidores*. Ao mesmo resultado levava o princípio da *interpretação da lei em conformidade com a directiva*, sendo certo, por outro lado, que nada obstaría a que as outras medidas, pela sua *razão de ser* (sobre o consentimento e sobre o conteúdo das cláusulas), se aplicassem, ainda que faltassem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação⁴.

Devo recordar que o problema não se restringe às *relações de consumo*. Se é verdade que a protecção do consumidor passa pelo controlo dos contratos de adesão, os problemas não devem, de todo o modo, confundir-se nem identificar-se. Pois se é certo que a necessidade de controlar tais contratos é *maior* quando a contraparte da empresa for um *consumidor*, a verdade é que o problema é mais amplo, *não se esgota*

⁴ Voltaremos a este ponto mais à frente, n.ºs 6 e 7, onde analisaremos, respectivamente, as alterações de 1995 e de 1999, tendo esta última pretendido ultrapassar essa dificuldade.

na protecção do consumidor, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários.

Foi esta a perspectiva correcta do legislador português (tal como já tinha sido a do legislador alemão), conforme mostrarei adiante. Em todo o caso, não se duvida de que uma das *principais* medidas da protecção do consumidor consiste na consagração de especiais mecanismos de controlo dos contratos de adesão. Por outro lado, também não se duvida que foi essa “cruzada” dos tempos modernos — a protecção do consumidor — o grande *impulsionador* dos vários diplomas legislativos sobre as condições gerais da empresa que pelo mundo fora têm vindo a ser aprovados. O que desejo realçar, contudo, é que o fenómeno é mais amplo, não deve confinar-se às relações da empresa com os consumidores, antes sendo de estender, em certos termos, também às próprias relações entre empresários ou entidades equiparadas.

4. Meios de controlo

Posto isto, passo a enunciar agora os principais *problemas* que os contratos de adesão levantam e as vias adequadas à sua *solução*.

Esses problemas são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente *desconhecer* cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de *cláusulas abusivas*; no plano processual, mostram a *inadequação* e *insuficiência* do normal controlo judiciário, que actua *a posteriori*, depende da *iniciativa* processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso *concreto*.

Em face disto, um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um *efectivo e real acordo* sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela *proibição de cláusulas abusivas*; e pela atribuição de *legitimidade processual activa* a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um *controlo preventivo* (que além de permitir superar a habitual *inércia* do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais”

antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato.

Se atentarmos bem, os dois primeiros tipos de problemas resultam, essencialmente, da *pré-formulação* das cláusulas — daí parecer-me que as soluções para eles encontradas não devam restringir-se, necessariamente, aos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais. Já o último dos problemas e soluções — o controlo preventivo —, porém, só faz sentido quando as cláusulas pré-formuladas forem gerais.

Vejam, então, como fazer face a tais problemas, acompanhando, para o efeito, a lei portuguesa, a qual consagrou, sem dúvida, soluções importantes, na linha do modelo da *AGB-Gesetz*⁵. Referir-me-ei, depois, à Directiva europeia e, por último, à lei portuguesa que em 1995 modificou a lei até aí em vigor, bem como à última e recente alteração, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

4.1. *Consentimento*

Assim, no que respeita ao primeiro problema, a fim de combater o risco de *desconhecimento* de aspectos significativos do contrato, impõe a lei, no artigo 5.º, o *dever de comunicação prévia*, e na *íntegra*, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato.

Esta comunicação deve ser feita de modo *adequado* e com a devida *antecedência*, procurando o legislador, deste modo, *possibilitar*

⁵ Seguirei de perto, em alguns pontos, trabalhos meus já publicados, designadamente: *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, cit., pp. 733,ss e *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990 (reimpressa em 1999), pp. 75-82 e 747, ss. Mas ver, sobretudo, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 411, ss e 427,s.s, SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in “O Direito”, ano 127.º, 1995, pp. 297,ss.

ao aderente o conhecimento antecipado da *existência* das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu *conteúdo*, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento *diligente*.

Acresce, a cargo de quem utilize as referidas cláusulas, um *dever de informação*, consagrado no artigo 6.º, cuja extensão dependerá das circunstâncias, por forma a tornar acessível ao aderente a *compreensão* do seu conteúdo, mormente dos aspectos técnicos envolvidos. Devem, ainda, ser prestados, nos termos da lei, todos os esclarecimentos razoáveis que tenham sido solicitados.

É claro que o conteúdo deste dever de informação, bem como os termos por que deve ser feita a comunicação prévia das cláusulas contratuais gerais, dependem das circunstâncias, sendo de considerar, designadamente, o facto de existirem já anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor final.

Partindo do princípio de que as cláusulas que tenham sido objecto de um acordo específico (v.g., cláusulas manuscritas) traduzem melhor do que as outras um efectivo consenso, consagra-se, coerentemente, no artigo 7.º, a sua *prevalência* sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais.

Como o escopo da lei é, neste campo, evitar a sujeição do aderente a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que o foram, mas com violação do dever de informação (em prejuízo, assim, do seu conhecimento efectivo), a consequência, nos termos do artigo 8.º, reside na sua *exclusão* dos contratos singulares.

Quer dizer: não se consideram *integradas* no contrato as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos da sua *inclusão*; o que significa, em suma, que o acordo estabelecido entre as partes *não abrange* essas cláusulas (art. 8.º, als. *a*) e *b*)).

Esta, igualmente, a solução imposta a cláusulas inseridas em formulários *depois* da assinatura de algum dos contraentes (art. 8.º, al *d*)), bem como às 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 (art. 8.º, al *c*)).

São abrangidas, por esta última norma, cláusulas que *aparentam* ser uma coisa mas, afinal, *se* revelam outra: por exemplo, tendo em conta o contexto em que surge, ou até a epígrafe que a precede, uma cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade do predisponente *disfarçada* de cláusula de garantia.

Trata-se, creio, de impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitam, justificadamente, *reacções de surpresa* (serão as «Überraschende Klauseln», da lei alemã), por não lhe ser exigível — pela forma ardilosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pela forma subreptícia ou camuflada com que foram apresentadas — o seu conhecimento efectivo, ainda que previamente comunicadas. Protege-se, assim, a *confiança* depositada pelo aderente num conteúdo diverso do real, *legitimada* pelo comportamento fraudulento de quem as predis põs nesses termos.

Em qualquer destes casos, pois, a solução ditada pelo artigo 8.º, em coerência com a *ratio* desta forma de controlo, é de *excluir* do contrato as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos necessários à sua inclusão, mantendo-se o contrato na parte restante, com recurso às normas supletivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no artigo 239.º do Código Civil.

É a solução do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei em apreço, impondo-se, porém, a nulidade do contrato singular, nos termos da mesma norma, quando o recurso àqueles elementos não obste, ainda assim, a «uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais» ou a «um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé».

Completando, de certo modo, o controlo efectuado ao nível da formação do acordo, dispõe ainda a lei (art. 10.º), num outro capítulo, de regras sobre a “interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais”, onde se acolhe o conhecido princípio de que *in dubio contra stipulatorem*.

Numa breve apreciação sobre o sentido destas medidas, direi que elas se destinam a prevenir o aderente do risco de *desconhecimento* do (ou de parte do) conteúdo do contrato, procurando contribuir para o seu *esclarecimento* e suscitar a sua *reflexão*. Assumem, no entanto, uma importância relativa.

Protegem o aderente contra a inserção, mais ou menos subreptícia, de cláusulas prejudiciais aos seus interesses, contribuem para evitar decisões precipitadas, pouco reflectidas, e *despertam* a sua atenção para os termos do contrato que vai subscrever.

Por outro lado, estas medidas poderão actuar, também, sobre o predisponente, pelo efeito *dissuasor* que tenderão a exercer, em regra, sobre ele, forçando-o a *moderar* os seus intentos, pois sabe que as suas condições gerais terão, assim, menos possibilidades de escapar à atenção da contraparte.

A sua *eficácia*, porém, do ponto de vista da tutela do consumidor ou, em geral, do aderente, é *reduzida*, pois desde logo não o protegem de cláusulas *inequitativas* ou *abusivas* a que terá de submeter-se, *mesmo que consciente dos riscos que corre*, uma vez que não encontra alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que carece e de que não pode prescindir.

Por outro lado, este tipo de medidas fracassa mesmo, por vezes, no seu objectivo, que é o de *esclarecer* o aderente a respeito do contrato que vai celebrar: por falta de tempo e/ou de preparação técnica, por resignação, conformismo ou porque tem consciência de que pouco ou nada lhe adianta, o consumidor não lê ou não se interessa em conhecer em pormenor as condições do contrato. E o problema não está, propriamente, no cumprimento, pela empresa, do dever de informação — basta pensar que, no limite, uma *informação em excesso* pode conduzir ou equivaler, *na prática*, a uma *falta de informação*!⁶. A não ser que se entenda — e haverá, por vezes, bom fundamento para isso — que em situações deste tipo o dever de informação não é cumprido. Mas convém reflectir, por último, que a empresa poderá sempre argumentar que não é a ela que cabe *seleccionar* a informação mais relevante para o consumidor ou mais perigosa aos seus interesses, sendo a este, pelo contrário, que lhe compete formular esse juízo, proceder a essa selec-

⁶ Assim, por ex., 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.

ção, perante toda a informação que ela lhe disponibiliza — desde que, como dissemos atrás, ela seja *adequada*, e não equivalha, por excessiva, injustificada ou desproporcionada, a uma *falta de informação!*

Vem a propósito recordar que a jurisprudência de vários países, numa fase recuada, em que mais timidamente abordou o problema, se escudou sob o controlo do consenso para impedir cláusulas inequitativas, afastando-as do contrato por alegado desconhecimento por parte do aderente. Tratou-se, frequentemente, de uma forma *dissimulada* de controlo sobre o conteúdo, de um controlo *travesti*, impulsionado por razões de (in)justiça do contrato, mas disfarçado de controlo sobre o consentimento⁷.

Não significa isto, no entanto, que as medidas sobre a *inclusão* de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares e sobre a sua *interpretação e integração* sejam, em si mesmas, inúteis ou inadequadas. Ao invés, tanto umas como outras se ajustam à especificidade dos contratos de adesão e constituem *um primeiro passo* na protecção do aderente, procurando responder, de modo próprio, a um primeiro problema: o do *conhecimento*, pelo aderente, das cláusulas pré-fixadas. Mas a sua eficácia é reduzida, “maxime” nas relações com consumidores finais.

4.2. Cláusulas proibidas

O legislador, não descurando essa primeira forma de controlo, teve consciência, porém, de que havia que fiscalizar directamente o *conteúdo* das próprias cláusulas contratuais gerais. Fê-lo de duas formas: por um lado, impondo a sanção da *nulidade* para certo tipo de cláusulas, que expressamente *proíbe*, nulidade essa invocável nos termos gerais (arts. 12.º e 24.º); por outro lado, consagrando uma acção *inibitória*, com finalidades *preventivas*. Começemos pelo primeiro ponto.

O legislador adoptou, no essencial, como já referi, o modelo alemão, enumerando uma série de cláusulas que proíbe em termos *absolu-*

⁷ Ver, desenvolvidamente, o nosso estudo sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, pp. 348, ss.

tos, ao lado de outras, cuja proibição é *relativa*. O sistema é completado com a consagração de uma *cláusula geral*, assente na boa fé.

Mas fê-lo com a *novidade* de, logo à partida, e em termos claros, separar as *relações entre empresários ou entidades equiparadas*, das *relações com consumidores finais*, dedicando, a cada uma delas, uma secção própria.

A importância desta distinção reside no seguinte: enquanto, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam, respectivamente, dos artigos 18.º e 19.º, já nas relações com consumidores finais, porém, além destas cláusulas, são igualmente proibidas, de modo absoluto ou apenas relativo, as que constam dos artigos 21.º e 22.º, respectivamente.

Quer dizer: tratando-se de relações com consumidores finais, são proibidas tanto as cláusulas indicadas nas normas da respectiva secção (hoje, secção III), como, igualmente, as cláusulas proibidas pelas secções anteriores: é a solução ditada pelo artigo 20.º.

Compreende-se esta atitude do legislador, evidenciando especial sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir, porém, a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector. Na verdade, como o problema é mais geral, a lei não descarta a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

Não me sendo possível analisar aqui, naturalmente, uma a uma, as cláusulas proibidas nessas longas *listas negras* — as quais, em outros sistemas, são elaboradas com base em anteriores experiências judiciais —, limito-me a chamar a atenção para alguns aspectos, em ordem a facilitar a compreensão do *modelo* instituído.

Assim, em primeiro lugar, parece-me importante esclarecer o sentido da distinção entre *cláusulas absolutamente proibidas* — são as que constam dos artigos 18.º e 21.º, tratando-se de relações *com consumidores* finais, ou apenas do artigo 18.º, tratando-se de relações *entre* empresários ou entidades equiparadas — e *cláusulas relativamente proibidas* — artigos 19.º e 22.º, para as relações do primeiro tipo, ou só artigo 19.º, não estando envolvidos consumidores finais.

Enquanto as cláusulas sujeitas a uma proibição *relativa* permitem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objectivo, as outras são proibidas em termos *absolutos*, ou seja, em qualquer caso; umas só são proibidas após *valoração* judicial, as outras são-no *imediatamente*, desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.

Atente-se, por outro lado, no *padrão de referência* a ter em conta pelo tribunal, ao *ajuizar* sobre determinada cláusula, quando isso lhe é permitido, ou seja, quando se trate de uma cláusula proibida apenas em termos relativos. Esse padrão de referência, "*o quadro negocial padronizado*" (nos termos dos artigos 19.º e 22.º), é um paradigma, é o *modelo* perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade.

O vasto elenco de cláusulas interditas, tanto em termos absolutos como em termos relativos, não impede, contudo, que outras cláusulas possam vir a ser proibidas, por decisão judicial, ainda que não estejam incluídas em qualquer das referidas normas. É que, como já referi, a lei dispõe de uma *cláusula geral*, assente no princípio da *boa fé*, perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se (arts. 15.º e 16.º, após a alteração de 1995).

4.3. Acção inibitória

O legislador consagrou, igualmente, como forma complementar de tutela do aderente, uma *acção inibitória* (no capítulo dedicado às *disposições processuais*) com finalidades *preventivas* (hoje, arts. 25.º e ss).

Assim, independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico-negocial já encetada, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, desde que interditas pela lei, podem, *desde logo*, ser proibidas por decisão judicial.

Têm legitimidade activa, para este efeito, além do Ministério Público (oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou mediante solicitação de qualquer interessado), também, em certos termos, associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos (art. 26.º).

Esta acção pode ser intentada contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, contra quem apenas as recomende a terceiros, assim como contra várias entidades, em conjunto, quando se trate das mesmas cláusulas ou de cláusulas substancialmente idênticas (art. 27.º).

A sua finalidade é impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, procurando assim o legislador *superar* os inconvenientes de um controlo apenas *a posteriori*, com efeitos circunscritos ao caso concreto, *sub judice*, e dependente apenas da *iniciativa* processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso.

Optou o legislador nacional, na esteira da lei alemã, por confiar esta tarefa de fiscalização *preventiva* das cláusulas contratuais gerais ao poder judicial, e não a órgãos administrativos. Solução que se traz alguns inconvenientes, designadamente do ponto de vista da maior preparação técnica e especialização que um órgão ou comissão “ad hoc” teria, não deixará, contudo, de se compreender, ao menos em princípio, tendo em conta as maiores garantias de isenção e de independência, à partida, dos tribunais. Mas esta solução tem vindo a ser contestada, pela morosidade e menor preparação técnica dos tribunais, insistindo-se nos mecanismos *extrajudiciais* de resolução de conflitos.

Transitada em julgado a decisão proibitiva, não podem ser incluídas em contratos singulares, que o demandado venha a celebrar posteriormente, as cláusulas contratuais gerais que foram objecto dessa decisão, da mesma forma que não podem essas cláusulas continuar a ser recomendadas.

Assim, se o demandado, vencido na acção inibitória, não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela acção, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Esta solução, nos termos em que é consagrada (actualmente, no artigo 32.º), não aproveita, contudo, todas as vantagens que um controlo preventivo apresenta, aspecto para o qual de há muito venho chamando a atenção⁸.

⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 760-763.

Compreende-se que o aderente possa valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória, cuja natureza e finalidades justificam a sua eficácia *automática e ultra partes*.

Mas o êxito desta diligência depende de o aderente ter concluído o contrato com o *mesmo* sujeito vencido na acção inibitória. Não se verificando este requisito, já o aderente não poderá valer-se de anterior decisão inibitória, ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nesta decisão sejam iguais ou do mesmo tipo das que constam do seu contrato singular. Assim, a decisão proferida pelo tribunal só pode ser oposta contra a *mesma* empresa (contra a qual foi intentada a “acção inibitória”), não contra uma outra empresa, ainda que as cláusulas desta sejam *iguais* às que o tribunal proibiu na “acção inibitória”. Quer dizer, a eficácia *ultra partes* da sentença limita-se a *quem* pode invocá-la: *qualquer pessoa* que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — mas só contra esta empresa.

A este propósito e neste contexto, um outro aspecto devo esclarecer. Se tiver havido um processo de controlo *preventivo* mas o tribunal decidir *não proibir* determinada cláusula, isso não significa, contudo, que essa cláusula não possa vir a ser *proibida* mais tarde, se vier a ser incluída num contrato. É que pode não se justificar, *a priori e em termos gerais*, a proibição de certas cláusulas, mas justificar-se já, no entanto, a sua proibição *em determinado contrato concreto*, por força das *circunstâncias* desse caso concreto.

Interessa dizer, ainda, que a lei (art. 33.º, na redacção actual) consagra, como importante meio de *pressão* sobre a empresa vencida na acção inibitória, a fim de *incentivar* o respeito pela sentença, uma “*sanção pecuniária compulsória*”. Trata-se de uma figura que o Código Civil já acolhera em 1983 (art. 829.º-A), na linha da “astreinte” francesa, e que o legislador de 1985 aproveitou para reforçar a eficácia da decisão tomada na acção inibitória.

5. A Directiva 93/13/CEE

Em 5 de Abril de 1993, no termo de um processo que ficou marcado pelos sucessivos recuos em face da proposta inicial da Comissão, o Conselho adoptou finalmente a Directiva 93/13/CEE.

Apesar do seu limitado campo de aplicação e do alcance reduzido das medidas que consagrou, a Directiva é importante. Em primeiro lugar, pela *protecção* concedida contra as *cláusulas abusivas*. Em segundo lugar, pelas implicações que tem na *teoria geral do contrato*. Em terceiro lugar, pelo reconhecimento e reforço do estatuto do *consumidor* como sujeito carecido de uma especial protecção. Finalmente, porque ela constitui mais um passo para a harmonização do chamado “*direito europeu dos contratos*”.

Estes são, em linhas gerais, os *méritos* da Directiva. Mas penso que são muitas as suas insuficiências. A Directiva constitui um passo positivo, mas tímido e incompleto — e, por vezes, até ambíguo. Limitar-me-ei, de seguida, a assinalar, de forma muito breve e sucinta, alguns dos aspectos positivos e negativos da directiva, ao mesmo tempo que a confrontarei com a lei portuguesa⁹.

⁹ Acompanharei de perto trabalhos meus anteriores sobre a Directiva: *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, in “European Review of Private Law” (ERPL) vol. 3, 1995, pp. 231, ss; *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, in “Revista de Derecho Mercantil”, n.º 219, Madrid, 1996, pp. 79,s; e *La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal*, in ERPL, vol. 5, 1997, pp. 197,ss.

Entretanto, ainda sobre a Directiva, além do estudo já citado de GALVÃO TELLES (*supra*, nota 5), e de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, cit., pp. 422,ss e 466-470, são de mencionar, recentemente: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in ROA, ano 60, 2000, pp. 573,ss, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª ed., Lisboa, 1999, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra, 1999, SINDE MONTEIRO/ALMENO DE SÁ, *Das portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG - Richtlinie über mißbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, Coimbra, 1997, pp. 173, ss, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in “Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 2, Coimbra, 2000 (pp. 43,ss), pp. 75, nota 59, e 118,ss, bem como, já antes, o seu *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 104,ss, e sobretudo a tese de doutoramento de SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pp. 585, ss.

A Directiva pretende regular as *cláusulas abusivas* nos contratos com os consumidores. E aqui está, logo de início, alguma *ambiguidade*. É que a Directiva não se aplica a todas as cláusulas abusivas mas apenas às cláusulas que não tenham sido objecto de “*negociação individual*” (art. 3.º, n.º 1).

A proposta inicial abrangia todas as cláusulas abusivas. Esta posição foi muito criticada, especialmente pela doutrina alemã. O Professor CANARIS considerou que a proposta da Comissão era incompatível com a Constituição alemã e que a Comunidade, se fosse aprovada aquela proposta, estaria a ultrapassar as suas competências e a atentar contra a ordem jurídica privada dos Estados membros¹⁰. O Conselho acabou por restringir a directiva aos contratos de adesão. Estou de acordo com a posição final do Conselho. Mas o que deve sublinhar-se, por isso mesmo, é que não se trata de uma directiva sobre as cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, mas, antes, sobre cláusulas abusivas nos *contratos de adesão* com consumidores.

O que me leva a colocar uma segunda objecção. A Directiva restringe o seu campo de aplicação aos contratos entre profissionais e consumidores (art. 1, n.º 1). Há aqui uma manifesta influência da lei francesa (Lei n.º 78-23, de 10 de Janeiro de 1978). O Conselho terá querido *conciliar* dois modelos, o alemão e o francês. Daí resultou uma directiva ambígua e até contraditória: ela não é, por um lado, uma directiva sobre cláusulas abusivas (pois estas cláusulas também surgem em contratos negociados), antes, fundamentalmente, sobre contratos de adesão; mas também não é, por outro lado, em rigor, uma directiva sobre contratos de adesão, pois estes não são exclusivos das relações entre profissionais e consumidores! Daí a pergunta: qual o objectivo essencial da Directiva? Impedir cláusulas abusivas? Controlar os contratos de adesão? A meu ver, verdadeiramente, nem uma coisa nem outra: a Directiva visa, é certo, *proteger o consumidor* contra cláusulas abusivas — mas só nos *contratos de adesão*.

¹⁰ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”*, in “Contratos. Actualidade e evolução”, Universidade Católica Portuguesa, coord. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Porto, 1997, pp. 49, ss, 64-65.

Estou de acordo em que o consumidor necessita de protecção especial nestes contratos. Mas os problemas dos contratos de adesão não se *esgotam* na protecção do consumidor nem as cláusulas abusivas são *privativas* dos contratos com consumidores. Em minha opinião, a directiva deveria ter ido *mais longe* e abranger também as relações contratuais entre empresas ou entidades equiparadas, ainda que, neste caso, diferenciando-as das relações com consumidores, estabelecendo, para estes últimos, um controlo mais apertado. Foi o que fez a lei portuguesa. Por outro lado, a Directiva só teria ganho em clareza e eficácia se o seu objectivo tivesse sido o de *controlar os contratos de adesão* (ou, pelo menos, os contratos celebrados com base em “condições gerais”). Ter-se-ia conseguido, na mesma, a protecção do consumidor, mas ter-se-ia ido muito mais longe.

O art. 3 da Directiva levanta uma outra dificuldade: o n.º 1 restringe a aplicação da directiva a cláusulas que não tenham sido objecto de “negociação individual” e o n.º 2 esclarece que é esse o caso sempre que a cláusula “tenha sido redigida *previamente* e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um *contrato de adesão*”. A terminologia, neste sector, como já vimos, é bastante variada: “standard contract”, “contrat d’adhésion”, “allgemeine Geschäftsbedingungen”, etc. Em Portugal, como em outros países, a doutrina tem utilizado, indiferentemente, as expressões “contratos de adesão”, “condições gerais dos contratos”, “cláusulas contratuais gerais”.

Mas a lei portuguesa de 1985, por influência da “AGB-Gesetz”, utilizou esta última expressão (“cláusulas contratuais gerais” = “allgemeine Geschäftsbedingungen” = “conditions générales du contrat”). E o problema não é meramente linguístico. É que a fórmula contratos de adesão, já o sabemos, é *mais ampla*, bastando que as cláusulas tenham sido pré-formuladas por uma das partes e a outra não tenha podido influir no seu conteúdo. Não se exige a intenção uniformizadora (cláusulas pré-elaboradas para um número “indeterminado” ou para um número “múltiplo” [*Vielzahl*] de contratos) subjacente à expressão *condições gerais*, utilizada pelas leis portuguesa e alemã.

Ora, do art. 3 da Directiva resulta que esta se aplicará mesmo que a cláusula não tenha sido redigida com vista a uma utilização generali-

zada (este último requisito só é exigido para o controlo estabelecido no art. 7, n.º 2). O que levanta(va) o problema de saber se a lei portuguesa (tal como a “AGB-Gesetz”) teria de ser modificada neste ponto. Veremos mais à frente o que fez o legislador de 1995 — e, posteriormente, o legislador de 1999.

As insuficiências da Directiva não têm a ver apenas com o seu *limitado* campo de aplicação, restrito aos contratos entre profissionais e consumidores. Também a respeito dos *meios de controlo* consagrados a Directiva ficou aquém do que seria desejável.

Como já disse, os contratos de adesão levantam, fundamentalmente, três tipos de problemas, pelo que as soluções devem actuar através de três formas de controlo: sobre o consentimento, sobre o conteúdo das cláusulas e no plano processual. Ora, se é certo que a Directiva deu passos importantes, ela ficou, contudo, a meio caminho.

Na verdade, a Directiva não estabelece regras sobre a formação do acordo, ou seja, regras destinadas a combater o risco de se celebrar um contrato *sem conhecimento* de várias cláusulas desse contrato. Limita-se a consagrar, no art. 5, de forma tímida e quase *en passant*, a obrigação de as cláusulas serem redigidas “de forma clara e compreensível” (a que também alude no art. 4.º, n.º 2, *in fine*) e o princípio da “interpretação mais favorável ao consumidor” (*in dubio pro consumatore; in dubio contra stipulatorem*).

A Directiva deveria ter consagrado, por exemplo, como fez a lei portuguesa (arts. 4.º-9.º e 10.º-11.º, semelhantes ao §§ 2-7 da lei alemã), *deveres de comunicação*, prévia e na íntegra, das cláusulas contratuais gerais; *deveres de informação e de esclarecimento*; e regras contra *cláusulas de surpresa* e contra cláusulas inseridas em formulários *depois da assinatura* do contrato. Com a consequência de que o não cumprimento de tais deveres e regras *impede* que as cláusulas possam ser invocadas — ou seja, essas cláusulas *não fazem parte do contrato, não houve acordo sobre elas*.

É esta uma primeira forma de controlo, ainda que pouco eficaz, destinada a proporcionar o *conhecimento prévio* das cláusulas pré-fixadas e o *esclarecimento* de quem se limita a aderir a elas. Ao mesmo tempo, a consagração de tais deveres terá um efeito *dissuasor* sobre a empresa que recorre a cláusulas standard. A directiva ficou aquém do

que seria de esperar — as regras consagradas no art. 5 são *insuficientes*.

Mas o controlo mais eficaz, como já disse, é o que se exerce directamente sobre o *conteúdo* do contrato. Para o efeito, a lei deve *proibir* as *cláusulas abusivas*. É o que faz a Directiva, nos arts. 3, 4 e 6, bem como, no anexo, na lista de cláusulas que *presume* abusivas.

Este foi, sem dúvida, um passo importante que a Directiva deu. Mas também aqui me parece que a directiva deveria ter ido mais longe. O sistema de controlo da lei portuguesa é mais completo, exigente e rigoroso, como expliquei.

Por último, no que toca às providências a consagrar no plano processual, a Directiva prevê efectivamente, no art. 7, que os Estados-membros adoptem medidas desta índole. Tais medidas só se aplicarão quando as cláusulas tiverem sido “redigidas com vista a uma utilização generalizada”, ou seja, quando se estiver perante cláusulas “standard”, perante “cláusulas contratuais gerais” (“AGB”; “conditions générales du contrat”).

Pretende-se, com medidas desta natureza, como já referi, *superar* o inconveniente de a aplicação da lei, no comum dos casos, depender da *iniciativa* processual do lesado, que muitas vezes não arriscará envolver-se num litígio judicial contra uma empresa. Em segundo lugar, procura-se, com estas medidas, ultrapassar a dificuldade de a decisão do tribunal só produzir efeito para o *caso concreto* que julgou. Por último, um controlo deste tipo constitui uma forma adequada de fiscalizar cláusulas que são redigidas não para um só contrato, antes para um número *múltiplo* ou *indefinido* de contratos.

Esta é, pois, uma medida muito importante da Directiva — e que a lei portuguesa também já consagrara em 1985, através da chamada “acção inibitória”, como expliquei.

6. O Decreto-Lei n.º 220/95

Em 31 de Agosto de 1995 foi publicado o Decreto-Lei n.º 220/95. Assim, dez anos depois, o Decreto-Lei n.º 446/85 (que introduziu no ordenamento jurídico português o regime da fiscalização judicial das cláusulas contratuais gerais) foi alterado. O motivo dessa alteração foi

a transposição da Directiva 93/13/CEE. Mas o legislador aproveitou a oportunidade para modificar outras normas, não por força da Directiva, antes porque os dez anos de vigência da lei trouxeram alguns ensinamentos.

A meu ver, a maior dificuldade posta pela Directiva respeitava ao facto de esta, no art. 3, parecer desejar aplicar-se sempre que uma cláusula não tenha sido objecto de “*negociação individual*”, o que normalmente acontece quando ela haja sido “*redigida previamente*”. Daí que se suscitasse o problema de saber se a lei portuguesa de 1985, sobre “cláusulas contratuais *gerais*”, careceria de ser alterada neste ponto, a fim de passar a abranger *todos os contratos de adesão*, ainda que faltassem às cláusulas predispostas os requisitos da generalidade e indeterminação, isto é, ainda que as cláusulas tivessem sido pré-elaboradas tendo em vista um determinado contrato e não uma série ou um número múltiplo de contratos de certo tipo.

É que da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art. 3 da Directiva resulta que esta pretende abranger as cláusulas redigidas previamente e a que o consumidor se limita a aderir, sem que as mesmas cláusulas tenham necessariamente que revestir os requisitos da generalidade e abstracção ou ter sido redigidas a fim de o predisponente uniformizar uma série indeterminada ou múltipla de contratos. Numa palavra, para este efeito, no sistema consagrado pela Directiva é a *ausência de “negociação individual”* que define o seu campo de aplicação.

Poder-se-ia entender que talvez não fosse indispensável alterar a lei portuguesa só por esta razão. Isto porque pode sustentar-se que só a *acção inibitória*, pela sua natureza e finalidades, pressupõe necessariamente a existência de cláusulas contratuais *gerais*. E neste aspecto não haveria desconformidade com a Directiva, pois também ela parte do princípio de que tais medidas só se aplicarão a cláusulas contratuais “redigidas com vista a uma *utilização generalizada*” (art. 7.º, n.º 2). As outras formas de controlo da lei portuguesa (sobre o consentimento e sobre o conteúdo das cláusulas), pela sua *razão de ser*, poderiam aplicar-se ou estender-se a contratos de adesão em que as cláusulas da empresa tivessem sido *pré-formuladas* — ainda que só para *determinado contrato* — e em que, portanto, não tivesse havido (possibilidade de) “*negociação individual*”. Esta foi a posição para que me inclinei,

antes de a lei de 1995 ter sido publicada, embora sempre tivesse afirmado que, por razões de certeza, poderia ser vantajoso alterar o art. 1.º ou acrescentar, em todo o caso, alguma norma, ampliando, na sua letra, a lei, a fim de que não existissem dúvidas sobre a sua aplicação às situações compreendidas no art. 3.º da Directiva.

Ora, a verdade é que entretanto surgiu um novo diploma — mas que não veio esclarecer devidamente este ponto, *exactamente aquele que mais dúvidas suscitava perante a Directiva*. Na minha opinião, de duas uma: ou o legislador não intervinha, por entender que não valia a pena “mexer” no Decreto-Lei n.º 446/85; ou, se intervinha, ainda que também por outras razões, deveria ter tratado convenientemente este problema, o que me parece que não fez!

Na sua versão inicial, a lei falava, no art. 1.º, de cláusulas contratuais gerais elaboradas “*de antemão*”; esta expressão foi substituída por cláusulas contratuais gerais elaboradas “*sem prévia negociação individual*”. A modificação foi correcta, é mais expressiva e corresponde à Directiva. Mas subsistia o problema de saber se isso bastava para que a lei se aplicasse ou se, pelo contrário, seria ainda necessário que se tratasse de cláusulas contratuais que revestissem o requisito da *generalidade e indeterminação*. Creio que a resposta para o problema continuaria a ser aquela para que eu já antes da modificação da lei me inclinava — aplicação da lei mesmo que tais requisitos não se verificassem, posição que poderá reforçar-se com o princípio da *interpretação em conformidade com a Directiva*, ao menos no âmbito das relações com consumidores —, mas o certo é que o legislador, tendo intervindo, deveria ter encarado e resolvido de forma clara e inequívoca esse problema. E poderia ter bastado, para este efeito, uma simples norma que mandasse aplicar a lei (excepto as disposições sobre a acção inibitória) a todas as cláusulas redigidas previamente, nos termos acima expostos, ao menos nas relações com os consumidores finais¹¹.

¹¹ Toda esta matéria relativa ao problema da transposição da Directiva pelo Decreto-Lei n.º 220/95, mormente no tocante ao ponto em análise e aos argumentos susceptíveis de serem utilizados para conseguir o resultado querido pelo legislador comunitário, foi por nós tratada nos trabalhos referidos na nota 9. A estes haverá que acrescentar a posição por nós reafirmada na Revista “Actualidade Jurídica”, Ano I, n.º

Quanto ao mais, as alterações a que se procedeu, *por força da Directiva*, não foram muitas nem muito significativas — o que se compreende, pois a lei portuguesa já consagrava, no essencial, os objectivos e as medidas que a Directiva veio impor. E saúda-se ter sido esta a lei aprovada, mantendo o rigor técnico, a contenção e a articulação sistemática indispensáveis a um texto desta índole. Houve, de todo o modo, algumas modificações, retoques e aditamentos: nuns casos, importados da Directiva; noutros, por razões ligadas a uma pretendida melhoria da lei.

Há, no entanto, duas novas e importantes medidas que o Decreto-Lei de 31 de Agosto tomou e que merecem ser destacadas e aplaudidas, a par de outras que suscitam alguns reparos. Vou referir-me apenas às primeiras, pelo significado que contêm, e que correspondem, aliás, a apelos que eu já tinha feito¹².

Na sua versão de 1985, a lei *excluída do seu campo de aplicação* as “cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada” (art. 3.º, n.º 1, al. c)). Este preceito era demasiado amplo, levando a que a lei, aparentemente, deixasse de se poder aplicar a alguns dos casos em que essa aplicação mais se justificaria: por ex., a contratos de seguros, a contratos de fornecimento de água, gás, telefone, a contratos bancários, etc. E isto porque existem, nesses domínios, entidades públicas com poderes de fiscalização sobre as empresas que celebram tais contratos. Embora me parecesse que aquela fórmula legal permitia interpretações susceptíveis de *corrigir* o seu alcance literal demasiado amplo, a verdade é que o melhor seria *revogá-la*, por não se justificar. E foi o que o legislador acabou precisamente de fazer, o que é de saudar.

11, Fevereiro de 1998, p. 3,ss 5-7, bem como, mais recentemente, na Conferência de 1 de Julho de 1999, em Bruxelas (cfr. *supra*, nota 2), que consta do nosso texto sobre *La Directive “clauses abusives”, 5 ans après — l’intégration de la Directive 93/13 dans le système législatif portugais* (pp. 71-78 da publicação da Comissão Europeia ou pp. 523-536 do “Boletim da Faculdade de Direito”, Coimbra, 1999).

¹² Quer no Congresso, no Porto, da UCP, em Abril de 1995, sobre “Responsabilidade civil: o presente e o futuro” (a respeito do art. 3.º, n.º 1, al. c)), quer no nosso *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 762 (a respeito do registo e da publicidade da sentença).

Uma outra dificuldade, cuja solução a lei de 1985 adiara, era de não se ter previsto um serviço de *registo* das cláusulas contratuais gerais proibidas por decisão judicial. Este serviço veio a ser previsto pelo Decreto-Lei n.º 220/95 (art. 35.º), com a obrigação de os tribunais remeterem a esse serviço cópia das decisões transitadas em julgado que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou declarem a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares. Também esta é uma medida de aplaudir, pois a *publicidade* do registo contribuirá para facilitar o *conhecimento* de tais cláusulas e das decisões judiciais que as tenham proibido ou declarado nulas.

7. O Decreto-Lei n.º 249/99

Entretanto, em 7 de Julho de 1999 foi publicado o Decreto-Lei n.º 249/99. Este diploma visou, no essencial, sanar o diferendo com a Comissão Europeia, por, no entender desta, o legislador português não ter transposto devidamente a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril.

Estava em causa, fundamentalmente, o problema — já por nós analisado neste e em outros trabalhos anteriores¹³ — de a Directiva pretender abarcar todos os contratos de adesão (entre profissionais e consumidores), ao passo que a lei portuguesa, sendo uma lei sobre as cláusulas contratuais gerais, só se aplicaria, aparentemente, aos contratos de adesão celebrados *através desta via*, isto é, aos contratos de adesão que tivessem por base cláusulas contratuais gerais. Daí que, aparentemente pelo menos — e contrariando o legislador comunitário —, a lei portuguesa não se aplicasse (?) quando às cláusulas pré-elaboradas faltassem os requisitos da generalidade e indeterminação (ainda que o contrato fosse de adesão, verificando-se os requisitos das pré-disposição, unilateralidade e rigidez).

A dúvida que suscitamos tem a ver com a posição que vínhamos subscrevendo, que tendia já, antes da alteração de 99, para a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 (excepto a acção inibitória) *a todos os con-*

¹³ Cfr., *supra*, n.ºs 2 (os dois últimos parágrafos), 3, 5 e 6, bem como as notas (9) e (11).

tratos de adesão e não apenas àqueles que fossem celebrados através de cláusulas contratuais gerais. E isto por três ordens de razões, que passamos a expor em termos simples¹⁴.

Poderá dizer-se, desde logo, que essa seria a solução compatível com o silêncio da lei, que seria assim um *silêncio eloquente*, pois o legislador de 95 quis transpor a directiva, foi esse o “objectivo básico” do Decreto-Lei n.º 220/95, como se afirma no Preâmbulo do diploma — ora, não se tendo tocado neste ponto, dir-se-á que isso revelava um entendimento segundo o qual a lei *já se aplicaria* a todos os contratos de adesão, não sendo indispensável alterá-la. Depois, em segundo lugar, à mesma solução conduzia o princípio da *interpretação da lei em conformidade com a Directiva*, ainda que tão-só no domínio em que este princípio é susceptível de ser invocado. Por último, e fundamentalmente, porque nos parece que era esta a solução que mais se harmonizava com a *ratio legis*.

Na verdade, no tocante a este último argumento, parece-nos que a razão decisiva destes limites *acrescidos* à liberdade contratual é a *ausência de negociações*. É certo que há *outras razões* a justificar esses limites acrescidos, com destaque para as que sublinham a *dimensão colectiva* do fenómeno e o *afastamento do direito supletivo e das concepções de justiça que lhe subjazem* através de um “*diktat*” *unilateral, organizado e sistemático*¹⁵. Tudo isto é correcto. Mas importa proceder a distinções importantes, *consoante o tipo de problemas e a modalidade de controlo em causa*.

¹⁴ Acompanhamos a posição expressa na entrevista que demos à Revista *Actualidade Jurídica*, Ano I, n.º 11, Fevereiro de 1998, pp. 3-8, esp. 5-6, e já antes, nos nossos trabalhos sobre *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, cit., pp. 95-96, 98-99 e 101, e *La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal*, cit., pp. 200-201.

¹⁵ Aspecto já devidamente realçado por MOTA PINTO, *Contratos de adesão*, cit., p. 130, e a que, na actualidade, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, cit., pp. 456, ss, confere especial ênfase e desenvolvimento no contexto da sua posição, que privilegia a dimensão colectiva na busca das razões que justificam “*a especificidade distintiva*” das cláusulas contratuais gerais e do regime legal consagrado.

Com efeito, estamos em crer que é fundamentalmente a *pré-elaboração* das cláusulas e a *ausência de negociações* que justificam as medidas de controlo no plano da *formação do contrato* — mormente os especiais deveres de comunicação e de informação e as regras sobre “cláusulas-surpresa” —, bem como as medidas que integram o *controlo do conteúdo*, pela consagração de um vasto elenco de *cláusulas absoluta e relativamente proibidas*.

Já o *controlo preventivo* actuado através da *acção inibitória*, porém, só releva perante *cláusulas contratuais gerais*, isto é, perante cláusulas que preencham os requisitos da *generalidade e indeterminação*. Pois se as cláusulas, apesar da sua *pré-elaboração* e rigidez, se destinarem a um só contrato ou a uma única utilização, deixa de poder funcionar o controlo preventivo que a *acção inibitória* visa. Aqui, sim, é fundamentalmente a *dimensão colectiva* que justifica esta forma de controlo. Por isso a própria Directiva 93/13/CEE, no seu art. 7.º, faz depender a consagração de medidas desta índole de cláusulas “redigidas com vista a uma utilização *generalizada*” (n.º 2).

Em contrapartida, todavia, faz sentido exigir o cumprimento dos especiais deveres de comunicação e informação, por exemplo, bem como o respeito pelas proibições legalmente consagradas, ainda que às cláusulas, desde que *pré-elaboradas*, faltem os requisitos da generalidade e indeterminação, se não houver *negociações individuais*. Cremos que as preocupações são idênticas, num e noutro caso. A *falta de participação* do aderente na elaboração das cláusulas e a *falta de negociações* — melhor, o afastamento da *possibilidade* de participar em qualquer desses momentos — justificam que sejam combatidos os riscos acrescidos de *desconhecimento* das cláusulas e do seu teor *abusivo* ou *injusto*, através das medidas de controlo que a lei previu. Do ponto de vista da tutela do aderente, é irrelevante que tais cláusulas se destinem apenas a si ou a uma generalidade de contratos.

É que num contrato negociado, *rectius*, num contrato em que existe a possibilidade de negociar com o parceiro, cada uma das partes tem a *possibilidade* de se defender, de acautelar os seus interesses, de compartilhar na modelação do contrato; se não o faz, *podendo fazê-lo*, dir-se-á que *sibi imputet*. Já não assim, porém, se não houver negociações, melhor, se não houver a *possibilidade* de negociar as cláusulas do contrato, o que sucede

quando um contraente se limita a ter de aderir, se quiser contratar, a cláusulas *pré-elaboradas* por *outrem e sem possibilidade de as alterar*.

Falha, neste caso, a *possibilidade* de o aderente defender os seus interesses, de contribuir autonomamente para a conformação do contrato: o *acordo* de vontades, *alma* do contrato, mais não traduz, de facto, do que a *imposição* da vontade e dos interesses de uma das partes. Daí os limites *acrescidos*: se ao aderente não é dada a *possibilidade* de se defender *pelos seus próprios meios*, terá de ser o legislador a *compensar* essa falha, intervindo a fim de evitar abusos. O mecanismo contratual *não funciona* ou funciona *mal* em tais casos, fracassando concomitantemente o *modelo* de justiça contratual a que conduz. Daí, repete-se, os limites *acrescidos* à liberdade contratual, *impondo-se* deveres ou *proibindo-se* cláusulas, em contratos de adesão, *diferentemente* do que sucederia em contratos negociados.

Ora, se é assim, como a *ausência de negociações*, com tudo o que isso significa e implica, se verifica em *todos os contratos de adesão*, e como é ela que constitui a *razão de ser* das especiais medidas de controlo consagradas na lei (salvo a acção inibitória), estas medidas serão (ou seriam já) de aplicar *a todos os contratos de adesão e não apenas àqueles que sejam* (ou *fossem*) *celebrados através de cláusulas contratuais gerais*. Assim sendo, conseguir-se-ia, por via hermenêutica, o *resultado* pretendido pela Directiva.

De todo o modo, mesmo que esta nossa posição estivesse correcta, não temos objecções a que o problema tenha entretanto vindo a ser esclarecido *por via legislativa*. Esta foi, aliás, a posição para que sempre nos inclinámos, considerando, além do mais, as dificuldades e insegurança suscitadas pela solução do problema por *via interpretativa*¹⁶. Do que já discordamos, porém, é do modo *pouco feliz* por que o problema foi solucionado (?) pelo Decreto-Lei n.º 249/99¹⁷.

¹⁶ *De iure condendo*, parecia-nos, pois, que a lei deveria esclarecer este ponto, sem prejuízo, todavia, *de iure condito*, de as soluções consagradas (salvo a acção inibitória) deverem desde logo aplicar-se a todos os contratos de adesão. Ver os nossos trabalhos citados na nota (14).

¹⁷ É só este ponto que vamos abordar (e a passo rápido), ainda que o diploma também introduza modificações aos arts. 11.º e 23.º, no tocante às cláusulas ambíguas e ao

E uma primeira observação que não pode deixar de fazer-se tem a ver, em geral, com a menor qualidade e rigor do texto da lei, a começar logo pelo Preâmbulo do diploma. Entre outros reparos (como, por ex., o *incorrecto* modo de *citar* a Directiva, o que, infelizmente, vai constituindo prática generalizada do Diário da República!), cremos que é de lamentar que o legislador de 99 *não saiba* ou se tenha *enganado* quanto à data do Decreto-Lei n.º 220/95, que não é de 31 de Janeiro, como se diz no Preâmbulo, mas de 31 de Agosto! É certo que o Decreto-Lei n.º 220/95 saiu com essa incorrecção na epígrafe — mas foi logo *rectificado* pela Declaração de Rectificação n.º 114-B/95 (DR, I Série-A, n.º 201/95, Suplemento, de 31 de Agosto), além de que bastava reparar na data do Diário da República em que foi publicado (31 de Agosto de 1995) para de imediato se detectar aquele lapso.

Mais grave do que isso, porém, foi o *modo* por que o legislador de 1999 decidiu transpor o art. 3.º da Directiva. O art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, passou a ter a seguinte redacção, por força do Decreto-Lei n.º 249/99: “*O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*”. Teríamos claramente preferido — como chegámos a dizer¹⁸ — uma alteração semelhante à que o legislador alemão introduziu à *AGB-Gesetz*, aprovada em 19 de Julho de 1996 (§ 24 a, n.º 2). Pois do que se trata é de *estender as soluções da lei das cláusulas contratuais gerais* (menos a acção inibitória) *aos contratos de adesão a cujas cláusulas faltem os requisitos da generalidade e indeterminação*, nos termos já explicados.

Tal como foi aprovado, o actual n.º 2 do art. 1.º suscita várias reservas. A expressão “*contratos individualizados*”, desde logo, não

direito de conflitos aplicável, respectivamente. Mas vamos limitar-nos, repito, à modificação consagrada no actual n.º 2 do art. 1.º, através da qual o legislador de 1999 achou por bem ultrapassar as dificuldades colocadas pela Directiva 93/13/CEE.

¹⁸ Cfr. os nossos trabalhos sobre *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, cit., pp. 99 e 101, e *La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal*, cit., p. 201.

merece a nossa simpatia e *destoa* dos restantes preceitos da lei, onde não volta a ser utilizada¹⁹.

Depois, há uma *contradição* no seio do próprio n.º 2, no tocante ao *tempo verbal* utilizado. Na verdade, a lei fala de “cláusulas *inseridas* em contratos individualizados”, e não de cláusulas a inserir, o que não se coaduna com o tempo verbal utilizado no termo da frase: “o destinatário *não pode* influenciar”. Pois se se trata de cláusulas (já) “*inseridas*”, o verbo deveria vir no passado — que o destinatário *não pôde* influenciar — e não no presente! Mero lapso? Ou será que se pretende ver as cláusulas inseridas, isto é, incluídas no “contrato” que se apresenta ao aderente, *antes* da sua celebração? Só que, a ser assim, deveria falar-se de *proposta* e não de “contrato”!

Ainda a respeito da expressão “não pode influenciar”, ficamos sem saber porquê! A lei aplica-se igualmente a cláusulas “cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” — *mas não pode influenciar porquê?* Porque há ou houve coacção moral do outro contraente? Por erro do destinatário? Por dolo daquele? Em suma, que limitações, de facto ou de direito, impedem o destinatário de influenciar o conteúdo das cláusulas? Porque elas foram elaboradas “*sem prévia negociação individual*” e não vão poder ser discutidas, negociadas, pela contraparte, à *qual nada mais resta do que limitar-se a ter de as “subscrever ou aceitar”*? Mas se é assim, como parece, *isso estava já no n.º 1 do mesmo art. 1.º*, não se aplaudindo a técnica utilizada pelo (novo) n.º 2, que se afigura *demasiado apegado*, nesse ponto, à letra do art. 3.º, n.º 2, da Directiva.

De todo o modo, não parece que a lei pretenda abranger — “*rectius*”, seja de aplicar a — contratos que não sejam de *adesão*, só pelo facto de terem por base uma qualquer proposta previamente elaborada que o destinatário não pôde influenciar... Seria ir longe demais, apesar de também a Directiva, pela sua imprecisão e falta de rigor, não deixar de poder constituir suporte para tal...²⁰

¹⁹ Só no n.º 1 do art. 1.º se fala em “*negociação individual*”, mas para contrapor à negociação colectiva, que não afasta a aplicação do diploma (salvo na medida em que seja abrangida pelas excepções do art. 3.º, al. e)).

²⁰ Sobre o ponto, cfr. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München, 1997, p. 787.

Uma outra dúvida é suscitada pelo termo “*destinatário*”. Tal como está, depreende-se que o novo n.º 2 se aplica *qualquer que seja a qualidade do “destinatário”*, simples consumidor ou não. O que se *harmoniza* com aquele que era já o âmbito de aplicação do Decreto-lei n.º 446/85, desde o início, que nunca se limitou a disciplinar as relações com consumidores. É certo que a Directiva visa apenas os contratos entre profissionais e consumidores (art. 1.º, n.º 1). Mas isso não impede que o legislador interno vá mais longe, como parece ter ido. Teria sido útil, de todo o modo, uma explicação no Preâmbulo do diploma. Até porque a lei alemã, que também não limita o seu campo de aplicação às relações com consumidores, *restringiu* a alteração de 96, todavia, aos *contratos com consumidores* (“*Verbraucherverträge*”: § 24 a).

Por último, o actual n.º 2 do art. 1.º, ao alargar o âmbito material de aplicação da lei, não exceptuou a *acção inibitória*. Parece-nos, contudo, pelas razões já antes enunciadas, que o controlo preventivo actuado através da acção inibitória pressupõe *cláusulas contratuais gerais*, só neste caso ganhando relevo e razão de ser. É significativo que o § 24a da *AGB-Gesetz*, introduzido em 1996 para dar cumprimento à Directiva, não incluía, entre os preceitos que manda aplicar aos *Verbraucherverträge*, os §§ 13 e ss, que equivalem, na lei alemã, aos arts. 25.º e ss da lei portuguesa sobre a acção inibitória.

8. Conclusão

Aqui fica, para concluir, nas suas linhas gerais, um retrato das soluções consagradas pela lei portuguesa, desde a sua versão inicial, de 1985, até à versão actualmente em vigor, após as modificações operadas em 1995 e em 1999. Pese embora esta última reforma, em termos menos felizes, a lei acolhe soluções que me parecem francamente positivas e adequadas aos principais problemas que este modo de contratação levanta.

Haverá, todavia, que prosseguir o caminho aberto pela acção inibitória, sendo no *plano preventivo e abstracto*, independente da posição que possa tomar o singular aderente de uma relação negocial concreta, que importa sobretudo insistir, “*maxime*” quando se pretenda *defender eficazmente o consumidor*.

Finalmente, quanto à *law in the courts*, importa referir que é hoje significativa e importante a jurisprudência publicada neste domínio, o que faz dela, nesta medida, uma efectiva *law in action*.

**ANTEPROJECTO DE DIPLOMA
DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 1999/44/CE
PARA O DIREITO PORTUGUÊS
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS E ARTICULADO ***

PAULO MOTA PINTO

Juiz do Tribunal Constitucional e Assistente da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário

I. Nota prévia; II. Necessidade de transposição da Directiva; III. Âmbito material da intervenção: 1. Transposição com âmbito idêntico ao da directiva; 2. Transposição geral, com previsão apenas das especificidades para as relações com os consumidores; IV. Sede formal da transposição; V. Motivação das soluções a adoptar: a) Alterações ao Código Civil: 1. Dever de entrega da coisa sem defeitos e sem ónus ou limitações de direito; 2. Alargamento do âmbito do cumprimento defeituoso; 3. Epígrafes e estrutura da regulamentação; aa) Ónus ou limitações do direito: 4. Resolução do contrato; 5. Extinção do direito de resolução e obrigação de expurgação dos ónus ou limitações; 6. Indemnização; 7. Redução do

* O presente texto corresponde, no essencial, ao anteprojecto elaborado, em Novembro e Dezembro de 2001, a pedido do Senhor Secretário de Estado para a Defesa do Consumidor, e publicado pelo Instituto do Consumidor, com o título *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda*. Fizeram-se ligeiras modificações, aproveitando os resultados da audição promovida pelo Governo e considerando que, entretanto, o procedimento legislativo foi interrompido pela cessação de funções do Governo.

preço; 8. Disposições supletivas; 9. A questão do concurso com o regime dos vícios da vontade e da impossibilidade originária; bb) Defeitos da coisa: 10. Definição dos defeitos relevantes; 11. Momento relevante para a apreciação do defeito; 12. Presunção de anterioridade do defeito à entrega; 13. Reparação e substituição da coisa; 14. Indemnização; 15. Prazos; 16. Extensão à empreitada de construção ou fabrico de coisas móveis; 17. Limitação da remissão para as regras do não cumprimento; 18. Venda de animais defeituosos; 19. Garantia de bom funcionamento; b) Alterações à Lei de Defesa dos Consumidores: 1. Regime das garantias voluntárias; 2. Remissão para o regime comum contido no Código Civil; 3. Defeitos de instalação ou das instruções para instalação; 4. Perecimento ou deterioração da coisa por motivo não imputável ao comprador; 5. Manutenção da garantia de um ano e cinco anos; 6. Suspensão dos prazos; 7. Imperatividade e limitação da escolha de lei; 8. Responsabilidade directa do produtor; 9. Direito de regresso; c) Transposição dos artigos 9.º e 10.º da Directiva; d) Entrada em vigor; VI. Articulado: 1.ª possibilidade — Transposição por alteração do Código Civil e da Lei de Defesa do Consumidor; 2.ª possibilidade (desaconselhada) — Transposição em diploma avulso.

I — NOTA PRÉVIA

A Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas deveria ser transposta para a ordem jurídica portuguesa até 1 de Janeiro de 2002 (artigo 11.º), devendo os Estados-membros informar imediatamente da transposição a Comissão Europeia, e comunicar-lhe o texto das disposições de direito interno que adoptarem no domínio abrangido pela Directiva.

O fim do prazo de transposição e o compromisso de elaboração de um anteprojecto por forma a que tal prazo não seja ultrapassado em muito explicam que se tenha prescindido de uma análise doutrinal mais vasta e desenvolvida de toda a problemática do cumprimento defeituoso na compra e venda (e na empreitada de construção ou fabrico de coisas móveis).

Assim, dedicamos, apenas, algumas considerações (II) à recapitulação dos resultados da comparação do regime da Directiva com o direito português vigente — a que se procedeu noutra lugar¹ — e ao tratamento do âmbito (III) e da sede (IV) adequados para a transposição da Directiva.

Apresentam-se dois articulados em alternativa, correspondentes a duas possibilidades de transposição:

¹ Para maiores desenvolvimentos, v. o nosso “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, n.º 2, 2000, pp. 247 e s. Em especial sobre o direito de regresso previsto no artigo 4.º da directiva, v. “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”, em curso de publicação nos “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, organizados pela Universidade Católica Portuguesa, e na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, I, Janeiro de 2002.

A Directiva 1999/44/CE foi objecto de discussão em dois seminários sobre a protecção do consumidor na ordem jurídica portuguesa, organizados em Coimbra (em 25 de Março de 2000 e em 24 de Março de 2001) pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Judiciários, e no colóquio sobre “Desconformidade e garantias na compra para consumo”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e pelo Instituto do Consumidor, que se realizou em Lisboa em 28 de Junho de 2001.

Discutimos em especial as opções do legislador português quanto à transposição em “Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português” (em curso de publicação na *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*), em termos que, em grande parte, se retomam de seguida. V. também Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente” e ID., “Questões a resolver na transposição da Directiva e respostas dadas no colóquio”, II, 2, em curso de publicação na *Themis*, conjuntamente com outros textos que serviram de base a intervenções no referido colóquio: DÁRIO MOURA VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”; Pedro ROMANO MARTINEZ, “Empreitada de consumo”; Rui PINTO DUARTE, “O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo”. Cf. também, sobre a Directiva, Jorge PEGADO LIZ, “Acerca das garantias a venda de bens de consumo. Da perspectiva comunitária ao direito interno português”, *Forum Iustitiae*, n.º 8, Janeiro de 2000, pp. 50 e ss. E, agora, também João CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e Segurança)*, Coimbra, 2001, esp. pp 131-168.

- uma primeira possibilidade, de transposição da Directiva generalizando, tanto quanto possível e conveniente, a respectiva disciplina, através de alterações ao Código Civil e, para as relações com os consumidores, à Lei de Defesa do Consumidor;
- uma segunda proposta, para transposição da disciplina da Directiva *qua tale* — isto é, com o âmbito subjectivo e objectivo da directiva, e num diploma avulso aprovado adrede, que subsistiria ao lado do regime civil geral.

Devemos deixar bem claro, porém, que, destas duas possibilidades, a segunda é fortemente desaconselhada, apenas se formulando para a hipótese de se entender que uma transposição da Directiva que não envolva alterações ao Código Civil ou à Lei de Defesa dos Consumidores (LDC — Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) pode apresentar atractivos no plano político.

A exposição de motivos (V) reporta-se, aliás, apenas à primeira possibilidade referida, a qual é a única que podemos recomendar.

II — NECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA

Na sequência da interpretação e análise do conteúdo da directiva e da sua comparação com o direito português vigente, podemos concluir que é necessária uma intervenção legislativa para transposição da directiva, uma vez que, em vários aspectos, a nossa ordem jurídica não corresponde ainda às suas exigências.

É o que acontece, antes de mais (e deixando de lado, por definitório, o artigo 1.º), com o disposto no artigo 2.º, em relação ao alcance da noção de “falta de conformidade com o contrato”.

Na verdade, este artigo 2.º, n.º 1, estabelece a obrigação de entrega da coisa em conformidade com o contrato de compra e venda. À directiva está subjacente uma concepção abrangente e unitária do (cumprimento, e, também, do) não cumprimento na compra e venda, que ultrapassa uma sua limitada dissecação nas categorias da “impossibilidade de cumprimento”² e “mora”, imputável ou não ao devedor.

² A noção de impossibilidade de cumprimento acabou, aliás, por ser recuperada

Tal como a Convenção de Viena sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, e vários outros diplomas³, o legislador comunitário utiliza assim o conceito de conformidade com o contrato de compra e venda (e não directamente com as expectativas do comprador⁴), em lugar das noções de “defeito”, “vício” ou “falta de

na reforma alemã do direito das obrigações recentemente aprovada (de forma definitiva, pelo *Bundestag*, em 11 de Novembro do corrente ano), depois de propostas mais antigas defenderem a sua eliminação. Tal recuperação verificou-se na sequência da intervenção na reforma de Claus-Wilhelm CANARIS, distinguindo entre a função da “impossibilidade de cumprimento” como fundamento de indemnização, que seria dispensável (cfr., aliás, curiosamente, a referência ampla à “falta culposa ao cumprimento” no artigo 798.º, e ao cumprimento defeituoso no artigo 799.º do nosso Código Civil), e a sua função como fundamento para a extinção do vínculo obrigacional, que seria de manter. V. Claus-Wilhelm CANARIS, “Zur Bedeutung der Kategorie der” Unmöglichkeit “für das Recht der Leistungsstörungen”, in Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (orgs.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, pp. 52 e ss., ID., “Das allgemeine Leistungstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes”, *Zeitschrift f. Rechtspolitik*, 2001, pp. 329-36, e ID., “Zur Reform des Rechts der Leistungstörungen”, pp. 499 e ss do n.º 10 de 2001 do *Juristenzeitung*, dedicado à reforma do direito das obrigações. Em geral sobre a transposição, v. Claus-Wilhelm CANARIS, “Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland” (versão alemã da conferência no simpósio internacional “L’attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa”, realizado em Pádua em 15 de Setembro de 2001, cuja tradução portuguesa se encontra publicada no presente n.º dos *Estudos de direito do consumidor*).

³ V. o artigo 35.º da Convenção de Viena e os artigos 17.º e 18.º do livro 7 do Código Civil holandês (“conformiteit”). Note-se que uma obrigação de conformidade ao contrato já é prevista na “Lei uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias” (artigos 18.º e 19.º), aprovada pela Convenção da Haia de 1964, que foi ratificada por Portugal. Em rigor, tal conceito de conformidade nem sequer representaria, pois, inteiramente uma novidade para o nosso direito, podendo, pois, até ao nível conceitual, confirmar-se o teor do considerando 7 da directiva, segundo o qual “o princípio de conformidade com o contrato pode ser considerado como uma base comum às diferentes tradições jurídicas nacionais”.

Uma análise da noção de conformidade como “relação deontica entre o referente, segundo o texto, e objecto do acto executivo”, relacionando com a noção de desconformidade (como “o resultado negativo de uma aferição pelos valores de conformidade”) o não cumprimento e o cumprimento defeituoso e o regime da venda de coisas defeituosas, encontra-se em Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Coimbra, 1992, pp. 635 e ss.

⁴ O legislador comunitário não seguiu, pois, a sugestão efectuada no *Livro verde*

qualidade” da coisa vendida (as duas primeiras, pelo menos, mais “substancialistas”, e não referentes apenas ao padrão contratual devido), ou, em geral, de não cumprimento, inadimplemento ou inexecução do contrato.

Ora, admite-se que não resulta da directiva uma imposição de introdução do próprio *conceito* de “conformidade com o contrato” (outra coisa é saber se ele seria recomendável⁵), já implícito, aliás, no princípio geral de que os contratos devem ser pontualmente cumpridos, consagrado no artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil, e na previsão da obrigação de entrega da coisa, nos artigos 879.º, alínea b) e 882.º do mesmo diploma. Ponto é, porém, que os direitos reconhecidos ao comprador/consumidor para a hipótese de não cumprimento da compra e venda (ou, noutra formulação, para a hipótese de venda de coisas defeituosas) sejam feitos emergir da existência de um “defeito”, “vício” ou “falta de qualidade”, definidos em termos *substancialmente equivalentes* aos da falta de conformidade na directiva.

sobre as garantias dos bens de consumo e os serviços pós-venda, COM (93) 509, final, pp. 109 e s., de estruturar a garantia legal com base na noção de conformidade com as expectativas legítimas do consumidor, que suscitara oposição dos sectores profissionais — assim, a exposição de fundamentos da proposta COM (95) 520 final, p. 11. Segundo tal sugestão, essa noção de conformidade com a expectativa legítima do consumidor, aproximandose — embora reportada agora à qualidade e não à segurança — da definição de defeito constante da Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidade do produtor (artigo 6.º, n.º 1, correspondendo-lhe o artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro) e constituindo uma boa síntese da evolução mais recente de alguns Estados-membros, deveria ser concretizada, tomando em conta todas as circunstâncias (referiam-se no cit. *Livro verde...*, p. 110, além das disposições contratuais: “a apresentação do produto, o preço, a marca, a publicidade ou qualquer informação fornecida sobre o produto, a natureza desse produto, o seu destino, as leis e regulamentos que lhe dizem respeito, etc.”) e, particularmente, as disposições do contrato. Se o contrato era, assim, para o *Livro verde*, elemento relevante para a determinação da existência de conformidade com as expectativas dos consumidores, pode dizer-se que na directiva se acabou por seguir um caminho de certa forma inverso, referindo a conformidade ao contrato e utilizando a noção de expectativa legítima para determinar o padrão que se presume contratualmente devido.

⁵ Assim, Norbert REICH, “Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht”, *NJW*, 33, 1999, pp. 2397-2403, 2400.

A tal propósito, pode, aliás, perguntar-se — com grande relevância para a questão do âmbito material e da sede da intervenção transpositora — se a directiva, pela amplitude da noção de falta de conformidade que emprega, inclui igualmente, quer os vícios de direito (os “ónus ou limitações” previstos no artigo 905.º do Código Civil), quer os casos de entrega de uma coisa distinta da devida (*aliud pro alio*), ou, ainda, de quantidade inferior à devida (v.g. entrega de oito em vez da dez garrafas devidas) — deixando, pois, de fora apenas os casos de total *recusa* ou *impossibilidade* imputável de cumprimento e de *atraso* no cumprimento.

De toda a forma, mesmo respondendo negativamente a estas questões relativas ao alcance substancial da noção de “conformidade”, afirmam-se necessários ajustamentos em vários pontos.

Na verdade, os critérios para a conformidade com o contrato — *rec-tius*, presunções do contratualmente devido —, previstos no artigo 2.º, n.º 2, da directiva, que são de verificação cumulativa, correspondem já, em boa parte, ao estado actual do nosso direito⁶. Porém — para além de nem todos eles corresponderem àquilo que podia tradicionalmente considerar-se resultante, para o conteúdo do contrato, a partir das declarações negociais das partes, reforçando, pois, a tendência para a objectivação desse conteúdo, por razões de protecção do consumidor (assim, de forma muito clara, para a inclusão das mensagens publicitárias no contrato⁷) —, tornam-se necessários alguns afinamentos.

É o caso da relevância atribuída no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), à *mera descrição* da coisa e, na alínea b), à adequação a fins aceites pelo vendedor mas *não resultantes do contrato*.

⁶ Referindo a proximidade da proposta com os critérios dos artigos 913.º e 919.º do Código Civil, v. Jorge SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1, 1998, pp. 461-79, 465.

⁷ Neste sentido, v., por ex. Michael LEHMANN, “Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanzeigen beim Verbrauchsgüterkauf”, *JZ*, 6, 2000, pp. 280-93, 283, Peter SCHLECHTRIEM, “Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht”, *ZSR*, 4, I, 1999, pp. 335-59, 343 (“objectivação do standard de qualidade”), Wolfgang SCHUMACHER, “Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklauselrichtlinie sowie an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, *ZSR*, 4, I, 1999, pp. 379-80.

É também o caso da relevância, sem mais, da amostra ou modelo da coisa, com eliminação da excepção para o caso “da convenção ou dos usos resultar que esta serve somente para indicar de modo aproximado as qualidades do objecto” (actual artigo 919.º do Código Civil).

E é ainda o caso do critério das “expectativas razoáveis” do consumidor, em conjugação com as declarações públicas sobre o bem — para além das publicitárias, por exemplo, na rotulagem (cfr. o artigo 7.º, n.º 5, da LDC).

Julgamos, também, que se torna necessária uma alteração no que diz respeito ao *momento* da avaliação da falta de conformidade, que terá de passar a ser o da *entrega*, nos termos do artigo 3.º, n.º 1. Apesar das perplexidades que podem emergir do confronto com o considerando 14 da directiva, temos por certo que, pelo menos nos casos de venda ao consumidor, a aferição da falta de conformidade no momento da entrega se apresenta como a única solução adequada, designadamente (mas não só) nos casos de coisas que devam ser enviadas ao comprador (cfr. o artigo 797.º do Código Civil⁸).

Por outro lado — e embora o ponto dependa da interpretação que se defenda do artigo 12.º, n.º 1 da LDC —, também os pressupostos dos diversos direitos do consumidor, previstos no artigo 3.º da directiva, carecem de alteração.

Assim, a directiva não faz depender a substituição da coisa da sua *necessidade* (ou da ausência de culpa do vendedor — cfr., porém, o artigo 12.º, n.º 1, da LDC), mas da sua possibilidade e não desproporção, nos termos do artigo 3.º, n.º 3.

A “rescisão” do contrato não é deixada na directiva na dependência dos *requisitos da anulabilidade* por erro ou dolo — a saber, para o primeiro, a essencialidade do erro e a reconhecibilidade objectiva da

⁸ Sobre este artigo, v. a nossa *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, pp. 591 e ss., notas 393-5; e já também Rui M. MOURA RAMOS/Maria Ângela SOARES, *Do contrato de compra e venda internacional. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do direito português*, Coimbra, 1981, pp. 209 e ss. Em geral sobre a questão do momento para apurar a falta de conformidade e o problema do risco, nos termos da directiva, v. o nosso “Conformidade e garantias...”, cit., V, 1, D).

essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro, e, para o segundo, a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro.

A directiva só admite a inexistência da possibilidade de “rescisão” no caso de faltas de conformidade “insignificantes”, o que fica bastante aquém da falta de essencialidade nos termos do artigo 911.º do Código Civil.

E, por último, a directiva parece reconhecer também o direito à redução do preço mesmo quando a falta de conformidade tenha sido essencial, e não apenas nos casos do referido artigo 911.º.

A necessitar de alteração estão, igualmente, os *prazos* de garantia, e de exercício dos direitos do comprador e de denúncia, os quais não podem ter uma duração menor que dois anos a contar da entrega (para os dois primeiros prazos) e dois meses a contar do conhecimento (prazo eventual de denúncia)⁹.

Por outro lado, torna-se ainda necessário prever o “direito de regresso” do vendedor final contra o(s) elemento(s) anterior(es) na cadeia contratual responsável(is) pela falta de conformidade, recomendando-se também, a nosso ver, a introdução da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor¹⁰.

E também o regime da “garantia comercial”, prevista no artigo 6.º, carece de ser transposto para a nossa ordem jurídica.

⁹ A presunção de anterioridade da falta de conformidade prevista no artigo 5.º, n.º 3 não encontra hoje paralelo no regime geral na ordem jurídica portuguesa. Pelo que, dir-se-ia, carece de ser nela incluída. Há, todavia, que ponderar que, para os bens não consumíveis, a obrigação do “fornecedor” de garantir o bom estado e bom funcionamento por um ano, prevista no artigo 4.º, n.º 2 da LDC, parece dispensar já hoje o comprador de provar a anterioridade do defeito à entrega (v. para o ónus da prova no caso da garantia de bom funcionamento, António PINTO MONTEIRO/Paulo MOTA PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, pp. 259-288, 272-3, e João CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, pp. 202.). Pode, pois, concluir-se que o campo de aplicação desta presunção não coberto já por mecanismos funcionalmente equivalentes do direito português se afigurará, na prática, reduzido, pelo menos, na medida em que se deva entender, para os bens consumíveis, que a própria natureza do bem é incompatível com a aplicação da presunção.

¹⁰ V. uma proposta de transposição para o direito de regresso na última nota do nosso “O direito de regresso...”, cit..

III — ÂMBITO MATERIAL DA INTERVENÇÃO

Há, pois, que perguntar pelas diversas opções que se deparam para transposição da directiva.

A resposta a tal pergunta pressupõe, porém, que se tenha chegado a uma conclusão cabal sobre o âmbito da directiva, para, em conformidade com ela, determinar o alcance da transposição.

A questão do âmbito material da transposição a efectuar afigure-se, na verdade, logicamente a primeira a resolver. Há, em primeiro lugar, que decidir se a transposição se deve conter nos limites estritos do exigido pela directiva, ou se se pode e deve ir além desta, *generalizando* algumas das suas regras — quer subjectivamente (para além das relações de consumo, e incidindo sobre o regime geral da compra e venda), quer objectivamente (para além da venda de coisas defeituosas, eventualmente mesmo aproveitando para, como fez o legislador alemão, reformar o regime geral das “perturbações da prestação”).

Só resolvido este problema se suscita a segunda questão, relativa à sedes materiae da disciplina resultante da transposição.

Ora, quanto ao *âmbito da transposição*, pode dizer-se que o legislador português, tal como o legislador de vários outros países da União Europeia, está confrontado com uma opção fundamental: manter e aprofundar as especificidades do regime da venda entre profissionais e consumidores, resultantes já (embora com vários pontos pouco claros e pouco conhecidos) da LDC, aprofundando ainda mais, tanto a nível conceitual como substancial, a *fragmentação* do regime da compra e venda (transposição com âmbito material idêntico ao da Directiva); ou aproveitar a oportunidade para modificar regras *gerais* do regime da compra e venda, generalizando algumas das soluções da Directiva, com o resultado de modernizar o regime geral (transposição generalizadora, com previsão apenas das especificidades indispensáveis para os consumidores) ¹¹.

¹¹ V. a formulação desta alternativa em geral, e para o direito austríaco, por exemplo em Christoph JELOSCHKEK, “The Transposition of Directiva 99/44/EC into Austrian Law”, *ERPL*, 2001, n.ºs 2 e 3, p. 166 (e também em Ewoud HONDIUS/Christoph JELOSCHKEK, “Towards a European Sales Law — Legal Challenges posed by the Directive on

Ambas as opções têm as suas vantagens e os seus inconvenientes. Mas afigura-se-nos que, num balanço geral, a segunda opção é claramente de preferir.

1. Transposição com âmbito idêntico ao da directiva

A primeira solução em que se pode pensar (que tem sido seguida quanto a algumas outras directivas comunitárias dirigidas à protecção do consumidor¹²) é a de proceder a uma transposição da directiva como que *qua tale*, isto é, numa lei especial limitada às vendas de bens de consumo a consumidores, tal como definidas na directiva.

Tal solução significaria, pois, que as regras da directiva não seriam estendidas para além do âmbito deste instrumento comunitário (designadamente, para além das relações entre profissionais e consumidores), e poderia eventualmente apresentar-se mais simples, tornando claro e facilmente acessível o regime das vendas a consumidores, através de uma regulamentação num diploma próprio.

Afigura-se-nos, porém, que a opção de transpor a Directiva formulando um regime específico para a compra e venda entre profissionais e consumidores está longe de ser a preferível — e isto, mesmo sem necessidade de maiores desenvolvimentos sobre a questão geral da autonomia dogmática do “direito do consumidor”, ou sobre a conve-

the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, *ERPL*, 2001, n.ºs 2 e 3, pp. 158-9).

¹² Cfr., por exemplo, a Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (*JOCE* L 372, de 31 de Dezembro de 1985, p.31), a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (*JOCE* L 144, de 4 de Junho de 1997, p. 19), o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, e o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, revogado por aquele. E cfr. ainda, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 180/99, de 22 de Maio, que alterou o Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, e transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 94/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994.

niência de lhe conferir autonomia legislativa (e, portanto, sem contradição, a nosso ver, com uma atitude afirmativa face a este último ponto¹³).

Tratar-se-ia, na verdade, de uma simplicidade (*rectius*, de uma facilidade) em grande medida ilusória. Como se sabe, a transposição das directivas não deve bastar-se com uma mera tradução destas, ou com uma sua cópia para um diploma avulso. Antes exige, em boa técnica — desde logo, para preservação das conexões sistemáticas e lógicas do regime —, uma sua *harmonização* substancial e formal com o *corpus iuris* vigente. E tal harmonização supõe que se detectem quais as normas que já hoje no direito português disciplinam as matérias tratadas pela directiva e, designadamente, que se efectue o confronto do regime da directiva com as soluções hoje vigentes, seja apenas para os consumidores, seja em geral. Sempre tal tarefa seria, pois, indispensável.

Por outro lado, a (aparente) simplicidade na formulação da disciplina legal não pode ter como preço a falta de lógica ou uma *complexidade* ou *fragmentação de regime* indesejável excessiva, para o aplicador e para os destinatários da lei.

É certo que, entre nós, já hoje existem regras especiais para a venda por profissionais a consumidores, mesmo fora de circunstancialismos especiais (negociação fora do estabelecimento, venda à distância, pré-formulação das cláusulas, etc.), regras, essas, contidas, designadamente, nos artigos 4.º e 12.º da LDC. Diferentemente do que acontece noutras ordens jurídicas, pode dizer-se, pois, que já hoje existem no direito português algumas regras próprias de um (embora ainda incipiente) “direito especial da venda a consumidores”.

¹³ V., sobre este segundo problema, Mário TENREIRO, “Un code de la consommation ou un code autour du consommateur? Quelques réflexions critiques sur la codification et la notion du consommateur”, in *Law and Diffuse Interest in the European Legal Order — Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, 1997, pp. 339-56, — inspirando-se na concepção também do direito comercial como “direito à volta das empresas” (ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra, 1967, p. 178), e António PINTO MONTEIRO, “Do direito do consumo ao Código do Consumidor”, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 201- 14).

Estão em curso entre nós trabalhos para a reforma do direito do consumo e elaboração de um Código do Consumidor, a cargo de uma comissão presidida pelo Prof. António Pinto Monteiro e da qual quem subscreve estas linhas também faz parte.

A opção de transpor a Directiva através de um corpo de normas próprio para as relações entre profissionais e consumidores, teria, porém, como resultado, não só uma acentuada fragmentação e dispersão, por diversos diplomas, do regime da compra e venda, como o *aprofundamento das diferenças* de regime — e isto, tanto ao nível conceitual (pois nem o Código Civil nem o Código Comercial estabelecem expressamente uma obrigação de conformidade das coisas com o contrato, a cargo do vendedor, com a amplitude e nos termos previstos pela Directiva — e, por exemplo, pela Lei Uniforme de Haia e pela Convenção de Viena), como ao nível do próprio conteúdo do regime a formular.

Este, se restrito ao âmbito da directiva, incluiria apenas as vendas de coisas móveis por profissionais a consumidores. Passaria, assim, a coexistir com o regime civil geral, aplicável também à venda de imóveis, e com o regime do Código Comercial. E, a ser ratificada a Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias¹⁴, passaria a coexistir ainda com um regime próprio para a compra e venda internacional de mercadorias.

Poderia dizer-se, pois, que ao lado de um regime *geral* da falta de conformidade na compra e venda passariam a existir, consoante os sujeitos intervenientes e o objecto da venda, pelo menos *três regimes*

¹⁴ Portugal, a Irlanda e o Reino Unido são os únicos Estados-membros da União Europeia que ainda não ratificaram esta convenção. Defendendo tal ratificação, de par com a transposição da directiva de que tratamos, v. Dário MOURA VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”, n.º 6, e Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, “Questões a resolver na transposição da Directiva e respostas dadas no colóquio”, II, 2, em curso de publicação na *Themis*.

Pode discutir-se se a adopção pela directiva de noções empregues, designadamente, na Convenção de Viena, impõe necessariamente que na sua interpretação devam seguir-se as orientações da jurisprudência e da doutrina em relação à Convenção de Viena (cf., em face da proposta, J. SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva...”, cit., p. 462), considerando, designadamente, as claras diferenças de finalidades (protecção do consumidor e harmonização do direito da compra e venda internacional de mercadorias) entre ambos os instrumentos. Alertando para que, por esta razão, o paralelismo não deve ir muito além do empréstimo da formulação literal, v. Christian TWIGG-FLESNER, “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, *Consumer Law Journal*, 1999, pp. 177-92, 179.

*especiais*¹⁵: aquele regime geral da compra e venda (1.º) não seria aplicável, nem (2.º) às vendas comerciais (e cfr. o artigo 471.º do Código Comercial¹⁶), nem (3.º) às vendas realizadas por profissionais (normalmente comerciantes) a consumidores — para as quais existiria um regime específico — nem (4.º) à venda internacional de mercadorias.

De tal aprofundamento da fragmentação do regime da compra e venda resultaria, pois que, subjectivamente, apenas restariam, como disciplinadas pelo regime dito “geral”, as vendas *entre particulares* (não profissionais) e as vendas efectuadas *por particulares a profissionais*¹⁷. Ao que acresceriam ainda, eventualmente — caso a transposição da directiva se limitasse ao seu âmbito —, as vendas de imóveis por profissionais a consumidores.

Ora, para além da falta de fundamento e da própria complexidade de tal delimitação — a “criação de mais um corpo de regras especialíssimas para a compra e venda de coisas móveis, deixando intocado todo o edifício”¹⁸ —, afigura-se-nos que seria demasiado pequeno o âmbito

¹⁵ V. esta ideia em Francesco A. SCHURR, “Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung — Chancen und Gefahren für das deutsche Kaufrecht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1999, pp. 222-9, 223.

¹⁶ No caso da venda comercial, quer “sobre amostra ou por designação de padrão”, quer de “coisas que não estejam à vista nem possam designar-se por um padrão” (artigos 469.º e 470.º do Código Comercial), o prazo para reclamação do comprador é muito mais curto (oito dias — artigo 471.º do mesmo Código) do que o prazo geral. Prevê-se um ónus de exame das coisas no acto de entrega (citados artigos 469.º, 470.º e 471.º), podendo o vendedor formular uma exigência nesse sentido, sob pena de o exame se haver por efectuado (artigo 471.º, § único). E, quando o exame se deva considerar efectuado, o comprador fica constituído no ónus de reclamar os seus defeitos no prazo de oito dias.

Ora, afigura-se-nos que as hipóteses dos artigos 469.º e 470.º do Código Comercial (designadamente a da “compra de coisas que não estejam à vista”) incluem hoje a *maior parte* das compras e vendas comerciais.

¹⁷ Com exclusão das vendas ou compras apenas unilateralmente comerciais, quanto à parte respectiva — cfr. os artigos 463.º e 99.º do Código Comercial.

¹⁸ J. SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva...”, cit., p. 474. Dizendo que a criação de três regimes distintos pela transposição através de uma lei avulsa daria azo a “grande confusão”, Javier LETE, “The Impact on Spanish contract law of the EC Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, *ERPL* 2001, n.ºs 2 e 3, p. 357. Para Ewoud HONDIUS/Christoph JELOSCHKE, “Towards a European Sales Law

restante para um diploma com vocação geral como é o Código Civil, que, tal como o direito civil, visa regular a “vida quotidiana do homem comum”¹⁹, sobretudo tendo em conta que o regime geral passaria, em termos quantitativos, a regular um número provavelmente muito menor de compras e vendas do que os regimes especiais — designadamente, do que o regime da venda ao consumidor.

Acresce — e, quanto a nós, decisivamente — que a maior parte das regras da directiva (como resulta, desde logo, de uma comparação com a citada Convenção de Viena) é claramente *adequada a integrar um regime geral da conformidade* na compra e venda — ou seja, a constituir o cerne de um regime geral moderno e consistente do cumprimento defeituoso na compra e venda, para além do âmbito das compras realizadas por consumidores a profissionais.

É, na verdade, mais fácil elencar aqueles pontos do regime da directiva cuja limitação a estas compras por consumidores a profissionais se pode recomendar (v.g. a imperatividade prevista no artigo 7.º e o regime das garantias comerciais contido no artigo 6.º), do que aqueles que têm uma vocação geral, que são praticamente todos os restantes.

2. Transposição geral, com previsão apenas das especificidades para as relações com os consumidores

Uma transposição *qua tale* — ou seja, uma “solução pequena”, mediante um diploma de âmbito e teor idêntico ao da directiva²⁰ — não

— Legal Challenges posed by the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, *ERPL*, 2001, n.ºs 2 e 3, p. 159, “reduzir a alteração a uma recepção da directiva não pode resultar em mais do que um conjunto instável e confuso de regras, uma vez que as disposições sobre o consumidor têm de ser inseridas num sistema geral.”

¹⁹ V. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985, n.º 8, pp.30 e ss.

²⁰ V. C.-W. CANARIS, “Die Umsetzung...”, cit., p. 1 e ss., defendendo a “solução grande”, e distinguindo-a assim: “com uma ‘solução pequena’, o direito da compra e venda e da empreitada no BGB permaneceria na sua maior parte inalterado e seria apenas complementado por um regime especial para a *Verbrauchsgüterkauf* — seja no

tem, aliás, sido seguida noutras ordens jurídicas, mesmo naquelas que já conheciam diplomas gerais dirigidos à defesa dos consumidores (como é o caso da *Konsumentenschutzgesetz* austríaca²¹).

Assim, por exemplo, na Alemanha, a transposição da Directiva 1999/44/CE (conjuntamente com a da Directiva 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais²² e a da Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno²³) foi aproveitada como ocasião para recuperar a reforma do direito das obrigações em preparação há bem mais de uma década²⁴. Após alguma controvérsia entre os adeptos desta “grande solução” e os defensores de uma “solução pequena” — uma transposição da directiva limitada ao regime das garantia dos vícios na compra e venda²⁵ —, o projecto do governo alemão, depois de revisto por uma

BGB seja numa lei especial (...). O objectivo da projectada solução ‘grande’ é, diversamente, fazer o direito da compra e venda e da empreitada em geral coincidir, tanto quanto possível, com as exigências da directiva, e criar apenas escassos preceitos especiais adicionais para a compra de bens de consumo. Isto significa que as exigências da directiva não devem em princípio ser transpostas apenas para contratos entre empresários e consumidores, mas para todos os contratos de compra e venda e empreitada, e em especial também para contratos entre empresários.”

²¹ Publicada na *Bundesgesetzblatt* n.º 140, de 1979. V. a tradução do diploma austríaco de transposição da Directiva 1999/44/CE, no presente número dos *Estudos*.

²² *JOCE*, n.º L 200 de 08 de Agosto de 2000, pp. 35-8.

²³ *JOCE*, n.º L 178 de 17 de Julho de 2000, pp. 1-16.

²⁴ V. o *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln, 1992.

²⁵ A doutrina alemã defendeu, num primeiro momento, a transposição da directiva por uma alteração do regime geral da garantia de vícios da coisa na compra e venda, apenas formulando preceitos específicos para o consumidor quando tal se revelasse necessário e aproveitando, no mais, para realizar a reforma do direito das obrigações que vem sendo projectada desde os anos 80 — v., por ex., N. REICH, cit., p. 2403, P. SCHLECHTRIEM, “Die Anpassung...”, cit., p. 360, Peter GASS, “Die Schuldrechtsüberarbeitung nach der politischen Entscheidung zum Inhalt der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf”, in *Festschrift f. W. Rolland*, Köln, 1999, pp. 129-43, 136 e ss. Em face do projecto, a controvérsia sobre a “grande solução” instalou-se, porém, na dou-

comissão especializada, acabou por ser aprovado definitivamente pelo Bundestag em Novembro de 2001. A *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* integra, assim, no Código Civil alemão o regime da Directiva 1999/44/CE, designadamente, através de alterações no regime geral da compra e venda e mesmo do não cumprimento das obrigações²⁶. Pode, mesmo, dizer-se que um regime específico da garantia edilícia na compra e venda tende a desaparecer²⁷, sendo regulado em grande parte por remissão para o regime geral. Por outro lado, nos §§ 474 e segs. prevêem-se apenas as especificidades para a “venda de bens de consumo” (*Verbrauchsgüterkauf*, definida como a compra de uma coisa móvel a um empresário por um consumidor), que incluem a natureza imperativa das disposições (§ 475), a inversão do ónus da prova da anterioridade da falta de conformidade (§ 476), as disposições sobre as “garantias comerciais” (§ 477) e o direito de regresso do empresário (§§ 478 e seg.).

trina. V., por exemplo, Barbara DAUNER-LIEB, “Die geplante Schuldrechtsmodernisierung — Durchbruch oder Schnellschuss?”, *JZ*, 2001, n.º 1, pp. 8-18, a proposta de “solução pequena” (revisão apenas da garantia dos vícios da coisa vendida) de Wolfgang ERNST/Beate GSELL, “Kaufrechtsrichtlinie und BGB”, *ZIP*, 2000, 1410-1427 (projecto de transposição a pp. 1462-4); e ainda: Jürgen SCHMIDT-RÄNTSCH, “Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes”, *ZIP*, 2000, pp. 1639-45, Wolfgang ERNST/Beate GSELL, “Nochmals für die ‘kleine Lösung’”, *ZIP*, 2000, 1812-6 (resposta ao artigo de SCHMIDT-RÄNTSCH, in *ZIP*, 2000, pp. 1639 e ss.) e Wolfgang ERNST/Beate GSELL, “Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung. Beispiele fragwürdiger Richtlinienumsetzung”, *ZIP*, 2001, 1389-1403. Sobre a “declaração conjunta” de oposição à reforma, a réplica dos defensores (entre os quais Claus-Wilhelm CANARIS — v. “Zur Reform des Rechts der Leistungstörungen”, cit.), e outros documentos, podem colher-se indicações, por ex., em www.junge.zivilrechtswissenschaftler.de.

²⁶ É o que acontece, por exemplo, com o direito de resolução do comprador (*Rücktritt*, concebido agora como direito potestativo, e não como pretensão, como a *Wandelung*), que passa a estar regulado no regime geral do não cumprimento.

²⁷ Assim, Harm-Peter WESTERMANN, “Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs”, *JZ* 2001, 530-542 (530). Já o “*Kommissionsentwurf*”, da Comissão para Reforma do Direito das Obrigações do BGB, entre outras alterações, propunha o desaparecimento de um direito especial da garantia (do “*besonderes Gewährleistungsrecht beim Kauf*”) na compra e venda — v. o *Abschlussbericht...*, cit., pp. 32, 192 e segs..

Esta solução, que pareceria contrariar a natureza geral de um diploma como o Código Civil, fora, aliás, preparada, no direito alemão, pela introdução no BGB dos conceitos de “consumidor” e “empresário” (novos §§ 13 e 14), e da referência a contratos de consumo, pela “Lei sobre contratos à distância e outras questões do direito dos consumidores bem como de adaptação de outros preceitos ao Euro”, de 27 de Junho de 2000, a qual, para além de outros aspectos (como a regulamentação expressa do envio de bens não encomendados, no novo § 241a, da oferta de prémios ao consumidor ou do abuso de cartões de pagamento — novos §§ 661a e 676h), introduziu no Código alemão normas gerais sobre os direitos de revogação da declaração de vontade e de devolução de bens em contratos de consumo (§§ 361a e 361b)²⁸.

Na Áustria, por sua vez — onde, tal como entre nós, existe um diploma geral sobre defesa dos consumidores (a referida *Konsumentenschutz-gesetz*, de 1979) —, foi, já em 8 de Maio de 2001, publicada a “Lei Federal, pela qual se altera o direito da garantia no *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, na *Konsumentenschutzgesetz* e na lei do contrato de seguro” (*Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz*)²⁹. Este

²⁸ Sobre esta lei, v., por exemplo, Peter BÜLOW/Markus ARTZ, “Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB”, *NJW*, 29, 2000, pp. 2049-56, e Klaus TONNER, “Das neue Fernabsatzgesetz — oder: System statt ‘Flickenteppich’”, *Betriebs-Berater*, 2000, pp. 1413-20.

No *Codice Civile*, a transposição da Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (*JOCE* L 095 de 21 de Abril de 1993, p. 29), levou à introdução, no título II do livro IV, de um novo capitulo XIV-bis, intitulado “Dei contratti del consumatore” (sobre o respectivo âmbito, v. A. BARENGHI, in *Codice Civile, a cura di P.Perlingieri*, 4.ª ed., Milano, 2001, anot. 3 ao artigo 1469-bis). E recorde-se que também já o Código Civil holandês conhecia o conceito de compra de consumo (“*consumentenkoop*”), no artigo 18 do seu livro 7.

²⁹ O estudo que serviu de base ao anteprojecto é: Rudolf WELSER/Brigitta JUD, “Zur Reform des Gewährleistungsrechts”, *GA* 14.ÖJT, pp. 154-162. Cf. também Wolfgang SCHUMACHER, “Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklauselrichtlinie sowie an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, *ZSR*, 4, I, 1999, pp. 361-83, e Wolfgang FABER, “Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter”, *Juristische Blätter [JBI]*, 7, 1999, pp. 413-33. Sobre pontos específicos da directiva, v. ainda Brigitta JUD, “Zum Händlerregress im Gewährleistungsrecht”, *Österreichische Juristenzeitung*, 18, 2000, pp. 661 e ss., *id.*, “Die Rangordnung

diploma alterou o regime geral da garantia no Código Civil (§§ 922 e segs.), por forma a adequá-lo à directiva (incluindo a presunção de anterioridade do defeito — § 924), e apenas deixou para a lei de defesa dos consumidores algumas disposições específicas — designadamente, a imperatividade das normas sobre garantia do comprador, as “garantias comerciais”, bem como a extensão à venda de animais defeituosos.

E também entre nós tem sido defendida a possibilidade de uma transposição da Directiva com um âmbito mais amplo do que esta, implicando que se repense o *regime geral* da “garantia legal”, e alterando as correspondentes disposições do Código Civil³⁰.

A solução que reputamos preferível — embora também a mais trabalhosa — para a transposição para o direito português da Directiva 1999/44/CE aproxima-se, justamente, da adoptada pelo legislador austríaco³¹.

Na verdade, afigura-se-nos que não se deve aprofundar a divergência entre o regime geral e o regime da falta de conformidade na compra e venda entre profissionais e consumidores mais do que o imposto pelas necessidades de protecção destes últimos.

Numa perspectiva *de iure condendo*, pode e deve aproveitar-se a transposição da directiva para alterar o regime geral da venda de coisas

der Gewährleistungsbehelfe — Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, österreichisches, deutsches und UN-Kaufrecht im Vergleich”, in *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, pp. 205-25, Peter APATHY, “Reisevertragsrecht und Gewährleistungsreform”, *JBl*, 2001, pp. 477-82, Susanne AUGENHOFER, “Bedeutung von Werbeaussagen — sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers — für die Begründung von Gewährleistungsrechten”, *JBl*, 2001, pp. 82-90, Christoph JELOSCHKE, “The Transposition of Directiva 99/44/EC into Austrian Law”, *ERPL*, 2001, n.ºs 2 e 3, pp. 163 e ss.

³⁰ V. o nosso “Conformidade e garantias...”, cit., p. 314, e, em face da proposta, já J. SINDE MONTEIRO, ob. cit., p.474 (“faria sentido, isso sim, repensar todo o regime da garantia, o do Código Civil e o da própria Lei de Defesa dos Consumidores”). V. também, neste sentido, C. FERREIRA DE ALMEIDA, “Questões a resolver na transposição da Directiva e respostas dadas no colóquio”, II, 2, Pedro ROMANO MARTINEZ, “Empreitada de consumo” (o apontamento conclusivo) e Rui PINTO DUARTE, “O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo”, VIII, todos em curso de publicação na *Themis*.

³¹ No direito alemão, v., por exemplo, Jürgen SCHMIDT-RÄNTSCH, “Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie”, *ZEuP*, 1999, pp. 294-302 (falando este de uma necessidade de transposição para além do obrigatório e prevendo a possibilidade de introduzir várias compensações para o interesse do vendedor).

defeituosas, esclarecendo dúvidas ou perplexidades que têm vindo a ser apontadas pela doutrina.

Dever-se-á, pois, aproximar o regime da compra e venda do *regime geral do cumprimento defeituoso*, eliminando, do mesmo passo, tanto quanto possível, as especificidades do regime da venda por profissional a consumidor. Isto, evidentemente, sempre com o cuidado de *não diminuir*, com a transposição da Directiva, o nível de protecção do consumidor/comprador já hoje assegurado na nossa ordem jurídica, e, portanto, de manter — como o artigo 8.º, n.º 2, da Directiva permite — aquelas disposições das quais resulte um “nível mais elevado de protecção do consumidor”.

Tal solução, idêntica à defendida noutras ordens jurídicas³², a mais de evitar uma fragmentação ou “esquartejamento” do regime da compra

³² A revisão do regime geral da compra e venda é considerada a solução preferível, por ex., por E. HONDIUS/C. JELOSCHKE, “Towards a European Sales Law...”, cit., p. 159. Na Alemanha, salientando a “conveniência da decisão de princípio de não transpor a directiva isoladamente para a venda de bens de consumo [*Verbrauchsgüterkauf*], mas conformar as suas regras tão amplamente quanto possível no direito geral da compra e venda”, v. C.-W. CANARIS, “Die Umsetzung...”, cit., p. 14. Também em Espanha, segundo informação que obtivemos, se pondera a possibilidade de alteração do Código Civil para transposição da directiva. v. uma proposta em Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Pascual MARTINEZ ESPÍN, “Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, in *Estudios sobre consumo*, 52, 2000, pp. 139 e ss (propondo, em alternativa, a alteração do Código Civil espanhol e da *Ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, ou apenas desta última). Defendendo uma modificação do Código Civil, v. Javier LETE, “The Impact on Spanish Contract Law...”, cit., p. 357. Referindo também que a transposição pode ser ocasião para uma reforma completa do direito francês da garantia na compra e venda, v. Andrea PINNA, “La transposition en droit français”, *ERPL*, 2001, n.ºs 2 e 3, pp. 223 e ss., 237. Dizendo que “a integração será melhor conseguida através de uma revisão de todo o direito da compra e venda no Código Civil grego”, v. Georgios ARNO-KOUROS, “The transposition of the Consumer Sales Directive into the Greek legal system”, *ERPL*, cit., p. 275.

Já em Itália, tanto quanto pudemos apurar, pela *legge comunitaria* do ano 2000 o parlamento conferiu ao governo poderes para a transposição, por decreto-lei, de uma série de directivas, entre as quais a Directiva 1999/44/CE, e, durante o ano de 2001, uma comissão criada pelo *Ministero per le Attività Produttive* elaborou um anteprojecto de *decreto di attuazione*, que não foi ainda tomado público. A transposição far-se-á, pois, ou com atraso, ou muito perto do fim do prazo. Criticando a aparente decisão do legis-

e venda por diversos direitos especiais, teria a vantagem de facilitar, em muito, a solução dos problemas (interessantes, e não limitados, aliás, à especificidade da protecção do consumidor) levantados pelo “direito de regresso” previsto no artigo 4.º da directiva³³, por proporcionar, substancialmente, o alargamento de várias das soluções — designadamente, da noção (ou do alcance substancial) da falta de conformidade e dos pressupostos dos direitos do comprador — a compradores não consumidores³⁴.

IV — SEDE FORMAL DA TRANSPOSIÇÃO

Como já resulta do que se disse, defende-se uma transposição da directiva através da alteração do regime do Código Civil e do diploma específico dos consumidores, no sentido de aproximar, tanto quanto possível, o regime da falta de conformidade na compra e venda do do cumprimento defeituoso e de não aprofundar as diferenças entre o regime geral e o regime específico dos consumidores.

Considerando, porém, que o *regime geral do não cumprimento das obrigações* constitui uma *unidade* cuja alteração poderia suscitar problemas mais vastos, justifica-se, a nosso ver, que no Código Civil se

lador italiano de transpor a directiva através de um diploma limitado ao consumidor, a par do Código Civil, v. Manola SCOTTON, “Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees”, in *ERPL*, cit. pp. 297-307.

³³ Cf. o nosso “O direito de regresso...”, cit., *passim*. A doutrina tem salientado que deste artigo 4.º resulta um “efeito de harmonização de forma subtil” — v. Jürgen SCHMIDT-RÄNTSCH, “Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie”, *ZIP*, 20, 1998, pp. 849-53, 850, e N. REICH, “Die Umsetzung...”, cit., p. 2398 (e 2399: “efeitos ‘spillover’ sobre as tradicionais regras jurídico-mercantis”). V. ainda a exposição de motivos do “Projecto de uma lei de modernização do direito das obrigações”, aprovado como proposta de lei em Maio de 2001 pelo governo federal alemão, p. 208. Remetendo o recurso a esta via de harmonização para razões de competência (resultantes da tensão entre o princípio da subsidiariedade e a consecução de um “elevado nível de protecção dos consumidores”), v. Gert BRÜGGEMEIER, “Zur Reform des deutschen Kaufrechts — Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, *JZ*, 11, 2000, pp. 529-38, 533.

³⁴ É justamente para efeitos do direito de regresso que C.-W. CANARIS (“Die Umsetzung...”, cit., p. 14) salienta que se revela conveniente não transpor a directiva apenas para a venda de bens de consumo mas conformar as suas regras *tão amplamente quanto possível*.

altere apenas o regime dos defeitos da coisa (“venda de coisas defeituosas”) e dos ónus ou limitações de direito (“venda de bens onerados”) na compra e venda, previsto no Código Civil, determinando as respectivas hipóteses (a noção de defeito) segundo o exigido pela directiva.

As especificidades para os contratos com consumidores ficariam, pois, reguladas no diploma específico dos consumidores (actualmente, a Lei de Defesa dos Consumidores de 1996³⁵): é o caso da impossibilidade de afastamento, por estipulação em contrário, dos direitos do comprador, da limitação à escolha de lei, do regime das “garantias comerciais”, da responsabilidade directa do produtor e do direito de regresso, e de algumas especificidades do regime do fornecimento de coisa com defeito, seja das já hoje previstas (o caso da suspensão do prazo durante as operações de reparação e do prazo de um e cinco anos de garantia, para coisas móveis não consumíveis e para coisas imóveis, respectivamente), seja de outras que, por razões diversas, se afigura conveniente prever nesse diploma especial — é o caso dos defeitos de instalação (ou das instruções de instalação) e do regime da resolução em caso de perecimento ou deterioração da coisa.

V — MOTIVAÇÃO DAS SOLUÇÕES A ADOPTAR

a) ALTERAÇÕES AO CÓDIGO CIVIL

1. Dever de entrega da coisa sem defeitos e sem ónus ou limitações de direito

Uma reforma do direito da compra e venda adequada ao paradigma deste negócio na actualidade e às suas necessidades de regula-

³⁵ Outra solução seria, evidentemente, a manutenção e aprofundamento do regime especial já hoje resultante da LDC para as vendas a consumidores, nessa lei ou num diploma reformador da matéria jurídica da defesa do consumidor (um “Código do Consumidor”).

Tal solução afigura-se-nos, porém, menos conveniente, pois implicaria a introdução num diploma *especial*, para os consumidores, de disposições com uma clara vocação *geral*, e cuja sede natural é o Código Civil.

mentação pressupõe que se afirme com clareza a existência, para o vendedor, de um *dever de entrega da coisa sem defeitos* — ao contrário do que pressupõem posições (subjacentes à “teoria da garantia” ou do erro) em última instância determinadas, quer pelo (não demonstrado) “pré-juízo” ontológico de que o contrato se não pode referir à “coisa como deve-ser” (a uma “constituição devida” da coisa — uma *Sollbeschaffenheit*), mas antes só a um ser, quer pela ideia de que o contrato se forma sempre em relação a uma coisa concreta, em relação à qual, ou se verifica a “constituição devida”, ou existe impossibilidade originária (ou, para alguns, falta ou vício da vontade).

A conveniência na previsão de tal dever de entrega da coisa livre de defeitos é, aliás, demonstrada pela *evolução do regime* da compra e venda, quer a nível internacional, quer naquelas ordens jurídicas que ainda se mostravam apegadas às referidas posições (por isso tendo dificuldades em, por exemplo, reconhecer um direito à reparação e substituição da coisa), como é o caso da ordem jurídica alemã.

Assim, o dever de entrega da coisa sem defeitos está previsto no artigo 35.º, n.º 1, da Convenção de Viena, segundo o qual “O vendedor deve entregar mercadorias cuja quantidade, qualidade e tipo correspondam às previstas no contrato e que estejam acondicionadas ou embaladas na forma estabelecida pelo contrato.” Na “Lei uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias” (artigos 18.º e 19.º), aprovada pela Convenção da Haia de 1964, que foi ratificada por Portugal, dispõe-se que o vendedor se obriga, nas condições previstas no contrato e nessa lei, a efectuar a entrega das mercadorias, e que (artigo 19.º, n.º 1) “A entrega consiste na remessa de mercadorias conformes ao contrato” (sobre o conceito de falta de conformidade, v. o artigo 33.º).

No § 433, n.º 1 do BGB (com a epígrafe “Deveres contratuais típicos no contrato de compra e venda”), segundo a alteração aprovada pelo parlamento alemão em Novembro de 2001 e que entrará em vigor no final desse ano, pode ler-se agora: “Pelo contrato de compra e venda o vendedor de uma coisa fica vinculado a entregar a coisa ao comprador e a transmitir-lhe a propriedade sobre a coisa. O vendedor deve transmitir a coisa ao comprador livre de vícios de facto ou de direito”³⁶.

³⁶ “Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käu-

Na doutrina, salienta-se que “em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, da Directiva, o projecto prevê um dever do vendedor de prestação de uma coisa livre de defeitos (§ 433 n.º 1 frase 2, do projecto de alteração ao BGB). Isto corresponde ao anterior regime jurídico para a compra de coisa genérica, mas é novo para a compra de coisa específica, e nessa medida põe o direito alemão em harmonia com a evolução internacional”³⁷.

Na fundamentação desta solução³⁸ aborda-se o problema da previsão deste dever também para a venda de coisa específica: § “Se o dever do vendedor de coisa específica se esgotar na entrega e transmissão da coisa comprada, e não compreender também as características de facto e jurídicas, os defeitos de facto e de direito não podem conduzir a efeitos jurídicos que tenham como pressuposto uma violação de dever.

Dos defeitos de facto e de direito têm de resultar consequências jurídicas para o reequilíbrio da relação de equivalência perturbada. Se eles não se puderem fazer derivar da hipótese da violação de dever, tem de se encontrar um outro fundamento, como por exemplo uma garantia

fer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.”

³⁷ C.-W. CANARIS, “Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland”, cit., pp. 4 e 5, que reconhece as dificuldades dogmáticas de um dever de entrega de uma coisa sem defeitos na venda de coisa específica, pois o vendedor pode ser vinculado a entregar uma coisa que não foi de todo objecto do contrato, mas justifica tal solução, dizendo que, por um lado (segundo a fundamentação da alteração), “a distinção entre venda de coisa genérica e venda de coisa específica deve poder ser relativizada nessa medida”, e que, por outro, “a Directiva pressupõe no considerando 16 que, ainda que excepcionalmente, existe um direito à substituição também de bens usados — que na prática são as coisas específicas que estão em causa. Se alguém por exemplo comprar (a um preço reduzido) uma coisa que o vendedor utilizou para fins de exposição ou amostra, e se esta apresentar defeitos de fabrico, o comprador pode exigir uma outra coisa semelhante — ainda que, obviamente, apenas uma coisa que também tenha sido utilizada para fins de exposição ou amostra. Uma tal construção não é totalmente inovadora no direito alemão, uma vez que em certas circunstâncias também um lesado pode, no âmbito do seu direito à reconstituição segundo o § 249, n.º 1, do BGB, exigir uma coisa diversa da anterior, destruída ou perdida. Aliás, o problema é mais *teoricamente interessante do que importante na prática*” (itálico nosso).

³⁸ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Regierungsentwurf Schuldrechtsmodernisierung*, estado 9 de Maio de 2001, pp. 436 e seg., motivação das alterações ao § 433.

legal ou convencional (inclusive tácita) ou a responsabilidade pela garantia resultante de um desvio objectivo do estado devido.

Na medida em que a isenção de defeitos da coisa vendida não seja incluída nos deveres de prestação do vendedor, podem surgir problemas na delimitação da responsabilidade especial pelos defeitos em relação às disposições do regime geral do não cumprimento. (...)

Os direitos uniformes da compra e venda consideram o vendedor vinculado a entregar uma mercadoria livre de defeitos (artigo 19.º, n.º 1, artigo 33.º da Lei Uniforme; artigo 35.º, n.º 1 da Convenção de Viena). E sem dificuldades dogmáticas podem fundar aqui o princípio da vinculação à reparação ou substituição (artigos 42.º, n.º 1, da Lei Uniforme e 46, n.ºs 2 e 3 da Convenção de Viena).

Os problemas do direito vigente, que não são apenas de natureza dogmática, antes conduzem na jurisprudência a resultados em parte de rejeitar, apenas se podem resolver se a responsabilidade por defeitos da coisa for integrada em princípio no sistema do regime geral do não cumprimento. Isto torna necessário alargar os deveres do vendedor, também na venda de coisa específica, à isenção de defeitos da coisa. Desta forma, a entrega de uma coisa defeituosa torna-se uma violação de dever, à qual se ligam — tal como no regime geral do não cumprimento — as consequências jurídicas da resolução e da indemnização, bem como, como especificidade da compra e venda, a redução do preço.”

E acrescenta-se, ainda, nessa exposição de motivos, que tal “vinculação do vendedor a facultar a coisa livre de defeitos de facto não conduz a um agravamento inadequado da responsabilidade do vendedor.”

Tais considerações afiguram-se transponíveis para a nossa ordem jurídica, enquanto justificativas da consagração de um dever do vendedor de entregar a coisa livre de defeitos — salvo, evidentemente, se o comprador tiver concordado (no contrato ou posteriormente) em aceitá-la noutras condições^{38-A}.

Considera-se, por outro lado, que o melhor local para a previsão deste dever geral é o artigo do Código Civil, inserido na secção relativa

^{38-A} Numa certa perspectiva, pode, aliás, dizer-se que este dever já resulta do regime legal, limitando-se a norma proposta a explicitá-lo. Cfr. J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., pp. 21-22.

aos “efeitos da compra e venda”, no qual se dispõe justamente sobre a “entrega da coisa” — ou seja, o artigo 882.º.

2. Alargamento do âmbito do cumprimento defeituoso

Resulta do que se disse que se defende que o âmbito do cumprimento (e, conseqüentemente, do não cumprimento) seja alargado aos casos em que se entrega uma coisa defeituosa (ou onerada). Supera-se, assim, a concepção segundo a qual a obrigação do vendedor seria apenas entregar uma coisa, para a qual, como se salienta em comparação com o regime da Directiva, “o efeito prático era que o vendedor só era responsável pelos defeitos da coisa vendida, se previamente os conhecesse ou devesse conhecer (Código Civil, artigos 914.º e 915.º). Noutras circunstâncias, poder-se-ia dizer, caricaturando, que o vendedor cumpria regularmente a sua obrigação principal entregando uma qualquer coisa, mais ou menos semelhante àquela (isto é, que não fosse diferente daquela) que deveria entregar, recaindo sobre o comprador o risco dos defeitos e de outras eventuais frustrações.”³⁹

Um novo regime dos defeitos da coisa e dos ónus ou limitações do direito deve, antes, optar claramente pelo *enquadramento no regime do cumprimento defeituoso*, considerando, não só os modelos da Convenção de Viena, da directiva e da alteração aprovada ao Código alemão, como a necessidade de prever o referido dever do vendedor de entregar uma coisa isenta de vícios — e não uma qualquer coisa com quaisquer qualidades, vícios ou defeitos (e desde que não atinja o extremo de um *aliud*).

Assim, numa perspectiva *de iure condendo*⁴⁰, pode e deve aproveitar-se a transposição da directiva para, alterando o regime geral da venda

³⁹ Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, I, 1.ª, em publicação na *Themis*.

⁴⁰ Mesmo, aliás, quem entre nós defende que, *de iure condito*, se justifica a distinção entre os regimes da venda de coisas defeituosas e do cumprimento defeituoso na compra e venda, não deixa de admitir outras possibilidades *de iure condendo* — v. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, “Cumprimento defeituoso e venda de coisas defeituosas”,

de coisas defeituosas, esclarecer dúvidas ou perplexidades sublinhadas pela doutrina, a menor das quais não é, ainda hoje, passado mais de um quarto de século sobre a entrada em vigor do Código, a aproximação do regime dos vícios da vontade e não do cumprimento defeituoso.

Na verdade, a solução do Código Civil não é inteiramente coerente, pelo menos, se os direitos à reparação e substituição da coisa forem vistos como expressão do direito do comprador ao cumprimento (e não antes concebidos como sanção para a culpa do vendedor, presumida pelo artigo 914.º — concepção que explicaria também que no artigo 12.º, n.º 1, da LDC, onde se dispensa essa culpa, se falasse já em “resolução”), pois tal direito ao cumprimento (relevante na fase executiva) é dificilmente compaginável com a aceitação de uma anulabilidade por falta ou vício da vontade — ou seja, de uma consequência típica de perturbações na fase estipulativa⁴¹.

in *Ab uno ad omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, p. 569, afirmando que o Código Civil não contém “a única solução admissível nesta difícil matéria”, como resulta, desde logo, do confronto com a citada Convenção de Viena.

⁴¹ V., sobre isto: João BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *BMJ*, n.º 215 (1972), *passim*, Manuel CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, ano 121.º, 1989, pp. 461-484, *id.*, “Perturbações típicas do contrato de compra e venda”, in António MENEZES CORDEIRO (coord.), *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1991, pp. 72 e ss., J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, *cit.*, pp. 213 e ss. (“dualismo estrutural e sucessivo”), Pedro ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso — em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, pp. 294 e ss., Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Coimbra, 1992, pp. 654 e ss. (anulabilidade por erro do comprador no acto de aceitação do cumprimento, tendo que ver com a obrigação de entrega da coisa sem defeito), e, por último, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*

Aliás, nem sequer a explicação do regime civilístico da venda de coisas defeituosas, enquadrando os direitos previstos no artigo 914.º ainda no direito ao cumprimento, como espelhando um “dualismo estrutural e sucessivo” permitiria ultrapassar a incoerência consistente em aceitar — como seria indispensável — que da fase estipulativa (considerada no artigo 913.º) para a executiva (artigo 914.º) o objecto *in obligatio* pudesse passar da coisa concreta, sem qualidades, para um objecto com qualidades (sobre a delimitação entre erro-vício sobre as qualidades, erro na declaração e não conformidade ao contrato, v. a nossa *Declaração tácita...*, *cit.*, pp. 383 e ss., n. 412.). Criticando também o enquadramento da destruição dos efeitos do contrato, em consequên-

No plano teórico, a explicação para a forma de cessação dos efeitos negociais prevista no nosso direito (e, portanto, para a questão da delimitação da anulabilidade por erro em relação à resolução por não cumprimento) pressupõe sempre, aliás, também uma resposta à questão de saber se as qualidades da coisa (ou a ausência do vício) em causa entraram ou não a fazer parte do conteúdo negocialmente devido — isto é, a determinação do *objecto do acordo* negocial.

Ora, já hoje a LDC se refere, no seu artigo 12.º, n.º 1, a uma *resolução* do contrato, em caso de “fornecimento” de coisa com defeito, e está fora de questão que aqui não se incluem apenas casos de venda de coisa genérica, mas igualmente, por exemplo, o fornecimento de coisas usadas defeituosas. E, por outro lado, o próprio Código Civil prevê, como consequência dos defeitos da coisa noutros contratos, consequências jurídicas típicas do não cumprimento (cfr. os artigos 1222.º, n.º 1 e 1032.º), sem que se defenda que apenas pode estar aí em causa uma invalidade, por o contrato se referir a uma coisa que não existia sem defeitos⁴².

Impõe-se, pois, a nosso ver, também em geral para a venda de coisas defeituosas, uma aproximação ao regime do cumprimento defeituoso — sem prejuízo de se dever discutir a aplicabilidade também do regime geral dos vícios da vontade ou da impossibilidade originária às hipóteses em apreço (v., *infra*, n.º 9).

cia dos defeitos da coisa, como anulação, à qual “melhor se chamaria resolução”, v. J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., pp.55-56 — e também pp. 66-68, defendendo já, de lege lata, a possibilidade de resolução do contrato. E já, anteriormente, *id.*, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., pp. 230, 247.

⁴² Sobre a adopção da perspectiva do não cumprimento na legislação especial (Decreto de 16 de Dezembro de 1886) sobre *venda de animais defeituosos* (e sua relação de exclusão em relação aos vícios da vontade), v. A. PINTO MONTEIRO (com a colab. de Agostinho CARDOSO GUEDES), “Venda de animal defeituoso”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, 1994, tomo V, p. 10, que escreve: “Por outras palavras, no contexto dos arts. 49.º e ss. do Decreto de 1886, os vícios redibitórios são entendidos não como um problema relativo à formação da vontade negocial, mas como um problema relativo ao cumprimento defeituoso, aderindo assim às concepções da doutrina entre nós representada por Baptista Machado”. Não deixa de ser interessante notar como, em relação a um diploma já do século XIX, sobre negócios que poucas vezes não serão vendas de coisas específicas (animais defeituosos), e cujo tratamento era já discutido no direito romano, se defende o enquadramento na “teoria do cumprimento”.

Questão distinta desta é a de saber qual o âmbito da obrigação de conformidade que a Directiva prevê, designadamente, quanto a incluir ou não a falta de vícios de direito e a não entrega de quantidade menor que a devida ou de aliud pro alio. E, relacionada com esta, a questão de saber se as alterações se poderão limitar ao regime da venda de coisas defeituosas, não interferindo, designadamente, no regime da *venda de coisas oneradas* — nem (pelo menos expressamente) em casos de qualificação mais discutível como os de entrega de *quantidades menores* às convencionadas ou de *aliud pro alio*.

Julgamos que se devem deixar estas duas últimas hipóteses de lado, tal como hoje não existe qualquer preceito que as submeta expressamente ao regime geral do não cumprimento ou ao da venda de coisas defeituosas. Aliás, ainda que se entenda que a Directiva compreende, na falta de conformidade com o contrato, a entrega de quantidades menores e o *aliud pro alio*, e que o regime da venda de coisas defeituosas lhes não é aplicável, sempre tais casos serão submetidos ao regime geral do não cumprimento (artigos 798.º e segs., esp. 801.º e 802.º, do Código Civil), que não se afasta significativamente da disciplina prevista na Directiva.

Diferente é a solução preferível para o caso dos ónus ou limitações *jurídicos* — dos defeitos de direito. Dada a própria estrutura da regulamentação da venda de coisas defeituosas no Código Civil, com uma remissão geral no artigo 913.º para o regime da venda de bens onerados, e o evidente paralelismo existente entre as situações de falta de conformidade por defeitos fácticos e por ónus ou limitações jurídicas (embora com especificidades, por exemplo, no que diz respeito aos prazos), uma alteração apenas do regime da venda de coisas defeituosas, deixando intocado o da venda de bens onerados, criaria assintonias dificilmente justificáveis⁴³.

⁴³ Não se ignora que a venda de bens onerados — a existência de ónus ou limitações jurídicas no direito transmitido — pode nalguns casos aproximar-se bastante da situação de *venda de bens alheios*, prevista nos artigos 892.º e segs. e sancionada com a nulidade do contrato. Afigura-se, porém, que, consagrando-se um dever contratual de entrega da coisa sem defeitos, de facto ou de direito, e, conseqüentemente, enquadrando-se os casos de ónus ou limitações jurídicas e de defeitos da coisa no cumpri-

3. Epígrafes e estrutura da regulamentação

Conclui-se, pois, que se recomenda a alteração logo dos artigos 905.º e segs., e não apenas dos artigos 913.º e segs. do Código Civil. Assim, para além do já referido artigo 882.º (no qual se prevê o dever de entrega de uma coisa sem defeitos) propõem-se alterações no Código Civil em normas das secções V (“Venda de bens onerados”) e VI (“Venda de coisas defeituosas”) do capítulo I (“Compra e venda”) do título relativo aos contratos em especial.

Mantém-se, porém, a *estrutura* da disciplina destas matérias, com uma *remissão geral* na primeira disposição relativa à venda de coisas defeituosas para a secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes. E também se mantém a *numeração* actual dos artigos que no Código Civil iniciam e fecham cada uma das secções em questão, bem como, tanto quanto possível, a numeração das normas nas quais são tratadas as matérias hoje reguladas no Código Civil (assim, por exemplo, no artigo 911.º continua a disciplinar-se a “redução do preço”, e no artigo 912.º as disposições supletivas; e o artigo 913.º mantém-se como norma que define os defeitos da coisa relevantes).

Já, porém, se afigura recomendável a alteração das *epígrafes* das secções V e VI, em conformidade com a aproximação do conteúdo da disciplina respectiva do cumprimento defeituoso.

Na verdade, deixa então de estar em causa uma concreta conclusão de um contrato de compra e venda de coisas que eram defeituosas (ou de bens que estavam onerados) — uma “venda de coisas defeituosas” ou uma “venda de bens onerados” —, para os defeitos da coisa (ou os ónus ou limitações jurídicos) relevarem antes enquanto implicam a violação de um dever contratual — o dever de entrega de coisas livres de defeitos.

mento defeituoso, se justifica a distinção em relação ao regime da venda de bens alheios, que não traduz um não cumprimento de um *dever contratual*, mas a falta de um elemento essencial do negócio — a *legitimidade* do vendedor. Aliás, também hoje a sanção prevista na lei para ambos os casos é distinta — nulidade e anulabilidade. E, nos casos de boa fé do comprador, sempre se mantém a obrigação do vendedor de convalidação, prevista no artigo 897.º.

*aa) ÓNUS OU LIMITAÇÕES DO DIREITO***4. Resolução do contrato**

O artigo 905.º proposto corresponde ao actual artigo 905.º do Código Civil, embora com as adaptações resultantes da aceitação do enquadramento no cumprimento defeituoso.

Assim, mantém-se o recorte da hipótese dos ónus ou limitações jurídicos, que desencadeia a aplicação do respectivo regime — “Se o direito transmitido estiver sujeito a alguns ónus ou limitações que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria (...)”. Todavia, desaparecendo a referência ao erro ou ao dolo, e a respectiva consequência jurídica, torna-se necessário, não apenas alterar a epígrafe do artigo 905.º, mas também prever que apenas relevam os ónus ou limitações *desconhecidos do comprador*.

A Directiva permite, é certo, considerar irrelevantes, não apenas aqueles ónus ou limitações (aquelas faltas de conformidade) *efectivamente desconhecidos* do comprador no momento da celebração do contrato — em relação aos quais se pode facilmente admitir que existe um erro —, como aqueles que este não puder razoavelmente ignorar — em relação aos quais só um *erro culposo* do comprador é de considerar, sendo certo que, como se sabe, não existe unanimidade quanto à relevância de lege lata deste tipo de erro no nosso direito. Em conformidade com a orientação preferível quanto a este último problema⁴⁴, admite-se que, se o comprador não conhecia realmente, mas apenas *devia conhecer* os ónus ou limitações da coisa, o regime da venda de bens onerados lhe era já hoje, ainda assim, aplicável — não existindo qualquer norma, nem no regime da compra e venda, nem no regime geral do erro, que, para além da referência ao erro do comprador, atribua relevância a uma sua conduta culposa, por forma a excluir a aplicação desse regime. E propõe-se a manutenção de tal regime, através da referência apenas aos ónus ou limitações *desconhecidos* do comprador (sendo certo que a irrelevância do facto de o comprador não poder razoavelmente ignorar os

⁴⁴ Cfr., para mais indicações, a nossa *Declaração tácita...*, cit., p. 406 e segs., nota 440.

defeitos é permitida pela Directiva, pois ao comprador/consumidor é desta forma assegurado um nível mais elevado de protecção). Se o comprador, no momento da celebração do contrato⁴⁵, conhecia o defeito, não poderá, pois, invocar o regime dos ónus ou limitações do direito, tal como não podia recorrer à disciplina da venda de bens onerados, por se não encontrar em erro.

Quanto à consequência jurídica, em consonância com a previsão de um dever de entrega da coisa livre de defeitos, termina-se com a remissão para a *anulabilidade* por erro ou dolo, que já era também facilmente conciliável com os direitos à expurgação dos ónus e limitações e à reparação e substituição da coisa. Prevê-se, antes, a possibilidade de *resolução* do contrato pelo comprador, que constitui a consequência adequada à configuração destas hipóteses como de cumprimento defeituoso.

Tal direito de resolução apenas existe, porém, se o vendedor não expurgar os ónus ou limitações no *prazo que razoavelmente o comprador lhe fixar*. O comprador tem, pois, o ónus de fixar ao vendedor um

⁴⁵ Pode, porém, existir uma renúncia tácita aos direitos resultantes do regime (que não é indisponível) da garantia legal do comprador, depreendida do acto de aceitação de uma coisa cujo vício ou falta de qualidade são conhecidos pelo credor no momento em que aceita o cumprimento do contrato, e determinada nos quadros da teoria do negócio jurídico (exigindo os requisitos para a existência e eficácia de uma declaração negocial renunciativa) — v. a nossa *Declaração tácita...*, cit., p. 832.

Não se recomenda, porém, a adopção de uma norma como o § 464 do BGB, segundo o qual, se o comprador aceitar uma coisa defeituosa, apesar de conhecer os vícios, só mantém os direitos resultantes do regime da garantia se fizer uma reserva. Tal hipótese pode igualmente verificar-se entre nós, pois refere-se apenas ao momento da entrega, mas a sua solução não deve ser feita decorrer directamente de uma norma legal, e antes da existência de uma renúncia tácita, nos termos gerais. Aliás, o § 464 do BGB é revogado pela referida “Lei de modernização do direito das obrigações”, fundando-se a revogação na incompatibilidade desta exclusão de responsabilidade do vendedor com o disposto no artigo 2.º, n.º 3, da Directiva, que, como referimos, prevê que a falta de conformidade não relevará se for conhecida (ou reconhecível) pelo comprador no momento da entrega. O alargamento da exclusão aos casos de conhecimento posterior à entrega colocaria o comprador/consumidor em situação pior do que a resultante do regime da Directiva, e não se justificaria manter a disposição para os restantes compradores. V. a fundamentação em Bundesministerium der Justiz, *Regierungsentwurf...*, cit., pp. 477-8.

prazo razoável para a expurgação dos defeitos de direito, findo o qual pode resolver o contrato. Na verdade, importa considerar que, diferentemente da anulação do contrato — que exige uma acção judicial —, a resolução é efectuada, nos termos gerais, mediante declaração extrajudicial à outra parte (artigo 436.º, n.º 1, do Código Civil), no exercício de um direito potestativo, e produz efeitos imediatamente (caso não tenha existido fundamento para a resolução, poderá, porém, concluir-se, ou pela sua ineficácia ou pela extinção do contrato, em qualquer caso tendo a outra parte direito a ser indemnizada⁴⁶).

Ora, enquanto pela própria necessidade de uma *acção* para anular o contrato com fundamento nos ónus ou limitações da coisa o vendedor acaba por dispor de uma “segunda oportunidade” para cumprir, fazendo desaparecer os ónus ou limitações e, conseqüentemente, sanando a anulabilidade do contrato (nos termos do actual artigo 906.º, n.º 1, do Código Civil), não seria assim para a resolução. Esta, ou produzirá efeito imediatamente (sendo fundada), sem que o vendedor possa tentar fazer desaparecer os ónus ou limitações, ou não produzirá efeitos, se não existir fundamento para ela (e o problema de uma “segunda oportunidade” para cumprir não se chega a pôr). Afigura-se, assim, conveniente que ao vendedor seja concedida uma “segunda oportunidade” para cumprir, expurgando os ónus ou limitações, sendo justamente esse o objectivo da *fixação do prazo* pelo comprador (para um lugar paralelo no Código Civil, no que toca à conversão da mora em impossibilidade de cumprimento, cfr. o artigo 808.º, n.º 1, do Código Civil)^{46A}.

É certo que a Directiva não requer que o consumidor fixe um prazo ao vendedor para poder resolver o contrato. Por isso, solução seme-

⁴⁶ Sobre as conseqüências jurídicas da declaração de resolução do contrato sem fundamento (como se vem a apurar posteriormente por decisão judicial), v., por último, António PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial — Relatório*, Coimbra, 2002, pp. 147-8, defendendo que a falta de fundamento da resolução se traduz “numa situação de não cumprimento, com a conseqüente obrigação de indemnização” (e equacionando a possibilidade de equiparação da declaração de resolução sem fundamento a uma declaração de recusa de cumprimento).

^{46A} Defendendo que a aplicação das regras do não cumprimento (designadamente, do artigo 808.º n.º 1) “seria a melhor solução”, v. J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 38 (e também p. 81).

lhante prevista no projecto alemão foi criticada porque, alegadamente, não seria compatível com ela. Ora, como salienta a doutrina mais autorizada, “na realidade retira-se da Directiva que o comprador apenas pode exigir a resolução do contrato depois de decorrido um prazo razoável, mas não que ele mesmo tem de fixar um tal prazo (artigo 3.º, n.º 3, 3.ª frase). Se o comprador omitir a fixação do prazo, ter-se-á pois de admitir na compra de bens de consumo, e por interpretação conforme à Directiva, que o comprador não tem ainda de fixar posteriormente um prazo, mas antes que começa a correr *ipso iure* um prazo razoável desde o momento da declaração de resolução. Diversamente, quando não se tratar de uma compra de bens de consumo, a falta de fixação do prazo tem em princípio como consequência que falta um pressuposto legal para a resolução, e que a sua declaração é, portanto, ineficaz.”⁴⁷

Por último, prevê-se, em correspondência com o disposto no artigo 802.º, n.º 2, que o direito de resolução não existe se os ónus ou limitações tiverem *escassa importância*. Para as vendas de bens de consumo abrangidas pela Directiva, tal escassa importância deverá também ser interpretada em conformidade com ela, por forma a apenas incluir os defeitos que importem faltas de conformidade *insignificantes* (artigo 3.º, n.º 5, da Directiva).

5. Extinção do direito de resolução e obrigação de expurgação dos ónus ou limitações

Mantém-se a disposição (artigo 906.º) sobre a extinção do direito de fazer cessar os efeitos negociais — agora sobre a extinção do direito de resolução, caso desapareçam, por qualquer modo, os ónus ou limitações a que o direito estava sujeito, e, evidentemente, apenas até a resolução produzir efeitos. Porém, a extinção do direito de resolução continua a não se verificar se a existência dos ónus ou limitações já houver causado prejuízo ao comprador.

E também o artigo 907.º, que prevê a obrigação do vendedor de expurgar os ónus ou limitações e de promover, à sua custa, o cancela-

⁴⁷ C.-W. CANARIS, Die Umsetzung..., cit., p. 7.

mento dos registos de quaisquer ónus ou limitações que na realidade não existam, se mantém, embora se elimine a previsão de fixação de prazo para a expurgação pelo tribunal, em conformidade com o que se dispõe no proposto artigo 905.º, sobre a fixação de prazo *pelo comprador*, para o vendedor expurgar os ónus ou limitações.

6. Indemnização

A indemnização do comprador em caso de falta de conformidade não é regulada pela Directiva — seja por prejuízos directamente resultantes da falta de conformidade, seja dos danos indirectamente causados. Isto ao contrário do que acontece, quer no regime contido actualmente no Código Civil (artigos 908.º a 910.º, 913.º e 915.º*) — onde se prevê, designadamente, a indemnização em caso de dolo do comprador, correspondente ao chamado “interesse contratual negativo”, e, em caso de simples erro, limitada aos danos emergentes, bem como, para a venda de coisas defeituosas, dependente de culpa do vendedor (artigo 915.º) —, quer no regime do “direito à reparação de danos” resultante do artigo 12.º da LDC**.

⁴⁸ Relativamente ao contrato de empreitada, o artigo 1223.º ressalva o “direito a ser indemnizado nos termos gerais.”

⁴⁹ No artigo 12.º, n.º 1, desta lei preceitua-se que “o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.” Ao contrário do que acontece para os direitos previstos no n.º 1 deste artigo (reparação e substituição da coisa, redução do preço e resolução do contrato), a lei não esclarece, porém, expressamente, se este direito de indemnização também é reconhecido *independentemente de culpa* do vendedor (*rectius*, do conhecimento ou desconhecimento com culpa do defeito), diversamente do que preceitua o artigo 915.º do Código Civil. Por uma razão de paralelismo com aqueles direitos à reparação e substituição, também feitos depender de culpa pelo Código Civil e para os quais a LDC a dispensa, poderia tender-se a uma resposta afirmativa, considerando objectiva a responsabilidade do vendedor perante o comprador/consumidor. Podemos, porém, perguntar-nos se, para além dos aspectos expressamente regulados no artigo 12.º, n.º 1, da LDC, devem continuar a exigir-se as condições de exercício dos direitos estabelecidas na lei geral (v.g. um erro essencial para a resolução e a necessidade da substituição), como nota J. SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva...”, cit.,

A transposição da Directiva não exige, pois, qualquer alteração no regime da indemnização pelos defeitos da coisa.

Afigura-se, porém, necessário adaptar as disposições respectivas, quer ao desaparecimento da conexão do regime com a existência de vícios da vontade como o erro ou dolo do comprador, quer ao seu enquadramento no cumprimento defeituoso, com a consequência da resolução. Assim, no proposto artigo 908.º prevê-se (tal como, em geral, no artigo 801.º, n.º 2, para a resolução por não cumprimento) que a resolução do contrato não prejudica a indemnização a que o comprador tenha direito, nos termos gerais, sem qualquer precisão suplementar — e, designadamente, sem tomar partido na conhecida controvérsia sobre o cálculo da indemnização devida nos termos gerais, pelo dano da confiança, ou “interesse contratual negativo”, ou pelo dano do cumprimento, ou “interesse contratual positivo”⁵⁰.

No proposto artigo 909.º (indemnização, não havendo culpa) recolhe-se a previsão de responsabilidade *objectiva* do vendedor, actualmente contida no artigo 909.º do Código Civil para os casos de anulação fundada em simples erro. Assim, mesmo que não tenha existido culpa da parte do vendedor, este também é obrigado a indemnizar o comprador, mas a indemnização abrangerá apenas os danos emergentes, e não os lucros cessantes. Quando exista culpa do vendedor, fica ressalvado o direito de indemnização, nos termos gerais.

nota 22. No caso vertente, trata-se, ainda assim, de forma algo diversa, de apurar se a desnecessidade da culpa expressamente prevista no n.º 1 do artigo 12.º vale também para o n.º 3, ou se prevalece ainda o princípio *geral* da responsabilidade por culpa do vendedor perante o consumidor.

Note-se, desde já, que aquele problema de determinação, por interpretação da lei, das condições de exercício dos direitos reconhecidos ao consumidor pela LDC — que nem sempre é de solução fácil — se afigura, como se verá, como verdadeiramente *crucial* para a transposição da directiva para a nossa ordem jurídica, dele dependendo, nalguns pontos, a resposta à questão de saber se o nosso direito carece, ou não, de ser modificado.

⁵⁰ Sobre esta discussão, v., por último e com mais indicações, Jorge RIBEIRO DE FARIA, “A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão”, in *Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, 2001, pp. 11-62.

No artigo 910.º propõe-se a manutenção da responsabilidade pelo não cumprimento pelo vendedor da obrigação de expurgar os ónus ou limitações. Assim, se o vendedor não cumprir esta obrigação, e se constituir em responsabilidade por esse facto, a correspondente indemnização continua a acrescer àquela a que o comprador tenha direito a receber devido aos defeitos, salvo na parte em que o prejuízo foi comum. Todavia, mantém-se também, para o caso de indemnização nos termos gerais havendo culpa do vendedor (caso em que abrange os lucros cessantes), a necessidade de o comprador optar entre a indemnização dos lucros cessantes nesses termos e a dos lucros cessantes pelo facto de não serem expurgados os ónus ou limitações.

7. Redução do preço

O artigo 911.º proposto trata da redução do preço, e corresponde também ao actual artigo 911.º do Código Civil. Todavia, a redução do preço é prevista em *alternativa* à resolução, e não apenas “se as circunstâncias mostrarem que, sem erro ou dolo, o comprador teria igualmente adquirido os bens, mas por preço inferior”.

Procura-se, assim, corresponder à previsão, no artigo 3.º, n.º 5, da Directiva, do direito do comprador a *optar* por uma redução adequada do preço, em vez da resolução, mesmo que a inexistência de ónus ou limitações ou do defeito tenha sido essencial para a celebração da compra e venda, de tal forma que sem aqueles o comprador não teria adquirido os bens. Eventuais objecções resultantes do facto de o preço poder assim ser reduzido numa grande medida, mantendo-se o contrato, não foram, pois, consideradas decisivas pela Directiva, que concedeu a primazia a um eventual interesse do comprador em conservar a coisa, ainda que defeituosa, reestabelecendo-se a relação de equivalência através de uma redução da contraprestação. Aliás, também no regime da impossibilidade parcial de cumprimento (artigo 802.º, n.º 1), a resolução do contrato, por um lado, e a exigência do cumprimento do que for possível, com redução da contraprestação, por outro, são alternativas à escolha do credor — mantendo-se em qualquer dos casos a indemnização.

Mantém-se igualmente a referência a uma redução do preço “em harmonia com a desvalorização resultante dos ónus ou limitações”, e a remissão (contida no n.º 2 do artigo 911.º) para os preceitos anteriores, com as necessárias adaptações.

8. Disposições supletivas

O artigo 912.º proposto corresponde, com as adaptações necessárias, ao actual artigo 912.º, que determina quais as disposições que podem ser afastadas por estipulação em contrário. Assim, a obrigação de expurgação de ónus e limitações, e as previsões de responsabilidade objectiva do vendedor e de responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação de expurgação dos ónus ou limitações cedem perante estipulação das partes, salvo se o vendedor conhecesse os ónus ou limitações e as cláusulas contrárias àquelas normas visarem a beneficiá-lo. Por outro lado, a resolução do contrato de compra e venda não obsta à eficácia das cláusulas derogadoras destas disposições supletivas.

9. A questão do concurso com o regime dos vícios da vontade e da impossibilidade originária

Como se disse, propõe-se o enquadramento do regime dos ónus e limitações jurídicos e dos defeitos da coisa no não cumprimento, na sequência da previsão de um dever de entrega da coisa livre de defeitos. Não se ignora, porém, que a conjugação deste regime — incidente sobre a fase executiva do contrato — com a eventual possibilidade de invocação de causas de invalidade do negócio — ou seja, de vícios genéticos, verificados logo na fase estipulativa — pode suscitar alguns problemas. Assim, no caso da venda de coisa específica, o comprador que desconheça os ónus ou limitações jurídicos, ou o defeito de facto, pode ter incorrido num erro-vício (ou ter sido enganado pelo vendedor). Pode, então, por exemplo, verificar-se um “conflito entre a solução de anulação por motivo de erro e a reparação fundada em incumprimento”.

mento”⁵¹. Como conjugar o regime previsto com a possibilidade de anulação por erro, ou dolo, pelo comprador?

Por outro lado, pode acontecer que, da parte do vendedor que desconhecesse também os vícios da coisa, se tenha verificado igualmente um vício da vontade. Há que perguntar se o vendedor pode então anular o contrato, não ficando, conseqüentemente, obrigado nos termos dos propostos artigos 882.º, n.º 2 e 905.º e segs..

E não é, sequer, de excluir que se tenha verificado uma impossibilidade originária do objecto, ou de “inaptidão do objecto designado”⁵², que, nos termos do artigo 401.º, n.º 1, do Código Civil, torne o contrato nulo⁵³.

Entende-se, porém, que a solução a dar a estes problemas não deve ser objecto de uma norma legal expressa, quer no sentido de ressaltar a aplicação dos preceitos relativos aos vícios da vontade (erro-vício ou dolo), quer no sentido de afastar tal aplicação⁵⁴.

⁵¹ UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Roma 1995, comentário 1 ao artigo 3.7., p. 95.

⁵² V. M. CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento...”, cit., p. 476.

⁵³ Cfr. C.-W. CANARIS, “Zur Bedeutung der Kategorie der ‘Unmöglichkeit’ für das Recht der Leistungsstörungen”, cit., pp. 69 e ss., 72 e ss., que analisa o concurso entre a impossibilidade originária e o erro-vício do vendedor e propõe a inclusão de uma regra no Código alemão no sentido de impedir a anulação pelo devedor com fundamento na mera circunstância de, no momento da conclusão do contrato, a obrigação ser impossível.

⁵⁴ Aliás, como se sabe, entre nós a doutrina formula como requisito geral de relevância do erro-vício a sua propriedade — isto é, a circunstância de o erro não incidir sobre a verificação de condições legais de validade do negócio. Tal requisito, que resultaria do próprio objecto do erro, não estando, por isso, também hoje expresso na lei, tem a sua origem já em SAVIGNY, o qual, aliás, incluía aqui também os casos de erro na declaração, e, por ex., casos de erro sobre a interpretação de uma conduta como declaração tácita (v. *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin, 1840, p. 445). V. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, 2.º vol., Coimbra, 1960, p. 239, C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, cit., p. 510, Heinrich HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1992, p. 575. Um sector da doutrina (v., por ex., João de CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1979, ed. revista em 1985, pp. 89, s) não o aceita — o erro não seria invocável nos casos em que a falta do requisito legal produza a nulidade, mas já não seria assim quando a sanção é a anulabilidade (por ex., o erro sobre a própria capacidade de exercício).

É, aliás, de notar que não existe, a respeito da primeira hipótese referida, concordância na orientação adoptada nos textos que visam a uniformização internacional do direito dos contratos. Assim, enquanto no artigo 3.7 dos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, do UNIDROIT, se pode ler que “a anulação do contrato não pode ser efectuada por uma parte com fundamento em erro quando as circunstâncias que invoca lhe permitem ou podiam ter permitido agir com base em incumprimento do contrato”, dando-se “preferência à reparação por incumprimento, visto que esta parece mais adequada e é mais flexível do que a solução radical da anulação”⁵⁵, no artigo 4.119 dos *Principles of European Contract Law*, aprovados pela Comissão Lando, dispõe-se que “uma parte que tem direito a agir segundo o disposto neste capítulo [validade] em circunstâncias que lhe atribuem também uma acção por não cumprimento pode invocar um ou outro remédio.”

bb) DEFEITOS DA COISA

10. Definição dos defeitos relevantes

O artigo 913.º proposto com o qual abre a secção VI, relativa aos “defeitos da coisa”, contém na sua hipótese, como o actual artigo 913.º do Código Civil, uma noção dos defeitos relevantes e, como consequência jurídica, uma remissão, com as devidas adaptações, para “o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes.” Mantém-se, pois, a estrutura da regulamentação actual, que é definida a propósito dos ónus ou limitações jurídicos, com uma remissão genérica para os defeitos fácticos da coisa.

A hipótese normativa deste primeiro artigo da secção VI carece, porém, de ligeiras modificações, por forma a adaptá-la às exigências da Directiva. Assim, mantém-se a referência ao vício que desvalorize a coisa e à falta de qualidades asseguradas pelo vendedor. Passa, porém, a considerar-se igualmente defeito da coisa a inadequação às utilizações

⁵⁵ UNIDROIT, *Princípios...*, cit., p. 95.

habituais das coisas do mesmo tipo ou à utilização específica dada pelo comprador e aceita pelo vendedor, mesmo que tal utilização específica *não resulte do contrato* e deixando de ser *meramente subsidiária* a consideração da função normal das coisas da mesma categoria (artigo 2.º, n.º 2, alíneas b) e c) da Directiva, e, quanto ao carácter cumulativo dos critérios, o seu considerando 8).

Por outro lado, precisa-se que se inclui no regime dos defeitos da coisa a falta de correspondência à *descrição* dela feita pelo vendedor — ainda que não seja possível, por interpretação, determinar a existência de uma verdadeira garantia de qualidades (artigo 2.º, n.º 2, alínea a) da Directiva). E inclui-se igualmente na hipótese dos defeitos da coisa a não apresentação das qualidades e do desempenho habituais nas coisas do mesmo tipo e que o comprador *podia razoavelmente esperar*, precisando-se, tal como na Directiva, que as expectativas razoáveis do comprador se determinam atendendo à natureza da coisa e às declarações do vendedor, do produtor, ou de outra pessoa autorizada por estes, sobre as suas características, salvo se o vendedor provar que não conhecia nem podia conhecer a declaração, que esta foi corrigida antes da aceitação, ou que o comprador não pode ter sido influenciada por ela (artigo 2.º, n.º 2, alínea d) e n.º 4 da Directiva).

É certo que, nos termos do artigo 7.º, n.º 5, da LDC, as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito se consideram integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, “tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”. Tal norma, porém, mesmo que fosse considerada de aplicação geral (isto é, para além dos casos de contratos celebrados com consumidores), é confinada às mensagens *publicitárias*, não abrangendo outros tipos de declarações públicas do vendedor, do produtor, ou de outra pessoa autorizada por estes, sobre as características da coisa, como, por exemplo, as constantes da rotulagem. Optou-se, assim, por incluir a referência a tais declarações públicas na definição dos defeitos da coisa relevantes segundo o regime geral.

Uma orientação semelhante é a adoptada no § 922, n.º 2, do Código Civil austríaco (na redacção dada pela *Gewährleistungssänderungsgesetz* citada) que dispõe: “No apuramento da correspondência

da coisa ao contrato deve considerar-se o que o adquirente pode esperar com fundamento nas declarações públicas sobre a coisa efectuadas pelo transmitente ou pelo produtor, designadamente na publicidade e nas indicações que acompanhem a coisa; o disposto anteriormente aplica-se também a declarações públicas da pessoa que importou a coisa para o espaço económico europeu ou que se apresenta como produtor através da aposição na coisa do seu nome, marca ou outra denominação. Tais declarações públicas não vinculam, porém, o transmitente, se ele não as conhecia nem devia conhecer, se elas foram sido corrigidas antes da conclusão do contrato, ou se não podiam ter influenciado tal conclusão.”

E também no § 434, n.º 1, último parágrafo do Código Civil alemão (na redacção dada pela referida “Lei de modernização do direito das obrigações”) se pode ler, a propósito da definição de vício da coisa (“*Sachmangel*”) para efeito do regime geral da compra e venda: “O estado [da coisa] nos termos da frase 2, n.º 2, é igualmente integrado por características que o comprador pode esperar segundo as declarações públicas do vendedor, do produtor (§ 4, n.ºs 1 e 2 da *Produkthaftungsgesetz*) ou de um seu auxiliar, sobre determinadas características, em especial na publicidade e na rotulagem, salvo se o vendedor não conhecia nem devia conhecer a declaração, se esta fora corrigida por forma equivalente no momento da conclusão do contrato ou se não podia influenciar a decisão de compra.”

Por último, mantém-se igualmente — como n.º 3 do artigo 913.º, onde a sua inclusão tem todo o sentido, por tratar também da definição relevante de defeito — a norma relativa à venda sobre amostra (actual artigo 919.º) ou modelo, entendendo-se que o vendedor assegura a existência, na coisa vendida, de qualidades iguais às da amostra ou modelo. Elimina-se, pois, a excepção para a hipótese de da convenção ou dos usos resultar que a amostra “serve somente para indicar de modo aproximado as qualidades do objecto”, que se não contém no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), parte final, da Directiva.

Note-se, ainda, que também a propósito do regime dos defeitos da coisa se precisa que este apenas se aplica se o comprador os não *conhecia*. Na verdade, também aqui desaparecendo a referência ao erro ou ao dolo, e a respectiva consequência jurídica, se torna necessário incluir

como elemento da previsão normativa o desconhecimento por parte do comprador⁵⁶.

11. Momento relevante para a apreciação do defeito

Questão relevante, que se resolve agora também logo no recorte da previsão normativa dos defeitos da coisa, é a de saber qual o momento relevante para a sua verificação — o da entrega ao comprador ou logo o da celebração do contrato. E, portanto, a questão de saber se o artigo 918.º, na parte em que se refere aos defeitos supervenientes, deve ser alterado, por confronto com o artigo 3.º, n.º 1 da Directiva.

Ora, seja qual for o exacto alcance que se entenda dever atribuir ao considerando 14 da Directiva⁵⁷, parece-nos claro que uma regulamentação segundo a qual o vendedor pode entregar ao comprador (designadamente, ao consumidor) bens que não estejam em conformidade com o contrato, desde que a falta de conformidade resulte de circunstâncias posteriores à conclusão deste, contrariaria o sentido literal e, sobretudo, a finalidade de defesa do comprador/consumidor do artigo 3.º, n.º 1 da

⁵⁶ Poderia, é certo, entender-se que a exigência de tal requisito já resultaria da remissão para o disposto na secção precedente. Essa conclusão não seria, porém, inteiramente líquida, considerando que a previsão dos defeitos da coisa é recortada no primeiro artigo da respectiva secção, e que a referida remissão pode ser entendida como simples remissão quanto aos efeitos jurídicos (“*Rechtsfolgeverweisung*”).

⁵⁷ Dirk STAUDENMAYER, “Die EG- Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf”, *NJW*, 33, 1999, pp. 2393-7, 2395, refere que, com tal considerando (como com o emprego da designação “*Lieferung*” e não entrega ou “*Übergabe*”) se pretendeu, designadamente, evitar impor a alteração das regras de transferência do risco nos casos de venda de coisas que devam ser transportadas e de *mora accipiendi*, que no direito alemão se dá anteriormente à entrega efectiva ao comprador. C. TWIGG-FLESNER, cit., p. 179, refere que tal considerando seria um resultado do artigo 295 do Tratado, segundo o qual este “em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-membros”.

Na proposta de directiva, apenas se falava da responsabilidade do vendedor pela falta de conformidade existente aquando da entrega ao consumidor, tendo o Parlamento Europeu proposto acrescentar o adjectivo “efectiva”, no que não foi acompanhado pela Comissão, na proposta alterada. O Conselho, na posição comum, mantendo a referência apenas à entrega, acrescentou o que veio a ser o considerando 14.

Directiva. Deste resulta, a nosso ver, que a intenção do legislador comunitário foi a de que o vendedor corre, até ao momento da entrega, o risco da falta de conformidade, quer esteja em causa uma obrigação em que o vendedor está vinculado a transportar o bem até ao lugar do cumprimento (dívidas “portables” ou “Bringschulden”), quer o objecto da prestação deva ser enviado pelo vendedor para lugar diferente do cumprimento (“Schickschulden”, ou “dívidas de envio” ou remessa, como as previstas no artigo 797.º do Código Civil)⁵⁸.

Em ambas estas hipóteses, não diferenciadas pela directiva, a situação do comprador/consumidor pode, quanto a nós, ser caracterizada, de forma decisivamente relevante para a transferência do risco, pela *ausência*, antes da entrega do bem, de possibilidade de *controlar a verificação do risco* de perecimento ou deterioração da coisa, sendo injusto, designadamente, que o risco do (e durante o) transporte seja corrido pelo consumidor⁵⁹.

⁵⁸ Ressalvado, obviamente, o regime da mora do credor — v. o artigo 815.º do Código Civil.

⁵⁹ O sentido e alcance desta norma do Código Civil, perante a regra geral de transferência do risco no momento da conclusão do contrato, pode, aliás, ser justificadamente posto em causa. Assim, defendemos que o seu âmbito deve ser circunscrito às obrigações genéricas, precisando para elas que a concentração e a transferência do risco se dá no momento da entrega ao transportador — v. supra, nota 8.

⁶⁰ V. o *Livro verde...*, cit., p. 115: o consumidor deve receber um bem em condições. V. tb., em face do texto da directiva, Mário TENREIRO/Soledad GÓMEZ, “La Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation”, *REDC*, 2000, pp. 16-7 (entendendo o considerando 14 como apenas ressalvando as regras civilísticas gerais, para os contratos não cobertos pela directiva, sobre transferência do risco) C. TWIGG-FLESNER, cit., 179 (“presunção de que o risco se transfere com a entrega efectiva”), e, no direito alemão, M. LEHMANN, cit., nota 55. Cf. diversamente, salientando a relevância do considerando 14, D. STAUDENMAYER, loc. cit., W. SCHUMACHER, cit., p. 380. A solução só nos parece dever ser diversa se as partes *previram que o transporte ficasse a cargo* do comprador, sendo a este que cumpre ir buscar o bem. Nesse caso, os riscos de perecimento ou deteriorações durante o transporte devem ser suportados por este. Mesmo nos casos de “Holschulden” (“*dettes quérables*”), porém, fora os casos de mora do credor, a conformidade deve ser apreciada no momento em que o consumidor levante efectivamente o bem.

Por outro lado, é evidente que o facto de a falta de conformidade do bem dever ser apreciada no momento da entrega do bem não implica que ela já se tenha manifes-

Precisa-se, pois, em transposição do disposto no artigo 3.º, n.º 1 (quanto ao momento de determinação do defeito) da Directiva, que a existência de defeitos da coisa é relevante no *momento da sua entrega* ao comprador — em conformidade, aliás, com a previsão do dever de entrega da coisa sem defeitos e o correspondente enquadramento da matéria no regime do cumprimento do contrato⁶⁰.

12. Presunção de anterioridade do defeito à entrega

A presunção da anterioridade à entrega do bem do defeito que se manifeste num prazo de seis meses a contar dessa data, consagrada no artigo 5.º, n.º 3, da Directiva, não existe actualmente, com tal forma, na ordem jurídica portuguesa. Na verdade, aplicando o regime geral de repartição do ónus da prova à regulamentação dos direitos do consumidor prevista na directiva, ao consumidor competiria provar a falta de conformidade no momento da entrega da coisa. Todavia, esta prova pode ser muito difícil para o comprador, pelo que se consagrou na Directiva uma presunção, que admite prova em contrário, de que as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de seis meses a contar da data da entrega do bem já existiam nessa data, salvo quando essa presunção for incompatível com a natureza do bem, ou com as características da falta de conformidade⁶¹. Trata-se de uma regra que pode revestir-se de bastante importância no caso concreto, já que normal-

tado — ou, muito menos, que pudesse ser detectada (antes pelo contrário) — nesse momento. Assim, M. TENREIRO/S. GÓMEZ, “La Directive...”, loc. cit.

⁶¹ Já perante o actual regime do Código Civil havia, aliás, quem defendesse que a data do cumprimento (e não a da transferência do risco) era a relevante para a determinação da existência de defeitos da coisa — v. P. ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso...*, cit., pp. 214-5.

⁶² Esta presunção teve origem, com formulação praticamente idêntica à do texto final da directiva, no artigo 3.º, n.º 3 da proposta. Transitou quase sem alterações (o Parlamento Europeu propôs em primeira leitura a referência, também aqui, à entrega efectiva) para a posição comum (passando a falar-se das “características” e não da “natureza” da falta de conformidade), sendo nesta alterado o seu enquadramento (passou a constar na norma sobre prazos, e não na relativa aos direitos do consumidor).

mente o comprador de bens de consumo desconhecerá as diversas fases pelas quais passou o bem até lhe ser entregue, e, mesmo — sobretudo naqueles bens que empreguem tecnologias sofisticadas — a origem possível do defeito. Em muitas situações encontrar-se-ia, mesmo, para fazer valer os direitos que a lei lhe reconhece, num verdadeiro “estado de necessidade probatório”, sem conseguir evitar que tais direitos não passem, na prática, de meras proclamações sem exequibilidade. Por outro lado, normalmente será muito mais fácil ao vendedor provar que o defeito não se verificava no momento da entrega⁶³.

Segundo o actual regime da venda de coisas defeituosas contido no Código Civil, é ao comprador que compete provar a existência do ónus ou defeito da coisa e a sua *anterioridade* ou *contemporaneidade* com a celebração do contrato. Todavia, uma vez que, se o vício for posterior à celebração do contrato e anterior à entrega da coisa se aplicam ainda as normas do não cumprimento (artigo 918.º do mesmo diploma), na prática bastará ao comprador provar a anterioridade em relação à entrega, para desde logo beneficiar deste regime do não cumprimento (só se quiser beneficiar do regime da garantia edilícia, na medida em que este, diversamente do regime geral do não cumprimento, não pressuponha culpa do vendedor, é que o comprador terá de provar a anterioridade ou contemporaneidade do vício ou da falta de qualidade em relação à conclusão do contrato).

Nota-se, assim, que a disposição do artigo 5.º, n.º 3, da Directiva não encontra hoje paralelo específico⁶⁴ no regime geral da compra e venda. Para os bens não consumíveis adquiridos por consumidores a profissionais, pode, porém, encontrar-se algum “equivalente funcional” da presunção de anterioridade, prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Directiva, na obriga-

⁶³ COM(95)520 final, cit., p. 13. Referindo que esta justificação soa um pouco “salomónica”, na medida em que valeria igualmente para faltas de conformidade que se manifestam depois do prazo de seis meses, Beate GSELL, “Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf”, *ERPL*, 2, 1999, pp. 151-73, 168.

⁶⁴ E não parece também que se possa sempre chegar à solução nela consagrada por intermédio da aplicação de princípios gerais — por exemplo, um hipotético princípio de inversão do ónus da prova em casos justamente de flagrante “estado de necessidade probatório” (*Beweisnot*) para salvaguarda de um direito.

ção do “fornecedor” de garantir o bom estado e bom funcionamento por um ano, prevista no artigo 4.º, n.º 2 da LDC. Tal garantia dispensa, já hoje, o comprador de provar a anterioridade do defeito à entrega⁶⁵. Pelo que concluímos que o campo de aplicação da presunção prevista no artigo 5.º, n.º 3 da Directiva, não coberto já por mecanismos funcionalmente equivalentes do direito português, se afigura, na prática, reduzido⁶⁶.

Julgamos, ainda assim, que é útil transpor o artigo 5.º, n.º 3, da Directiva no regime geral da compra e venda, e não apenas em normas relativas às relações com os consumidores⁶⁷.

Na verdade, não existe razão que imponha uma limitação da presunção de anterioridade do defeito à entrega aos casos em que o comprador adquire a coisa para finalidades não profissionais. Note-se, na verdade, que a presunção contida na Directiva, além de ilidível pelo vendedor, é limitada à anterioridade da falta de conformidade (o comprador continua a ter que provar esta), e não tem desde logo aplicação quando a falta de conformidade se revelar incompatível com a natureza do bem (por exemplo, no caso de bens rapidamente deterioráveis) ou com a da falta de conformidade (v.g., no caso de defeitos que só possam ser imputados à utilização do bem⁶⁸).

⁶⁵ V. para o ónus da prova no caso da garantia de bom funcionamento, A. PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, “La protection...”, cit., pp. 272-3, e J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 202.

⁶⁶ Isto, pelo menos, na medida em que, para os bens consumíveis, a própria natureza do bem se revele em concreto incompatível com a aplicação da presunção. V. o nosso “Conformidade e garantias...”, cit., p. 274.

^{66-A} Como se propõe que se mantenha a disposição do actual artigo 922.º do Código Civil para a venda de coisas que devem ser transportadas, o prazo de seis meses deverá nestes casos contar-se apenas a partir da recepção da coisa pelo credor.

⁶⁷ V. o primeiro exemplo em M. TENREIRO/S. GÓMEZ, cit., p. 19. Concretizando estes casos de incompatibilidade, C. TWIGG-FLESNER, “The E.C. Directive...”, cit., p. 185 refere o exemplo do consumidor que cinco meses depois da compra aparece com um vaso de porcelana partido. Para H. EHMANN/U. RUST, “Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, cit., p. 856 esta presunção seria uma “soziale Billigkeitsentscheidung” excessiva, sobretudo considerando a sua imperatividade e aplicação a bens usados. Em face disto, os profissionais tenderiam a explorar as excepções de incompatibilidade com a natureza do bem ou as características da falta de conformidade. Esta críticas parecem-nos, além de contraditórias, excessivas.

Por outro lado, é conveniente que o regime comum da falta de conformidade inclua também a presunção prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Directiva, pois, como defendemos noutro lugar⁶⁸, tal facilita o exercício do direito de regresso. É que, frequentemente, o vendedor final apenas terá de suportar os custos da falta de conformidade perante o consumidor por não conseguir afastar a referida presunção. A não valer esta também na relação com o seu fornecedor, a possibilidade de repercutir os prejuízos a montante da “cadeia contratual”, até ao causador da falta de conformidade, ficará inviabilizada, ou, pelo menos, seriamente prejudicada. A aplicação ao vendedor final do regime de ónus da prova de que o comprador/consumidor beneficia é, pois, recomendada pela finalidade prosseguida pela previsão do direito de regresso.

Tal solução — a previsão no regime geral da presunção de falta de conformidade contida no artigo 5.º, n.º 3, da Directiva — foi, aliás, também a adoptada pelo legislador austríaco (§ 924 do Código Civil)⁶⁹.

13. Reparação e substituição da coisa

O artigo 915.º proposto prevê os direitos do comprador à reparação ou substituição da coisa. Em conformidade com o disposto no artigo 3.º, n.º 2, da Directiva, o vendedor deixa de poder provar que desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece, para assim excluir os direitos à reparação ou substituição da coisa.

A autonomização desses direitos da culpa do vendedor corresponde, aliás, também ao enquadramento da matéria dos defeitos da coisa no regime do cumprimento do contrato, na sequência da previsão do dever de entrega da coisa livre de defeitos. A reparação ou substituição da coisa tornam-se, assim, mera expressão do direito ao cumpri-

⁶⁸ O direito de regresso do vendedor final...”, cit., III, e), cc).

⁶⁹ Diversamente, o legislador alemão previu a “inversão do ónus da prova” apenas para as vendas de bens de consumo, no novo § 476 do BGB, que não é aplicável, pois, fora das relações com consumidores. Todavia, o novo § 478, n.º 3 do BGB manda aplicar tal inversão do ónus da prova ao direito de regresso do vendedor final, nas relações com o seu vendedor.

mento, o qual, como se sabe, não depende, no seu exercício, da existência (ou da falta de prova da ausência) de culpa do vendedor.

A obrigação de substituição da coisa deixa, também, de estar na dependência da sua necessidade (cfr. o actual artigo 914.º), que também não é exigida no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 da Directiva. A opção quanto ao exercício dos direitos à reparação ou à substituição caberá, como é natural, ao seu titular — o comprador. Considerando, porém, o disposto no artigo 3.º, n.º 3, da Directiva, e a exigência da necessidade da substituição, contida hoje no artigo 914.º do Código Civil, limita-se a escolha do comprador, vedando a exigência da substituição da coisa quando esta, atendendo às circunstâncias do caso — e designadamente, à importância do defeito —, implicar custos desproporcionados para o vendedor, em comparação com os da reparação oferecida por este.

Por outro lado, precisa-se, em transposição do disposto no artigo 3.º, n.º 3, 3.º parágrafo e n.º 4, da Directiva, que a reparação ou a substituição da coisa devem ser efectuadas sem encargos, em prazo razoável e sem inconveniente grave para o comprador.

14. Indemnização

Como já se referiu, a Directiva não regula a indemnização do comprador em caso de falta de conformidade. Actualmente, o Código Civil disciplina a indemnização no caso de venda de coisas defeituosas através da remissão, contida no artigo 913.º, para os artigos 908.º a 910.º, e do artigo 915.º. Prevê-se em caso de dolo do vendedor, a indemnização do chamado “interesse contratual negativo”, e, em caso de simples erro do comprador, uma indemnização limitada aos danos emergentes e dependente de culpa do vendedor (artigo 915.º)⁷⁰.

Em rigor, a transposição da Directiva não exigiria, pois, qualquer alteração no regime da indemnização pelos defeitos da coisa.

⁷⁰ Também no artigo 12.º da LDC se consagra o “direito à reparação de danos”, em termos que, porém, como referimos, não são inteiramente claros quanto aos pressupostos de que depende a obrigação de indemnização.

Também quanto à venda de coisas defeituosas se afigura, porém, necessário adaptar as disposições respectivas, designadamente, à eliminação da conexão do regime com a existência de vícios da vontade como o erro ou dolo do comprador e ao enquadramento no cumprimento defeituoso, com a consequência da resolução.

Assim, através da remissão genérica contida no artigo que abre a secção sobre “venda de coisas defeituosas”, torna-se aplicável à venda de coisas defeituosas o disposto no artigo 908.º, onde se prevê (tal como, em geral, no artigo 801.º, n.º 2, para a resolução por não cumprimento) que a resolução do contrato não prejudica a indemnização a que o comprador tenha direito, nos termos gerais — como referimos, sem tomar partido na controvérsia sobre o cálculo da indemnização devida nos termos gerais (pelo dano da confiança, ou “interesse contratual negativo”, ou pelo dano do cumprimento, ou “interesse contratual positivo”). Para os defeitos da coisa (que não para os ónus ou limitações do direito transmitido), julga-se conveniente manter a regra da responsabilidade *subjectiva* do vendedor. Dispõe-se, assim (tal como actualmente no artigo 915.º) que o vendedor pode afastar a obrigação de indemnizar, provando que no momento da celebração do contrato desconhecia sem culpa o defeito.

A este regime abre-se, porém, uma excepção, inteiramente justificada, para o caso de o vendedor ter assegurado (isto é, garantido) qualidades não existentes na coisa.

A alteração proposta especificamente para a venda de coisas defeituosas cifra-se, assim, na consagração expressa da responsabilidade objectiva para o caso de o vendedor ter garantido a existência na coisa de qualidades realmente inexistentes⁷¹.

⁷¹ Saliente-se, ainda, que os danos que a própria coisa venha a sofrer em consequência de um defeito (por exemplo, um defeito numa peça do motor danifica a chapa do automóvel) são, a nosso ver, de considerar ainda incluídos nesse defeito, sendo-lhes, portanto, aplicáveis os direitos previstos na directiva (reparação e substituição da coisa, por exemplo). Assim, M. TENREIRO/S. GÓMEZ, cit., p. 18, que equiparam ainda à falta de conformidade os danos resultantes de má utilização devida a informação deficiente do comprador (mas excluem os danos em bens diversos do vendido).

15. Prazos

A matéria dos prazos é daquelas que carece mais claramente de uma alteração, para transposição da Directiva, uma vez que esta prevê um prazo mínimo de garantia (ou, em alternativa, de exercício dos direitos pelo comprador) de dois anos a contar da entrega da coisa, e que o prazo para denúncia dos defeitos, cuja previsão admite, não pode ser inferior a dois meses a contar do seu conhecimento.

Propõe-se a consagração de um *prazo de garantia*, que é, não um prazo para o exercício dos direitos pelo comprador (ou para denúncia dos defeitos), mas o lapso de tempo durante o qual a manifestação de um defeito faz surgir na esfera jurídica do comprador os direitos que lhe são reconhecidos. Tal prazo de garantia, por força do artigo 5.º, n.º 1, da Directiva, não pode ser inferior a dois anos a contar da recepção da coisa pelo comprador. Como o prazo de garantia previsto hoje (*rectius*, resultante hoje indirectamente do prazo de denúncia previsto) no artigo 917.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil (na redacção do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro), é de seis meses e de cinco anos a contar da entrega da coisa, respectivamente para coisas móveis e imóveis, propõe-se a consagração de um prazo de garantia (isto é, um prazo para o defeito se manifestar) de *dois e cinco anos* a contar da *entrega* da coisa pelo comprador, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel.

Refira-se, aliás, que tal prazo geral de garantia de dois anos a contar da entrega da coisa foi também adoptado, para o regime geral da compra e venda, pelos legisladores austríaco (§ 933, n.º 1 do Código Civil, após a *Gewährleistungsänderungsgesetz*) e alemão (§ 438, n.º 1, 3.ª frase do BGB⁷¹), não parecendo que seja demasiado longo. E, ainda,

^{71-A} Na venda de coisa que deva ser transportada de um lugar para outro, o prazo contar-se-á apenas a partir do dia em que o credor a receber, mantendo-se o disposto actualmente no artigo 922.º do Código Civil.

⁷² Na redacção da referida "Lei de modernização do direito das obrigações". Quando o defeito for um defeito jurídico, consistente num direito real de terceiro que permita a reivindicação da coisa ou ou noutro direito registado, o prazo de garantia é, nos termos da 1.ª frase do n.º 1 do § 438, de 30 anos. E também entre nós deve entender-se que os direitos conferidos ao comprador no caso de ónus ou limitações do direito estão sujeitos ao prazo geral de prescrição.

que tal uniformização dos prazos contribui para facilitar a consagração e o exercício do direito de regresso previsto no artigo 4.º da Directiva (se bem que não resolva este problema inteiramente⁷³).

Apesar de a Directiva, no seu artigo 5.º, n.º 2, apenas *permitir* (e não impor) a consagração de um *prazo de denúncia*, e, mesmo, de não parecer favorável a tal solução (prevendo, designadamente, o dever dos Estados-membros de informar a Comissão da aplicação que derem a tal possibilidade, e os deveres da Comissão de controlar as suas consequências para o consumidor e o mercado interno e de elaborar um relatório sobre a aplicação que os Estados-Membros fazem dessa norma), julgamos que se recomenda a manutenção de uma obrigação de denúncia dos defeitos por parte do comprador, que servirá para deles alertar o vendedor e possibilitar a este uma segunda oportunidade de cumprimento perfeito. Assim, propõe-se que se mantenha o dever do comprador de denunciar o defeito ao vendedor (excepto se este houver usado de dolo), no prazo de *dois meses* ou, tratando-se de coisa imóvel, de *um ano* depois de dele tomar conhecimento (artigos 5.º, n.º 2, da Directiva e 917.º, n.º 3, do Código Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro).

⁷³ V. o nosso “O direito de regresso...”, cit., III, e), aa).

É certo que, em rigor, a transposição da Directiva *obriga* apenas a uma alteração nos prazos do que beneficiam os *consumidores* quando adquirem a profissionais. Como se diz no texto, defende-se, porém, que se deve aproveitar para alterar o prazo *geral* actual de seis meses. Note-se, aliás, que a presunção geral, ilidível, de existência dos defeitos na data da entrega *apenas vale nos seis meses* posteriores a esta. Ora, a maioria dos defeitos que existem na data da entrega (pelos quais o vendedor deve responder) manifestam-se dentro de tal prazo. Caso contrário, se apenas se manifestarem depois, será, pois, em regra, muito difícil ao comprador provar a existência do defeito na data da entrega, cabendo-lhe o ónus de conseguir tal prova. Por força de tal regra, portanto, normalmente o vendedor continuará apenas a responder nos seis meses seguintes à entrega. E naqueles casos em que, sem beneficiar da presunção, o comprador consiga, ainda assim, provar que um defeito que se manifestou depois desses seis meses *já existia* na data da entrega, é sem dúvida justo que o vendedor responda.

Aliás, como se refere no texto, em vários países onde a Directiva já foi transposta, o que foi alterado foi o prazo geral, para dois anos (assim, por exemplo, na Alemanha e na Áustria). E note-se, ainda, que o prazo geral de prescrição dos direitos do credor, aplicável aos direitos resultantes do não cumprimento e do cumprimento defeituoso, é de *vinte anos*.

Prevê-se igualmente a manutenção da *caducidade da acção* (aproveitando para esclarecer que se aplica em geral à acção do comprador) no prazo de seis meses a contar da denúncia dos defeitos, desde que o prazo previsto no artigo 917.º já se tenha esgotado (isto, por força do artigo 5.º, n.º 1, da Directiva, tratando-se, aqui, como se trata, de um prazo para o exercício de direitos), ou decorrido o prazo para a denúncia, sem esta ter sido efectuada.

16. Extensão à empreitada de construção ou fabrico de coisas móveis

Entende-se, por outro lado, que, não obstante o disposto no artigo 1.º, n.º 4 (e no artigo 2.º, n.º 5), da Directiva, as alterações podem e devem limitar-se ao regime da compra e venda.

Prevê-se, pois, uma extensão genérica do regime a casos, ditos de venda de coisas móveis a fabricar ou produzir, mas que, em rigor, correspondem a contratos de empreitada⁷⁴. Isto, quando o defeito não decorra de materiais fornecidos pelo comprador, pois, nesse caso, é o próprio diploma comunitário que dispõe que não se considera que exista falta de conformidade (artigo 2.º, n.º 3, da Directiva).

17. Limitação da remissão para as regras do não cumprimento

Vimos já que o disposto actualmente no artigo 918.º, para os defeitos supervenientes, perde sentido com a referência da existência dos defeitos ao momento da entrega da coisa ao comprador. Em consonância com a determinação da existência dos defeitos no *momento da*

⁷⁴ J. SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 474, afirmava, em face da proposta, que o repensar do regime da garantia deveria incluir o contrato de empreitada. Defendendo que as alterações se limitem à compra e venda, com uma extensão do regime aos casos de empreitada previstos na directiva, v. o citado apontamento conclusivo de P. ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de consumo", no citado n.º da *Themis* (e cfr., aliás, para uma extensão genérica de sentido inverso, para os imóveis, o artigo 1225.º, n.º 4, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro).

entrega, as hipóteses em que coisa se deteriora *supervenientemente à celebração* do contrato, mas antes desse momento, permanecem sujeitas ao regime dos defeitos da coisa, alterando-se, pois (como resulta também já do n.º 1 do artigo 913.º), o regime do risco de deterioração da coisa na compra e venda.

Mantém-se, porém, a remissão para as regras relativas ao não cumprimento quanto à venda de coisa futura e à venda de coisa indeterminada de certo género (cfr., designadamente, o artigo 540.º do Código Civil), nas quais se não verifica a transferência da propriedade de coisa por imediato efeito do contrato⁷⁵.

Julgamos, porém, que há que ponderar se a remissão contida no artigo 918.º, para as regras relativas ao não cumprimento das obrigações, mesmo apenas para o caso de a venda respeitar a coisa futura e a coisa genérica, não deve pura e simplesmente ser *eliminada*, passando o regime dos artigos 913.º e seguintes a aplicar-se a todos os casos de defeitos da coisa. Propõe-se, pois, em alternativa, tal eliminação.

18. Venda de animais defeituosos

Para a venda de animais defeituosos, o artigo 920.º ressalva actualmente as leis especiais ou, na falta destas, os usos respectivos. A Directiva não ressalva, porém, os animais defeituosos do seu campo de aplicação, enquadrando-se antes aqueles dentro do conceito de “bem móvel corpóreo” contido no seu artigo 2.º, n.º 2, alínea b)⁷⁶. A alternativa para transposição da Directiva passa, pois, ou pela *revogação* pura e simples

⁷⁵ V., sobre as regras para que se remete, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, anot. 2 ao art. 918.º, p. 219.

⁷⁶ Sobre a “venda de animais defeituosos”, v. António PINTO MONTEIRO (com a colab. de Agostinho CARDOSO GUEDES), “Venda de animal defeituoso”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, 1994, tomo V, pp. 5-11. Cremos que a venda de animais defeituosos era já abrangida pela LDC. Aliás, como mostram os Autores citados, o Decreto de 16 de Dezembro de 1886, aplicável em geral à venda de animais defeituosos, adoptava também uma perspectiva de cumprimento defeituoso, diversamente do que, pelo menos *prima facie*, acontece com os artigos 913.º e ss. do Código Civil.

destas leis especiais, com sujeição ao regime geral, ou pela previsão de *excepções* para a venda de animais defeituosos ao *consumidor*.

Assim, no direito alemão, prevê-se a revogação do regime específico da *Viehkauf* pela referida “Lei de modernização do direito das obrigações”, ficando a venda de animais sujeita ao regime geral da compra e venda. Já no direito austríaco, diversamente, se prevê a manutenção de especialidades, por exemplo, quanto ao prazo de prescrição dos direitos do comprador (que é de seis semanas, nos termos do § 933, n.º 2 do Código Civil), prevendo-se na lei de defesa dos consumidores (§ 9, n.º 2) a não aplicação das normas especiais sobre animais defeituosos à sua aquisição por consumidores.

Na proposta que se formula, propõe-se a manutenção da remissão para as leis especiais e, na sua falta, os usos sobre venda de animais defeituosos, prevendo-se, porém, tal como na solução austríaca, uma exceção (com sujeição ao regime da venda a consumidores) quando se trate de vendas de animais defeituosos a consumidores. A opção entre esta solução e a sujeição pura e simples ao regime geral, com revogação da remissão contida hoje no artigo 920.º, depende, porém, da conveniência que se entenda existir na manutenção de um regime específico para a venda de animais defeituosos, fora das vendas a consumidores

19. Garantia de bom funcionamento

Na proposta que se formula, não se mantém a disciplina da “garantia de bom funcionamento”, contida hoje no artigo 921.º.

Entende-se, na verdade, que tal regime, que contém regras supletivas, passa a resultar dos princípios gerais — assim, por exemplo, quanto à não dependência da obrigação de reparação ou substituição de culpa do vendedor.

Por outro lado, quando estão em causa contratos celebrados com consumidores, a LDC contém já regras relativas ao prazo de garantia, cuja manutenção se propõe (apesar de noutra enquadramento, como se verá). E, quanto às “garantias comerciais”, disciplinadas pela Directiva, propõe-se a introdução do respectivo regime também na LDC.

b) ALTERAÇÕES À LEI DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

Além de alterações no regime geral da compra e venda contido no Código Civil, a transposição da Directiva 1999/44/CE impõe a adopção de soluções normativas que, segundo se julga, *não se justifica que sejam estendidas para além das relações com os consumidores*, para as quais a Directiva as prevê.

Considerando a existência, na ordem jurídica portuguesa, desde 1981, de um diploma que estabelece o regime aplicável à defesa dos consumidores (primeiro, a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto; actualmente, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), no qual se contêm já hoje normas relativas à qualidade dos bens e à reparação de danos — incluindo os direitos do consumidor a quem seja fornecida coisa com defeito —, assim como a circunstância de estarem a decorrer trabalhos para a elaboração de um projecto de Código do Consumidor (que naturalmente deverá revogar aquela lei, e no qual a matéria em causa, nos aspectos limitados às relações entre profissionais e consumidores, tem a sua sede natural), entende-se que é em tal diploma que tais normas devem ser incluídas — através, hoje, de uma alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Tal alteração poderá, aliás, ser efectuada, seja mediante uma lei da Assembleia da República, seja logo através de um decreto-lei do Governo⁷⁷.

⁷⁷ A matéria relativa à defesa dos consumidores não constitui, como se sabe, reserva de lei parlamentar, pelo que a alteração da Lei n.º 24/96 pode, em termos constitucionalmente conformes, efectuar-se através de *decreto-lei do Governo* (o qual pode, no domínio de competência legislativa concorrente, revogar ou alterar leis da Assembleia da República).

A proposta que se formula assenta no pressuposto de que a *sedes materiae* mais adequada — se e enquanto o Código do Consumidor não estiver aprovado — para a previsão de normas relativas à conformidade e às garantias do consumidor/comprador de bens de consumo, nas relações com o seu vendedor e com o produtor, é o diploma que estabelece o regime geral da defesa dos consumidores — a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, cujos artigos 4.º e 12.º já disciplinam, aliás, tal matéria. Para a hipótese de — por exemplo, por razões de conveniência política — se entender que a transposição da Directiva se deve fazer através da aprovação de um *diploma avulso* (solução que se desaconselha), formula-se uma proposta alternativa, embora contendo, para os contratos em que sejam partes profissionais e consumidores, soluções substancialmente idênticas.

Assim, na proposta formulada, mantém-se, a propósito do “direito à qualidade dos bens e serviços”, o princípio contido actualmente no n.º 1 do artigo 4.º da LDC — segundo o qual “os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor” —, passando o conteúdo substancial das regras contidas nos n.ºs 2 a 4 (obrigação de garantia por um prazo mínimo para bens móveis não consumíveis e bens imóveis, e suspensão do prazo) para a norma na qual se prevêem as especialidades do regime dos defeitos da coisa nas relações com consumidores. E, no quadro ainda do direito à qualidade, acrescenta-se um novo artigo 4.º-A, no qual se transpõe o artigo 6.º da Directiva, relativo às “garantias” voluntariamente oferecidas.

No artigo 12.º da LDC, relativo ao direito à reparação de danos, mantêm-se as normas contidas nos n.ºs 4 e 5, que atribuem ao consumidor o “direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos”⁷⁸, e que afirmam a responsabilidade do produtor, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei (remetendo, aqui, para o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro⁷⁹). Acrescenta-se, porém, um artigo, no qual se prevêem, como especialidades do regime dos defeitos da coisa nas relações com consumidores, a equiparação dos

⁷⁸ Como já se referiu, o conteúdo preceptivo desta norma não se afigura inteiramente claro, quanto à questão de saber se ela contém apenas uma proclamação geral, não dispensando os pressupostos da responsabilidade civil contidos noutras normas (assim, por exemplo, a ilicitude e a culpa, nos termos do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil), ou se dispensa, por si só, a verificação de tais pressupostos, constituindo uma verdadeira (e abrangente) cláusula geral de responsabilidade civil para o fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, fundando autonomamente uma obrigação de indemnizar.

⁷⁹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 1999/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio, incluindo na responsabilidade decorrente de produtos defeituosos os produtos agrícolas não transformados.

defeitos de instalação (ou das instruções para instalação) aos defeitos da coisa, a extensão (já referida) à venda de animais defeituosos a consumidores, e a manutenção da possibilidade de resolução em caso de perecimento ou deterioração da coisa por motivo não imputável ao comprador.

Como especificidades do regime de defesa dos consumidores, incluem-se, ainda, a imperatividade do regime dos defeitos da coisa e a limitação à escolha de lei, previstas no artigo 7.º (“Carácter vinculativo”) da Directiva. E inclui-se também a previsão da responsabilidade directa do produtor por defeitos da coisa e o regime — cuja razão de ser se prende ainda com a especial protecção do consumidor, perante o seu vendedor — do direito de regresso do vendedor final, previsto no artigo 4.º da Directiva.

1. Regime das garantias voluntárias

Já no *Livro verde sobre as garantias dos bens de consumo e os serviços pós-venda* se distinguiam problemas de defesa do consumidor relacionados com estas garantias, a dois níveis: um primeiro relativo às práticas comerciais — apresentação da garantia, sua aplicação, natureza jurídica, relações com a garantia legal, publicidade, informação do consumidor, etc. —, que requereria a adopção de um quadro legal a nível europeu; um segundo, relativo ao funcionamento da garantia comercial no âmbito do mercado único, e exigindo a criação de uma verdadeira “garantia europeia”, aplicável em todos os Estados-membros independentemente do local da compra⁸⁰. A proposta da Comissão visou, porém, resolver apenas o primeiro tipo de problemas, e através de uma

⁸⁰ *Livro verde...*, cit., p. 119. Para resolver estes problemas formulavam-se três opções: uma primeira, “regulamentar” e unitária, com adopção de um regime comunitário imperativo da garantia comercial; uma segunda, dita “voluntarista”, propunha-se resolver os problemas pela adopção de sistemas voluntários; uma opção “mista”, para resolução do primeiro tipo de problema pela adopção de um regime jurídico imperativo e do segundo por um sistema totalmente voluntário.

regulamentação limitada⁸¹, vindo, após algumas alterações⁸², a posição comum do Conselho a fixar aquela que veio a ser a redacção do artigo 6.º da Directiva⁸³.

⁸¹ No *anteprojecto* da Directiva previa-se que as garantias deviam colocar o beneficiário numa posição mais favorável do que a que resulta do regime da “garantia legal”, e, eventualmente (segundo o direito interno de cada Estado-membro), do que a que decorre do regime estabelecido pela legislação nacional, ficando sempre ressalvada a invocação dos direitos resultantes destes regimes, mesmo que fosse invocada a “garantia comercial”. Além disto, previa-se que a garantia era de considerar um contrato entre o garante e o beneficiário da garantia (o que teria como utilidade a sua sujeição à regulamentação das cláusulas contratuais gerais), sendo este o comprador, a pessoa em nome da qual a garantia foi passada, ou toda e qualquer pessoa à qual o bem tenha sido transmitido posteriormente. Dispunha-se que as condições de garantia deviam poder ser livremente consultadas antes da compra e que as declarações publicitárias, feitas pelo garante ou sob a sua responsabilidade, faziam parte das condições de garantia. Por outro lado, fixava-se uma série de requisitos formais para a garantia (figurar num documento escrito e ter um conjunto de menções. Por último, fixava-se um regime supletivo para o caso de ser utilizado o termo “garantia” ou análogo, mas o documento de garantia não existir ou não estabelecer claramente um outro regime (a garantia abrangeria a totalidade do bem contra todo e qualquer defeito que viesse a manifestar-se durante o período de garantia; daria direito à reparação ou à substituição do bem sem encargos; etc.).

A *proposta* de directiva, diversamente, limitou-se a prever, por um lado (artigo 5.º, n.º 1), que a garantia vincula juridicamente a pessoa que a oferece nas condições constantes do documento de garantia e na publicidade e que devia colocar o beneficiário numa posição mais favorável do que a conferida pelo regime da “garantia legal”. Por outro lado (n.º 2), impunha que a garantia figurasse num documento escrito livremente consultável antes da compra, e que estabelecesse os elementos necessários à sua aplicação (nomeadamente duração e extensão territorial da garantia, nome e endereço do garante).

⁸² O Parlamento Europeu propôs, em primeira leitura (alteração 36, *JOCE C* 104, de 6 de Abril de 1998, p. 38), que se introduzisse a exigência de indicação do procedimento a seguir para tornar a garantia efectiva, bem como de informação sobre os direitos que a lei confere ao comprador, que não podem ser afectados pela garantia. Uma garantia restrita a partes específicas do produto deveria indicar expressamente tal restrição, sob pena de não produzir efeitos.

⁸³ No Conselho concluiu-se, designadamente, pela rejeição do critério da posição mais vantajosa, sobretudo, devido à dificuldade frequente de determinar, em concreto, quando é que a directiva coloca o beneficiário numa posição globalmente mais vantajosa do que a decorrente da lei aplicável — referindo que bastaria que a subsequente posição do consumidor se encontrasse melhorada “de uma maneira ou de outra”, v.

Esta norma carece de ser transposta para a nossa ordem jurídica, na qual se não encontra actualmente qualquer disposição equivalente.

Para esta transposição, propõe-se o aditamento de um artigo 4.º-A à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho⁸⁴, contendo o regime aplicável à “garantia comercial” — que poderia dizer-se também “garantia voluntária” —, definida como a “declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa”. Trata-se de uma noção que segue a definição de “garantia” contida no artigo 1.º, n.º 2, alínea e) da Directiva (“qualquer compromisso assumido por um vendedor ou um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”). Elimina-se, porém, a referência à ausência de encargos adicionais, a qual apenas esclarecia que a garantia não pode importar (ou, pelo menos, que supletivamente não importa) encargos para o beneficiário, não impondo ao legislador nacional uma restrição

COM(95)520, cit., p. 15. Assim, substituiu-se esta abordagem pela exigência de uma declaração dos direitos que resultam da lei nacional aplicável à compra e venda de bens de consumo, e de que eles não são afectados pela garantia (falando da substituição de uma “obrigação de resultado” por uma “obrigação de transparência”, v. M. TENREIRO/S. GÓMEZ, cit., p. 30; lamentando a alteração, F. SCHURR, cit., p. 228). Por outro lado, a posição comum previu expressamente (como se fazia já no anteprojecto) que a validade da garantia não é afectada pela falta dos requisitos formais, podendo continuar o consumidor a invocá-la e exigir a sua aplicação.

⁸⁴ Partindo do princípio de que a transposição do artigo 6.º da Directiva deve efectuar-se através de disposições *limitadas às relações com os consumidores*. Pode questionar-se se alguns dos princípios subjacentes ao respectivo regime (como é o caso da regra do efeito vinculativo nas condições previstas na declaração de garantia e na publicidade) devem ser generalizados. A limitação às vendas a consumidores foi, porém, a solução seguida pelos legisladores austríaco (novo § 9b da *Konsumentenschutzgesetz*, sobre “garantias contratuais”) e alemão (novo §477 do BGB, com “disposições especiais sobre garantias”). E é a solução que resulta da nossa orientação de apenas introduzir alterações no regime geral na medida em que elas sejam impostas por uma transposição harmónica, sem, porém, introduzir *inovações significativas* em domínios até agora deixados à autonomia privada.

do campo de aplicação das soluções contidas no artigo 6.º (que, aliás, não faria muito sentido⁸⁵).

Como consequência jurídica, prevê-se na proposta que tal declaração de garantia vincula o seu autor — que pode ser o vendedor ou um terceiro⁸⁶ — nas condições constantes dela e da correspondente publicidade. Trata-se de uma solução justificada, em relação a estas últimas condições, pelo facto de normalmente o consumidor ter com a garantia apenas o contacto que lhe é proporcionado pela publicidade, sendo com base nela que estabelece a sua confiança e as suas expectativas⁸⁷. E, se bem que não pareça trazer muito de inovador à ordem jurídica portuguesa, designadamente no respeitante à publicidade (e menos ainda quanto à vinculação às condições constantes da garantia), na medida em que já seria aplicável normalmente a estes casos o preceituado no citado artigo 7.º, n.º 5, da LDC, segundo o qual as, informações concretas e objectivas se integrariam no conteúdo do contrato, entende-se convenientemente prever expressamente o referido efeito vinculativo.

Nada se diz, por outro lado, sobre a *natureza jurídica* da garantia, como contrato ou negócio unilateral, embora tal não deva impedir que se deva aplicar às garantias, directamente ou por analogia, o regime das cláusulas contratuais gerais⁸⁸.

⁸⁵ Na verdade, não se compreenderia que a garantia correspondente literalmente à definição da Directiva, dada “sem encargos adicionais”, estivesse sujeita a um regime mais estrito do que as “garantias” que o comprador teve de pagar. Assim, ou a Directiva terá pretendido proibir a utilização do termo “garantia” quando não é dada sem encargos adicionais (será um contrato de seguro ou semelhante) ou, pelo menos, não pretendeu excluir as “garantias” pagas do regime que se formula. É certo que esta aplicação a garantias correspondentes a encargos adicionais contradiz a definição do artigo 1.º, n.º 2, alínea e) da Directiva. Corresponderá, todavia, a um argumento de maioria de razão: se o comprador pagou, mais razão haverá para ser protegido. Nem parece, por outro lado, que estas “garantias” pagas apresentem menor risco para os consumidores.

⁸⁶ A Directiva, e também a proposta formulada, não acolheu a sugestão, efectuada no *Livro verde...* (cit., p. 124), de considerar solidariamente responsável pela garantia qualquer vendedor que pertença ao sistema de distribuição selectiva organizado pelo fabricante que a oferece. Lamentando a não consagração desta “*network liability*”, v. C. TWIGG-FLESNER, cit., pp. 189-90.

⁸⁷ Assim COM(95)520, cit., p. 15.

⁸⁸ Julgamos que o regime das cláusulas contratuais gerais será aplicável, ao

O regime jurídico proposto parte, pois, do princípio de que a concessão de garantias não é obrigatória, podendo a sua concessão voluntária constituir um instrumento relevante para a concorrência entre vendedores. Deixa-se, pois, prevalecer a autonomia privada, não se prevendo, tal como na Directiva, qualquer obrigação de garantir o bom estado ou o bom funcionamento da coisa (embora se mantenha, para uma presunção de existência dos defeitos no momento da entrega, o prazo actualmente previsto no artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, da LDC), nem se definindo um conteúdo substancial mínimo para as “garantias comerciais”⁸⁸.

Particularmente importante para que o esclarecimento do consumidor/comprador sobre as condições da garantia possa ser relevante no momento da decisão de compra é o conhecimento da garantia antes desta decisão. Assim, prevê-se (tal como no artigo 6.º, n.º 3, da Directiva) que a declaração de garantia deve ser-lhe *entregue* por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que o consumidor tenha acesso — e isto, mesmo antes da celebração do contrato respectivo⁸⁹.

Tal como na Directiva, estabelecem-se no proposto artigo 4.º-A, n.º 3, requisitos formais para a declaração de garantia.

Assim, exige-se que a garantia seja *redigida* de forma clara e concisa e em língua portuguesa (como, quanto a este último ponto, permite o artigo 6.º, n.º 4, da Directiva⁹⁰).

menos, analogicamente, às garantias, tendo essa aplicação a utilidade de permitir o controlo, por exemplo, de cláusulas que fazem depender a manutenção e o exercício dos direitos resultantes da garantia de exigências abusivas (assim, por exemplo, a de que se guarde a embalagem de um electrodoméstico de grande volume). Afigura-se, porém, que este ponto, prendendo-se com o âmbito do regime das cláusulas contratuais gerais, não deve ser agora objecto de uma regulamentação adrede.

⁸⁹ No considerando 21 da Directiva afirma-se que, “quanto a determinadas categorias de bens, é prática corrente os vendedores e os produtores oferecerem garantias contra qualquer defeito que possa manifestar-se durante determinado prazo”, e “que esta prática pode estimular a concorrência”.

⁹⁰ Assim, para a Directiva, S. PÉLET, cit., p. 58, e M. TENREIRO/S. GÓMEZ, cit., p.p 32. O dever de dar a conhecer ao comprador o teor da garantia antes da conclusão do contrato, para que esta possa integrar o seu conteúdo, resultaria já dos princípios gerais sobre a formação do contrato.

⁹¹ E v., aliás, já o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 238/86, de 8 de Agosto, e o artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/88, de 27 de Fevereiro. Segundo o primeiro, “as infor-

Como *menções* que a declaração de garantia deve conter, enumeram-se: a declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos na lei e de que tais direitos não são afectados pela garantia; as condições para atribuição dos benefícios previstos; os benefícios que a garantia atribui ao consumidor; a duração e o âmbito espacial da garantia; a firma ou nome e endereço postal do autor da garantia (ou, se for o caso, o seu endereço electrónico), que pode ser utilizado para o exercício desta.

Trata-se, nestas menções obrigatórias, de requisitos formais indispensáveis para *assegurar a possibilidade de exercício* da garantia comercial pelo comprador. Apesar de directamente o preceito proposto se referir apenas a uma menção da garantia, está nele também implícito, tal como na correspondente disposição da Directiva, que os direitos resultantes da lei não são afectados pela “garantia comercial”, a qual, portanto, acresce a eles. E, da mesma forma, o facto de o comprador exercer direitos que lhe são conferidos pela “garantia comercial” não preclui a possibilidade de recurso aos direitos previstos na lei — sendo certo, aliás, que a regra material da imperatividade já resulta de outra disposição (v. o proposto artigo 16.º-A, n.º 1).

A Directiva não prevê, porém, *sanções* para o desrespeito dos requisitos que exige. Trata-se de uma lacuna que se propõe que seja colmatada através da previsão de um conteúdo para a garantia aplicável supletivamente — *rectius*, como sanção para o desrespeito das exigências legais⁹². Assim, prevê-se que a violação do dever de entrega da declaração de garantia ao consumidor e de inclusão das menções referi-

mações sobre a natureza, características e garantias de bens ou serviços oferecidos ao público no mercado nacional, quer as constantes de rótulos, embalagens, prospectos, catálogos, livros de instruções para utilização ou outros meios informativos, quer as facultadas nos locais de venda ou divulgadas por qualquer meio publicitário, deverão ser prestadas em língua portuguesa.” Preceitua o segundo, por sua vez: “as informações ou instruções respeitantes a características, instalação, serviço ou utilização, montagem, manutenção, armazenagem, transporte, bem como as garantias que devam acompanhar ou habitualmente acompanhem ou sejam aplicadas sobre máquinas, aparelhos, utensílios e ferramentas, serão obrigatoriamente escritas em língua portuguesa.” A infracção destas disposições constitui contra-ordenação punível com coima.

⁹² A favor de tal “*default guarantee*”, v. C.TWIGG-FLESNER, cit., p. 191.

das não afecta a validade da garantia (artigo 6.º, n.º 5, da Directiva), e, além disso, obriga o seu autor a reparar ou substituir a coisa e indemnizar, independentemente de culpa, todos os prejuízos sofridos pelo consumidor por causa do defeito, no prazo de *cinco anos* a contar da entrega. Na proposta formulada prevê-se ainda — apesar de tal regime não constar da Directiva — que, salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia se *transmitem* para o adquirente da coisa. Trata-se de uma disposição claramente justificada pelo interesse de protecção do consumidor, e que, como norma supletiva que é, pode ser afastada, quer pelo alienante e pelo adquirente da coisa, quer pelo autor da garantia que não deseje ficar vinculado perante terceiros desconhecidos⁹³.

2. Remissão para o regime comum contido no Código Civil

Como se referiu, na solução proposta, a transposição da Directiva é efectuada, tanto quanto possível e conveniente, através da alteração do *regime geral* da compra e venda, previsto no Código Civil, limitando-se às relações entre profissionais e consumidores apenas as soluções cuja razão de ser imponha essa limitação (ou em que esta se afigura justificada por outras razões).

Assim, propõe-se o aditamento à LDC de um artigo 12.º-A, no qual se autonomiza o regime dos *defeitos da coisa fornecida com*

⁹³ A “*horizontal privity*” é inteiramente mantida na Directiva (assim, N. REICH, cit., p. 2399) na medida em que apenas regula os direitos do consumidor enquanto comprador, isto é, enquanto parte no contrato de compra e venda, e não contém disposições sobre os direitos de futuros adquirentes (ao consumidor), de utilizadores, etc.. Diversamente, o anteprojecto, na sequência do *Livro verde...* (cit., p. 113), previa que os direitos conferidos se considerassem automaticamente transmitidos a toda e qualquer pessoa a quem o bem fosse posteriormente transmitido, a título gratuito ou oneroso. Desta forma, resolver-se-iam os problemas gerados pela interposição de um consumidor entre o vendedor e o destinatário final (por exemplo, quando a coisa fosse oferecida como presente). Esta solução — consagrada já nalguns países europeus — não foi, porém, acolhida na proposta de directiva.

A norma que propomos, apenas como disposição supletiva, limita-se, por outro lado, à transmissão dos direitos resultantes da garantia voluntária (“comercial”), não contendendo com os direitos previstos na lei.

*defeito ao consumidor*⁹⁴. No n.º 1 deste artigo 12.º-A, contém-se uma remissão genérica para esse regime comum, incluindo também a venda de animais defeituosos⁹⁵. Segundo tal remissão, o consumidor a quem seja fornecida coisa com defeito, incluindo animais defeituosos, sem ter sido informado e esclarecido sobre o defeito antes da celebração do contrato — formulação semelhante, na hipótese, à do actual artigo 12.º, n.º 1, da LDC —, goza dos direitos previstos nos artigos 913.º a 922.º-A do Código Civil (na redacção proposta)⁹⁶.

⁹⁴ Devido ao facto de se propor o aditamento de normas entre o artigo 12.º e o artigo 13.º, propõe-se igualmente a adaptação da redacção do corpo deste último artigo.

⁹⁵ Como se referiu, também o legislador austríaco optou por adoptar, na *Konsumentenschutzgesetz* (§ 9, n.º 2) uma disposição a incluir a venda de animais defeituosos no regime da garantia do comprador, como é exigido pela Directiva (v. R. WELSER/B. JUD, “Zur Reform des Gewährleistungsrechts”, cit., p. 29).

⁹⁶ Opta-se por *manter tal formulação*, quer na referência ao “fornecimento de coisa com defeito”, quer na condição de falta de informação ou esclarecimento sobre o defeito antes da celebração do contrato, para evitar que de uma restrição à compra e venda ou a outros contratos ou de uma referência apenas ao desconhecimento do defeito possa resultar um regime que se revele, nestes pontos (quanto, por exemplo, a outros contratos que importem o “fornecimento” de coisa, ou quanto ao ónus da prova da informação e esclarecimento do consumidor), menos favorável ao consumidor.

^{96-A} A utilização da técnica da *remissão* para o regime geral, com previsão expressa apenas das especificidades das relações com consumidores, para além de facilitar o exercício do direito de regresso, contribuirá para facilitar também o conhecimento e a aplicação dessas normas às relações com consumidores, eliminando as *dúvidas* sobre a relação entre a LDC e os requisitos exigidos no regime geral. Evita-se, assim, a formulação de todo um regime paralelo para os direitos à reparação, substituição, redução do preço ou resolução na Lei de Defesa do Consumidor, o que a alternativa de transposição defendida pretendeu afastar. E não parece que daqui resulte qualquer desvalorização ou maior dificuldade de aplicação do regime de protecção dos consumidores (dir-se-á, antes, pelo contrário, que normalmente os aplicadores do Direito conhecem bem melhor o Código Civil do que a Lei de Defesa dos Consumidores).

Caso, porém, se entenda que poderia resultar de tal remissão um condicionamento do direito de resolução a que os ónus ou limitações ou os defeitos não sejam de *escassa importância*, ou um condicionamento do direito à substituição à *não desproporção* dos seus custos — diversamente do que, numa certa interpretação (não inequívoca, porém), resultaria já hoje da LDC —, julga-se que seria conveniente exceptuar a aplicação dos preceitos respectivos (artigos 905.º, n.º 2 e 915.º, n.º 2 do Código Civil) nas relações com os consumidores. Acrescentar-se-ia, assim, um n.º 2 ao artigo 12.º-A da Lei n.º

3. Defeitos de instalação ou das instruções para instalação

O proposto artigo 12.º-A da LDC afigura-se também a sede mais adequada para a previsão da equiparação aos defeitos da coisa dos defeitos de instalação, ou das instruções para instalação, da coisa, que correspondem actualmente à violação de um contrato autónomo de empreitada, ou de deveres acessórios ou laterais de informação, quanto às instruções de instalação.

Na verdade, também entre nós a transposição do artigo 2.º, n.º 5, da Directiva no Código Civil, equiparando sem mais os defeitos de instalação ou das instruções de instalação a *defeitos da coisa* representaria uma quebra sistemática — um “*Systembruch*”, como, para o direito austríaco, salientam Rudolf Welsler e Brigitta Jud⁹⁷.

Um defeito na coisa adquirida que resulte de uma instalação defeituosa pelo vendedor pode, efectivamente, consubstanciar, segundo os enquadramento civilístico geral, a violação de um autónomo contrato de prestação de serviços (a instalação) — mais precisamente, de empreitada. E, no caso de defeitos na coisa resultantes de erros nas instruções de instalação, estaremos perante a violação dos deveres de informação (ou de verdade) do vendedor. Não existirá, porém, cumprimento defeituoso da obrigação de entrega da coisa, a qual, em si, se encontrava sem defeitos. Pelo que não haveria lugar à aplicação do regime dos *defeitos da coisa*, com o reconhecimento dos correspondentes direitos ao comprador, mas apenas a uma obrigação de indemnização.

Para evitar tal *entorse* de enquadramento, com sujeição ao regime dos defeitos da coisa na compra e venda de casos de violação de um contrato de instalação ou de deveres acessórios de informação, e considerando que a justificação da solução equiparadora da Directiva é patente sobretudo nas relações entre profissionais e consumidores, propõe-se que o artigo 2.º, n.º 5, da Directiva, que prevê tal equiparação,

24/96, do seguinte teor: “O disposto nos artigos 905.º, n.º 2 e 915.º, n.º 2 do Código Civil não é, porém, aplicável nas relações com os consumidores.” O n.º 2 passaria a n.º 3, o n.º 3 a n.º 4, e assim sucessivamente. E será, nesse caso, necessário alterar também a remissão no proposto artigo 12.º-C, n.º 2, para o n.º 5 do artigo 12.º-A.

⁹⁷ R. WELSNER/B. JUD, ob. cit., p. 71.

seja transposto no diploma relativo a essas relações. O que se faz através da formulação de uma norma segundo a qual à venda de coisas defeituosas é equiparada a má instalação da coisa realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resultante de incorrecção das respectivas instruções.

4. Perecimento ou deterioração da coisa por motivo não imputável ao comprador

A cessação dos efeitos negociais em resultado a existência de defeitos na coisa processa-se, segundo as alterações propostas ao regime geral, através do exercício pelo comprador de um direito de *resolução* do contrato — e não já pela sua anulação.

Ora, segundo o regime geral da resolução, a parte que, “por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato” (artigo 432.º, n.º 2, do Código Civil).

No caso de falta de conformidade da coisa, a Directiva reconhece, porém, ao consumidor/comprador o direito à rescisão do contrato, nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 3.º — isto é, se o consumidor não tiver direito a reparação nem a substituição, se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável, ou não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor (e salvo se a falta de conformidade for insignificante).

Não se prevê, pois, qualquer limitação a este direito de rescisão no caso de, por circunstâncias não imputáveis ao vendedor — designadamente, por circunstâncias fortuitas, também não imputáveis ao comprador —, o adquirente *já não poder restituir a coisa*. No considerando 15 da Directiva apenas ficou consignada possibilidade de fixar na legislação nacional “as disposições de pormenor mediante as quais a rescisão do contrato ganha efeito”, bem como a possibilidade de os Estados-Membros disporem no sentido da redução do reembolso ao consumidor, de forma a ter em conta a utilização que o consumidor fez da coisa que lhe foi entregue.

Pode, pois, duvidar-se de que a manutenção, para as relações com os consumidores, da *preclusão* do direito de resolução quando o comprador não está em condições de restituir a coisa por motivos que lhe não são imputáveis, esteja em conformidade com o regime da Directiva. E, sobretudo, nestas hipóteses afigura-se conveniente prever que os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ainda ser exercidos pelo comprador/consumidor — ainda que, no caso da resolução, deva ser descontado o valor da utilização da coisa efectuada entretanto pelo comprador. Propõe-se, assim, a adopção, no artigo 12.º-A da LDC, de uma norma segundo a qual os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

5. Manutenção da garantia de um e cinco anos

Nos termos do actual artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, da LDC, o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom estado e o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano, tendo o consumidor direito, para os imóveis, a uma garantia mínima de cinco anos.

Ora, o prazo de garantia previsto no regime geral proposto é, como se disse, de dois e de cinco anos a contar da recepção da coisa pelo comprador, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel — ou seja, *não é inferior* ao prazo de garantia previsto hoje no citado artigo 4.º, n.ºs 2 e 3.

Por outro lado, também nos termos do regime geral proposto, o vendedor fica obrigado à reparação ou substituição da coisa *independentemente de culpa* sua. Pelo que também neste ponto a previsão de uma obrigação de garantia de bom estado e bom funcionamento perde utilidade.

Beneficiando o comprador desta garantia, estava, porém, em melhor posição quanto ao *onus probandi*, uma vez que não carecia de demonstrar a existência do defeito no momento da entrega — sendo certo que, como se viu, a presunção de anterioridade à entrega proposta para o regime geral da compra e venda apenas vale para os defeitos que

se manifestem num prazo de seis meses a contar da data de entrega da coisa (e quando tal não deva considerar-se incompatível com a natureza da coisa ou do defeito).

Para evitar a diminuição do nível de protecção do consumidor, tal como resulta actualmente do artigo 4.º, n.ºs 2 e 3 da LDC, impõe-se, pois, o alargamento dos prazos de seis meses previsto no regime geral, e, do mesmo passo, a alteração da natureza da presunção, no sentido de impedir a prova em contrário por parte do vendedor. Propõe-se, assim, a adopção de uma norma segundo a qual os defeitos que se manifestem no prazo de um ou de cinco anos a contar da data da entrega ao consumidor, respectivamente, de coisa móvel não consumível ou de coisa imóvel, se consideram existentes já na data da entrega.

6. Suspensão dos prazos

Mantém-se, com as adaptações resultantes da consagração de prazos de garantia e de exercício de direitos pelo consumidor, o disposto actualmente no artigo 4.º, n.º 4. Assim, prevê-se que o decurso de tais prazos se suspende durante o período de tempo correspondente às operações de reparação da coisa.

7. Imperatividade e limitação da escolha de lei

O regime dos defeitos da coisa contido no Código Civil é, como se viu e se propõe, em parte supletivo. Assim, resulta da remissão do proposto artigo 913.º, n.º 1, para o artigo 912.º, n.º 1, que, designadamente, a obrigação de reparação ou substituição da coisa pode ser afastada por disposição em contrário. Para as relações com consumidores, tal solução não respeita, porém, as exigências da Directiva, que prevê no artigo 7.º o “carácter vinculativo” (isto é, imperativo) das soluções que consagra. Impõe-se, assim, a transposição desta norma na LDC, cujo artigo 16.º, aliás, atribui já “carácter injuntivo” aos direitos dos consumidores e sanciona com a nulidade qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos nesse diploma (sendo a

nulidade invocável apenas pelo consumidor ou seus representantes e podendo o consumidor optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas).

Considerando que segundo a proposta formulada, os direitos do consumidor/comprador de coisas defeituosas são previstos através da remissão contida no artigo 12.º-A, n.º 1, propõe-se, para esclarecer dúvidas sobre o carácter imperativo dessas normas nas relações com os consumidores, o aditamento de um artigo 16.º-A, mandando aplicar o disposto no artigo anterior à “convenção ou disposição contratual” (como se diz no artigo 16.º, n.º 1, da LDC) pela qual, *antes da denúncia do defeito* ao vendedor, se excluam ou restrinjam os direitos do consumidor a quem tenha sido vendida coisa defeituosa.

Tratando-se de *coisa móvel usada*, porém, propõe-se a utilização da possibilidade aberta aos Estados-membros pelo artigo 7.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da Directiva, no sentido de permitir que o vendedor e o consumidor possam acordar em cláusulas contratuais ou celebrar acordos que prevejam um prazo de garantia mais curto, embora não inferior a um ano.

Na verdade, é indubitável que a Directiva se aplica também aos bens em segunda mão. Todavia, a Directiva admite expressamente algumas especificidades para estes: a definição de “bem de consumo” poderá, segundo o direito dos Estados-membros, não abranger os bens em segunda mão adquiridos em leilão, quando os consumidores tenham oportunidade de assistir pessoalmente à venda (artigo 1.º, n.º 3 da Directiva, cuja transposição se não propõe), e os Estados-membros poderão permitir em relação a eles acordos entre o vendedor e o consumidor que prevejam um prazo de garantia mais curto que o geral, embora não inferior a um ano (artigo 7.º, n.º 1, 2.º parágrafo).

Outras particularidades para as coisas usadas resultam ainda da própria aplicação a estas das formulações gerais usadas na Directiva e acolhidas na proposta que formulamos. Assim, é claro que as expectativas razoáveis do comprador serão diversas em relação a bens novos e a bens em segunda mão, como se reconhece no próprio considerando 8 da Directiva. E, como se pode ler no considerando 16 da Directiva, normalmente a substituição de bens em segunda mão será impossível.

Ora, como vimos, enquanto, nos termos do regime geral dos defeitos da coisa, as obrigações de reparação e substituição podem ser afastadas por estipulação em contrário, tal não é já possível no âmbito das relações com consumidores. Considerando, porém, quer as possibilidades abertas pelo legislador comunitário tendo em conta a especificidade das coisas usadas, quer o facto de a consagração geral do prazo de garantia de dois anos representar, no domínio das relações com consumidores, uma duplicação do prazo actual, quer, ainda, a circunstância de apenas estar em causa a admissão *da estipulação* de prazos mais curtos pelas partes (e não o encurtamento do prazo legal), julgamos que é de admitir, tratando-se de coisa móvel usada, que o prazo de garantia, previsto no proposto artigo 917.º do Código Civil, seja reduzido por acordo das partes até um mínimo de um ano.

Por último, há ainda que transpor neste proposto novo artigo 16.º-A da LDC a limitação à *electio iuris* prevista no artigo 7.º, n.º 2, da Directiva, que visa evitar que o consumidor seja privado da protecção resultante desse diploma por ter escolhido, como direito aplicável ao contrato, a legislação de um Estado não membro, quando o contrato apresenta uma conexão estreita com o território dos Estados-Membros. Propõe-se, assim, a formulação de uma norma segundo a qual, se o contrato de compra e venda celebrado entre profissional e consumidor apresentar ligação estreita ao território dos Estados-membros da União Europeia, a escolha, para reger o contrato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não vinculará este último.

8. Responsabilidade directa do produtor

Na proposta que se formula, aproveita-se para, seguindo as referências (que parecem constituir mesmo uma sugestão aos Estados-membros — v. os considerandos 23 e 24 da Directiva) contidas no diploma comunitário, consagrar a responsabilidade directa do produtor pelos defeitos da coisa, perante o comprador consumidor.

Esta solução corresponde, no domínio da *qualidade* dos bens, à já adoptada, para a *segurança*, pela Directiva 85/374/CEE, relativa à res-

ponsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, e consagrada, no nosso direito, pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro.

Julgamos que tal responsabilidade é inteiramente justificada, tendo a concepção tradicional — segundo a qual só o vendedor é responsável perante o consumidor — deixado de corresponder às actuais condições de produção e de comercialização dos bens, em que o fabricante é, indubitavelmente, quem pode exercer um melhor (ou o único) *controlo sobre a qualidade* (podendo segurar-se contra os correspondentes riscos e sendo, assim, também o “*cheapest cost avoider*”), e, ainda, quem, muitas vezes, melhor posicionado está para trabalhos de reparação ou para fornecer peças sobressalentes. Pode dizer-se que a maioria dos defeitos de qualidade, sobretudo nos produtos pré-embalados não deterioráveis (que muitas vezes o comerciante nem sequer está autorizado a abrir), tem a sua *origem mais provável* logo no momento da fabricação. A responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, a quem esses bens se destinam (e perante os quais muitas vezes o produtor faz publicidade exaltando justamente a qualidade do bem) teria, assim, provavelmente, efeitos positivos na qualidade dos bens, tornando mais fácil ao consumidor a obtenção da reparação de defeitos dos bens atribuídos ao produtor, sobretudo no âmbito das compras transfronteiriças.

Por outro lado, não pode dizer-se que uma responsabilidade directa do produtor perante o consumidor tivesse como efeito perverter o sistema em vigor⁹⁸. Contribuiria, pelo contrário, para o tornar *mais coerente* e para facilitar a tarefa dos consumidores, permitindo-lhes dirigir-se directamente ao produtor. Na verdade, como se ponderava no referido *Livro verde sobre as garantias dos bens de consumo e os serviços pós-venda* (p. III), “é contraditório que o produtor seja responsável quando o produto defeituoso provocar um prejuízo a pessoas ou (em certos casos), a outros bens [v., entre nós, o artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 383/89] e que não tenha responsabilidade quando, muito sim-

⁹⁸ Tal responsabilidade foi introduzida na legislação finlandesa e existe de longa data nos sistemas jurídicos francês, belga e luxemburguês (que aceitam a *action directe* perante o produtor; o mesmo vale em Espanha, para os bens de natureza duradoura, na medida em que a garantia comercial do fabricante seja obrigatória — artigo 11.º, n.º 2, da citada *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*).

plesmente, o produto não funcionar ou quando um defeito de fabrico tiver provocado danos ao próprio produto.” E ponderava-se ainda que a extensão da responsabilidade ao fabricante aumentaria as possibilidades de o consumidor lesado — para quem o fabricante produz — ver reparado o prejuízo que o defeito lhe causa, nos casos em que o produtor é *mais fácil de contactar* do que o vendedor e nos casos em que os meios financeiros deste são *insuficientes*⁹⁹.

E deve notar-se, ainda, que, com toda a probabilidade, salvo quando o consumidor estabelece (por exemplo, numa compra transfronteiriça, numa viagem ao estrangeiro) uma relação directa com o produtor — caso em que a justificação para a responsabilidade directa perante o consumidor é *tanto mais clara* — ou quando o comerciante não está acessível ou desapareceu do mercado, a introdução da possibilidade de o comprador se dirigir ao fabricante não o tornaria o *alvo principal* das reclamações dos consumidores, continuando estes a dirigir-se prioritariamente aos seus parceiros directos — os vendedores. Aliás, em muitos bens os produtores são frequentemente já responsáveis perante os consumidores, quando oferecem “garantias comerciais”, e, de forma indirecta, quando, como frequentemente acontece, retomam dos vendedores os bens recusados pelos consumidores em consequência de defeitos de origem.

Por tudo isto, a solução de responsabilizar directamente o produtor pelos defeitos de qualidade perante o consumidor justifica-se, a

⁹⁹ No *Livro verde sobre as garantias dos bens de consumo e os serviços pós-venda* (pp. 111-2) propunha-se a introdução de uma responsabilidade conjunta e “quase-subsidiária” (o comprador poderia proceder contra o produtor se a acção contra o vendedor fosse impossível ou se constituísse um fardo excessivo) do fabricante pelos defeitos da coisa, diferenciada da do vendedor ao nível da apreciação do defeito — a noção de expectativa legítima apenas poderia ser oponível ao fabricante em relação aos elementos de que este fosse responsável (excluindo, assim, as declarações do vendedor sobre as qualidades e o conteúdo do contrato) — e dos direitos do comprador, que seriam, pelo menos num primeiro momento, limitados à *reparação* e à *substituição* da coisa (se a reparação ou a substituição não fossem ou não pudessem ser efectuadas, o consumidor poderia exigir ao fabricante também o preço pago ou a diminuição do valor do bem). E solução semelhante — embora nos termos de uma responsabilidade solidária, incluindo também o “representante” do produtor — era também acolhida no anteprojecto de directiva.

nosso ver, correspondendo, aliás, a uma evolução já registada nalguns Estados-membros e consagrada no direito comunitário para protecção da segurança das pessoas e dos bens de consumo.

É certo que a introdução de uma tal responsabilidade directa do produtor não foi pacífica nas instâncias legislativas comunitárias, não havendo essa solução sido acolhida na proposta de directiva, e tendo falhado a tentativa do Parlamento Europeu de a introduzir em primeira leitura¹⁰⁰. A previsão da responsabilidade directa do produtor em face do comprador foi, assim, eliminada (só se podendo verificar se existir uma “garantia comercial” vinculativa do produtor, nos termos do artigo 6.º), mantendo-se, neste ponto, o respeito pela “vertical privity” do contrato de compra e venda.

Uma aparente “má consciência”, emergente da rejeição da proposta do Parlamento e da conveniência na consagração da responsabilidade do produtor, parece, porém, ter deixado traços na directiva: assim, o considerando 23 pondera que, atendendo à evolução da legislação e da jurisprudência reveladora de uma preocupação crescente em garantir um elevado nível de protecção dos consumidores, e “à experiência adquirida com a aplicação da presente directiva, poderá ser necessário considerar um grau mais elevado de harmonização e prever, nomeadamente, a responsabilidade directa do produtor pelos defeitos de que é responsável”. E o artigo 12.º obriga a Comissão a, até 2006, no relatório que elaborará para o Parlamento Europeu e o Conselho, destinado a examinar a aplicação da directiva¹⁰¹, pronunciar-se sobre a eventual introdução da responsabilidade directa do produtor, e, se necessário, formular propostas.

Como se disse, o direito português não consagra hoje a responsabilidade directa do produtor perante o consumidor/comprador de bens

¹⁰⁰ V. a alteração 25 proposta pelo Parlamento Europeu (*JOCE C 104*, de 6 de Abril de 1998, p. 35). Tal proposta não foi acolhida nem na proposta alterada nem na posição comum e não voltou a ser formulada em 2.ª leitura.

¹⁰¹ A favor da consagração da responsabilidade directa do produtor, v., por ex. C. TWIGG-FLESNER, cit., p. 190, M. TENREIRO/S. GÓMEZ, cit., pp. 20-1, Á. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTINEZ ESPÍN, “Transposición...”, cit., p. 130, M. LEHMANN, cit., pp. 291 e ss. (que propõem o seu acolhimento, respectivamente nos direitos espanhol e alemão).

defeituosos — o artigo 4.º, n.º 2 da LDC apenas impõe a prestação de garantia de bom estado e de bom funcionamento de bens não consumíveis ao *vendedor*, e os direitos previstos no artigo 12.º, n.º 1 apenas podem ser exercidos em face do “fornecedor” (que corresponde na directiva ao vendedor final).

A responsabilidade civil do produtor está prevista, como no direito comunitário, quando o produto “não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar”, e abrangendo tão só “os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino” (v. os artigos 4.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 383/89¹⁰²).

No artigo 8.º da LDC, por sua vez, apenas se prevê que a obrigação de informar impenda “também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação” (n.º 2). E dispõe-se, ainda, que, sendo o fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responsável pelos danos que causar ao consumidor, com ele serão “solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação” (n.º 5).

Como dissemos, julgamos que se deve aproveitar a necessária transposição da Directiva para, pelas razões expostas, alargar esta responsabilidade perante o consumidor¹⁰³, considerando também o produtor responsável pelos *vícios* ou *falta de qualidade* da coisa. Dessa forma se podem resolver casos como aqueles em que o vendedor já não está

¹⁰² E J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., pp. 451 e ss.

¹⁰³ Defendendo também, depois de referir o artigo 8.º, n.º 5, da LDC que “o mais razoável será conceder esse direito ao consumidor [de agir contra os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição], seja qual for o fundamento da responsabilidade e o tipo de dever jurídico violado”, J. SINDE MONTEIRO, cit., p. 469. No direito espanhol, v. por ex. Á. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTINEZ ESPÍN, “Transposición...”, cit., p. 130. E, para o direito alemão, M. LEHMANN, loc. cit..

disponível, por exemplo por ter falido ou por ter cessado a sua actividade¹⁰⁴. Nesta linha, poder-se-ia pensar, mesmo, em *unificar* a responsabilidade do produtor, pela qualidade e pela segurança^{104-A}. Tal obrigaria, porém, ou a revogar o diploma sobre responsabilidade do produtor, ainda recentemente alterado, ou a *deslocar* para este as normas relativas aos direitos do *consumidor* — e não da vítima ou *lesado* — contra aquele — direitos, esses, aliás, que, segundo propomos, são apenas os direitos à *reparação* ou *substituição* da coisa. O que se nos afigura, porém, que alargaria o âmbito da intervenção legislativa para além do que, para já, temos por conveniente.

Propõe-se, assim, o aditamento à LDC de um artigo 12.º-B, no qual se prevê que o consumidor que tenha adquirido coisa defeituosa tem o direito a obter do produtor, à escolha deste, a sua reparação ou substituição.

Já a possibilidade de o comprador exigir ao produtor o montante correspondente à *redução* ou à *restituição do preço* se afigura levantar problemas de mais complexa solução, na medida em que o preço foi negociado e acordado *entre o consumidor e o seu vendedor*, e não com o produtor, e em que foi pago àquele, e não a este (na verdade, para exercer estes direitos, ao consumidor cumpriria sempre fazer prova da sua compra ao vendedor final, nomeadamente para provar que o prazo de garantia não expirou, e de que pagou o preço, devendo, porém, reconhecer-se ao produtor, pelo menos caso a reparação ou a substituição não fossem possíveis, o direito de invocar o carácter excessivo do preço, não determinado nem recebido por ele).

A proposta “responsabilidade” directa do produtor limita-se, pois, à previsão de uma obrigação de reparação ou substituição da coisa, que foi fabricada por ele (sendo-lhe, pois, normalmente mais fácil repará-la

¹⁰⁴ V.G. BRÜGGEMEIER, cit., p. 533.

^{104-A} Neste sentido, questionando o tratamento separado da conformidade e da segurança, v. agora J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 212. Note-se que, como resulta do que se diz no texto, também as *consequências jurídicas*, para o produtor, da violação da conformidade e da segurança são distintas, segundo o regime jurídico que se propõe: num caso a *reparação* ou *substituição* da coisa, no outro, o *ressarcimento dos danos*.

ou substituí-la), competindo *ao produtor a escolha* entre estas duas soluções. É claro, porém, que nem o exercício, pelo consumidor, dos seus direitos contra o produtor preclui os direitos que lhe assistem contra o vendedor, nem o consumidor que obtenha satisfação da parte deste ou do produtor pode exercer os seus direitos também contra o outro (em relação ao mesmo prejuízo, evidentemente).

Além disso, na proposta formulada possibilita-se a *oposição* do produtor, da qual resulta o afastamento das suas obrigações, mediante a prova de determinadas circunstâncias, semelhantes às que integram as causas de exclusão de responsabilidade civil do produtor previstas já no artigo 5.º do citado Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro. O produtor pode, assim, impedir o exercício dos referidos direitos pelo comprador se provar que o defeito resulta exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização; que não colocou a coisa em circulação; que, tendo em conta as circunstâncias, pode considerar-se que a falta de conformidade não existia no momento em que colocou a coisa em circulação; que não fabricou a coisa nem para venda nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a fabricou ou distribuiu no quadro da sua actividade profissional; ou, ainda, que decorreram mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Prevê-se, também, portanto, para além do prazo da garantia de que beneficia o comprador, um outro prazo preclusivo, contado a partir da data na qual o produtor colocou no mercado a coisa em questão¹⁰⁵.

Por outro lado, equipara-se ao produtor o importador do bem no território da União Europeia e toda e qualquer outra pessoa que se apresente como produtor apondo no bem o seu nome, a sua marca ou outro sinal distintivo. E faz-se impender sobre o representante do produtor na

¹⁰⁵ Á. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTINEZ ESPÍN, "Transposición...", cit., p. 127, propõem mesmo a exclusão da responsabilidade do produtor para todos os *bens usados*. Tal solução afigura-se-nos, porém, excessiva, não sendo de excluir a obrigação do produtor de reparação ou substituição de defeitos que tiveram a sua origem na fabricação do produtor apenas porque alguém já usou o produto anteriormente, sem o ter afectado na parte relevante. Aliás, na proposta que formulamos, o produtor pode afastar os direitos do comprador provando que o defeito resulta de má utilização da coisa por este (ou evidentemente, por um proprietário anterior).

zona de domicílio do consumidor uma responsabilidade solidária com este perante o consumidor (sendo-lhe igualmente aplicável a possibilidade de se opor aos direitos do comprador), considerando-se como representante do produtor qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e/ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que ajam apenas na qualidade de retalhistas. Trata-se, aqui, tal como no referido Decreto-lei n.º 383/89, de *alargar subjectivamente* a responsabilidade a pessoas que, ou se apresentam como produtores, ou actuam na qualidade de distribuidor comercial do produtor e/ou de centro autorizado de serviço pós-venda.

Por último, ponderou-se a possibilidade de prever que o produtor, ou o seu representante, que tenham satisfeito os direitos à reparação ou à substituição da coisa, têm direito a ser ressarcidos dos correspondentes prejuízos pela pessoa que tenha *culposamente causado* o defeito. Tratar-se-ia de evitar que o produtor (ou o seu representante) que teve de reparar ou substituir a coisa ao consumidor tivessem de suportar o prejuízo económico resultante de defeitos causados por outrem. No regime proposto, já se permite, porém, ao produtor afastar as suas obrigações perante o consumidor mediante a prova de que, tendo em conta as circunstâncias, pode considerar-se que a falta de conformidade não existia no momento em que colocou a coisa em circulação. Considerando, além disso, os problemas de enquadramento e de regime jurídico que tal possibilidade de “regresso a jusante” da “cadeia contratual” levantaria, optou-se por não lhe fazer referência.

9. Direito de regresso

É também na LDC que se propõe que se faça a transposição do artigo 4.º da Directiva, relativo ao direito de regresso do vendedor final — cujo regime, porém, fica, como se disse, facilitado em grande medida pela *generalização* de muitas das soluções da Directiva, através da alteração do Código Civil — é, designadamente, o caso do recorte, por forma a incluir compradores não consumidores, da noção (ou do alcance substancial) de defeito, e dos pressupostos dos direitos do comprador.

Ora, não obstante estar em causa neste direito de regresso um problema geral¹⁰⁶ (para a utilização desta expressão com sentido semelhante, fora do domínio das obrigações solidárias, cfr. o artigo 1226.º do Código Civil), o direito de regresso a prever limita-se — por a necessidade da sua previsão resultar da Directiva¹⁰⁷ — aos casos de vendas finais a *consumidores*, integrando-se, pois, no diploma próprio destes. Na proposta formulada, aditam-se duas normas à LDC — o artigo 12.º-C e o artigo 12.º-D, relativos, respectivamente, ao direito de regresso e ao seu exercício.

Procedemos à interpretação do artigo 4.º da Directiva e à análise das soluções a adoptar na previsão do direito de regresso noutro local¹⁰⁸, para o qual remetemos. Importa salientar, apenas, que, em

¹⁰⁶ Como notamos em “O direito de regresso...”, cit., V. No mesmo sentido, apreciando o regime do direito de regresso previsto na Alemanha e criticando a sua limitação aos casos de *Verbrauchsgüterkauf*, C.-W. CANARIS, “Die Umsetzung...”, cit., pp. 10-4.

¹⁰⁷ Para uma abordagem dos problemas levantados pela interpretação do artigo 4.º da Directiva, v. o nosso “O direito de regresso...”, cit., II, b) e c). Em sentido diferente, considerando (mas quanto a nós sem razão) que a “Directiva 1999/44/CE não impõe que o vendedor final que responda perante o consumidor tenha um direito de regresso contra outro elemento da cadeia contratual; o vendedor final terá ou não esse direito consoante o Direito nacional aplicável lhe o conceda ou não”, v. R. PINTO DUARTE, “O direito de regresso...”, cit., VIII — mas reconhecendo ser “útil que a lei portuguesa consigne que o vendedor final pode exigir a todo e qualquer responsável pela falta de conformidade que o indemnice pelos prejuízos sofridos em virtude dela, nos termos gerais de Direito — com consciência de que uma tal regra pode, em concreto, conduzir a nada, por força de os regimes do Direito Comum (mormente o da compra e venda) serem muito mais restritivos, sobretudo em matéria de prazos, dos direitos do adquirente que o regime imposto pela Directiva para as relações entre o consumidor e o vendedor final”. Como resulta do que escrevemos no loc. cit., pensamos que não se pode qualificar a interpretação do 4.º da Directiva no sentido de impor a consagração de um direito de regresso efectivo como uma “sobre-interpretação”. Antes essa é a única interpretação que preserva algum *efeito útil* a essa norma, pois a mera imposição da consagração de qualquer forma, em qualquer prazo e com quaisquer obrigações, de o vendedor final reagir a montante da “cadeia contratual” apenas atingiria países que não aceitassem qualquer responsabilidade contratual do vendedor do vendedor final (o que não acontece, tanto quanto se sabe, em nenhuma ordem jurídica europeia).

¹⁰⁸ “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”, em curso de publicação nos “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa” (e também na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, I, Janeiro de 2002).

nossa opinião, o direito de regresso a prever poderá ser exercido apenas *através de cada relação contratual*, e não por uma “acção directa” contra o produtor ou o responsável. Aquela primeira solução não só é *mais clara* para o vendedor final e menos complexa (designadamente, não obriga a um regime do direito de regresso “a jusante” da cadeia contratual), como não é contrariada pela responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, e é a única que deixa aberta a possibilidade de uma *conformação convencional* do direito de regresso¹⁰⁹. Tal possibilidade de exercício ao longo da cadeia contratual é conseguida através da atribuição do direito de regresso, não só ao vendedor final contra o qual o consumidor tenha exercido os seus direitos (à reparação ou substituição da coisa, à redução do preço, à resolução do contrato ou ao ressarcimento pelos prejuízos sofridos), mas também a cada pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso. Prevê-se, assim, que o profissional que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos nos artigos 913.º a 916.º do Código Civil, bem como a pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso, gozam de direito de regresso contra o profissional a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos.

Além disso, o direito de regresso que se propõe — que, portanto, não abrange apenas o ressarcimento dos prejuízos resultantes do exercício pelo consumidor dos direitos integradores da “garantia legal”, mas também os resultam da indemnização paga ao consumidor independentemente de culpa — basta-se com a *imputação* da falta de conformidade em termos de causalidade, isto é, *independentemente de culpa*. Assim, o demandado no exercício do direito de regresso apenas pode afastar o direito de regresso provando que o defeito não existia quando entregou a coisa ou, se o defeito for posterior à entrega, que não foi causado por si.

O vendedor final beneficia também da presunção de anterioridade da falta de conformidade à recepção da coisa, quando ela se manifeste num determinado prazo, contando-se este a partir da entrega *ao consumidor*¹¹⁰.

¹⁰⁹ Assim, C.-W. CANARIS, cit., p. 11.

¹¹⁰ Como se referiu, também o legislador alemão, no novo § 478, n.º 3 do BGB, mandou aplicar a inversão do ónus da prova ao direito de regresso do vendedor final,

Como se disse, o direito de regresso pode ser objecto de acordos entre as partes. Entre os intervenientes na cadeia de distribuição, e particularmente no confronto do vendedor final com o produtor, podem, porém, existir diferenças relevantes de poder económico e assimetrias informativas, sobretudo em relação aos defeitos de fabrico da coisa. Acontecerá, aliás, frequentemente, que, nos contratos pelos quais o vendedor final adquire para revender, os direitos deste fundados nos defeitos da coisa (por exemplo, os direitos de reparação ou substituição da coisa, ou de indemnização) sejam objecto de limitação ou, mesmo, de exclusão. Tais cláusulas não podem, porém, ser repercutidas “a jusante”, pelo vendedor final na sua relação com o consumidor. A *exclusão* ou *limitação convencional* dos direitos do *vendedor final* pode tornar-se, pois, uma das mais significativas causas da “armadilha da garantia” na qual aquele pode ver-se apanhado, devido a defeitos que não lhe são imputáveis.

Justamente por isso, a disponibilidade do direito de regresso foi discutida, durante o processo legislativo comunitário que conduziu à aprovação da Directiva. Esta acabou¹¹¹ por se afastar da imperatividade

nas relações com o seu vendedor, fixando, aliás, como momento a partir do qual se conta o prazo da presunção, não aquele em que a coisa foi entregue *ao vendedor final*, mas antes o da transferência do risco (normalmente, com a entrega) *para o comprador/consumidor*. Determina-se, pois, uma *extensão* da presunção, não só subjectivamente, em benefício do vendedor final, como no seu âmbito. Como se diz na fundamentação da respectiva proposta: “o prazo de seis meses só começa a correr, também na relação do vendedor final com o seu fornecedor, com a revenda da coisa ao consumidor. Este prolongamento da presunção (...) justifica-se, uma vez que se abrangem apenas coisas novas no direito de regresso, pelo que não é possível uma utilização da coisa pelo vendedor final, que pudesse ter conduzido à falta de conformidade.” A favor da extensão da presunção, que seria ainda imposta pela preservação do efeito útil do artigo 4.º, ao vendedor final, Wulf-Henning ROTH, “Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts”, pp. 225 e ss, in Wolfgang ERNST/Reinhard ZIMMERMANN (orgs.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen, 2001, p. 254.

¹¹¹ O direito de regresso previsto no anteprojecto de directiva tinha carácter positivo, e foi acolhido na proposta (artigo 3.º, n.º 5) sem se esclarecer expressamente se se tratava de uma norma imperativa (mas sendo uma resposta positiva inculcada pelos termos empregues e pela referência, na exposição de motivos sobre o direito de

do direito de regresso (cfr. o artigo 7.º, n.º 1, e o considerando 9). Mas tal não obsta a que a questão seja discutida a propósito da transposição desta para vários Estados-membros¹¹². Julgamos, na verdade, que o regime das “cláusulas contratuais gerais”, ou não objecto de negociação individual (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de Agosto, e 249/99, de 7 de Julho), não basta para salvaguardar, nos termos desejáveis, o direito de regresso do vendedor final. A derrogação deste direito pode ter lugar através de cláusulas negociadas. E, mesmo no domínio das cláusulas não negociadas individualmente, as proibições expressas de cláusulas (designadamente, as previstas nos artigos 18.º, alíneas *c*), *d*), e *f*), e 19.º, alíneas *e*) e *h*) do diploma citado) não abrangem, nas relações entre empresários, a exclusão ou limitação do direito de regresso em questão. Haveria,

regresso, à inserção, no contrato com o vendedor final, de cláusulas de exoneração da garantia legal). A proposta do Parlamento Europeu no sentido da clara consagração da inderrogabilidade convencional do direito de regresso não foi, porém, acolhida na proposta alterada da Comissão, tendo a posição comum do Conselho autonomizado o direito de regresso no artigo 4.º e esclarecido, neste artigo e no considerando respectivo (que era então o 8), que o vendedor final podia renunciar ao direito de regresso. O Parlamento Europeu propôs então, em segunda leitura (alteração 19), a eliminação da alteração no articulado, embora mantendo-se a referência à renúncia constante dos considerandos. E esta proposta foi aceite pela Comissão no seu parecer sobre as alterações em segunda leitura — COM (1999)16 final, p. 4 —, assim se chegando ao considerando 9, citado no texto.

¹¹² A favor da imperatividade, v. H.-P. WESTERMANN, “Vorschlag...”, cit., p. 278; diversamente, considerando o artigo 4.º, dispositivo, v. Stefan GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, Berlin-New York, 1999, pp. 286 e ss., e D. STAUDENMAYER, cit., *NJW*, 1999, p. 2393 (“*Kann-Bestimmung*”). E, remetendo apenas para a proibição de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé, N. REICH, cit., p. 2400, M. SCHMIDT-KESSEL, cit., p. 673, W.-H. ROTH, “Die Schuldrechtsmodernisierung...”, cit., p. 251, W. ERNST/B. GSELL, cit., p. 1425. Ole Lando, loc. cit., invocando o artigo 8:109 dos *Principles of European Contract Law*, que proíbem a exclusão ou limitação dos direitos previstos para a inexecução do contrato, quanto tal for contrário à boa fé e *fair dealing*. Como se sabe, também entre nós o artigo 809.º do Código Civil não proíbe, segundo a interpretação preferível, cláusulas limitativas ou, mesmo, de exclusão de responsabilidade civil, fora dos casos de dolo e culpa grave — v. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., pp. 182 e ss, 224 e ss, ID., *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 241 e ss. e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., pp. 722 e ss.

pois, que recorrer à proibição de cláusulas contrárias à boa fé, prevista nos artigos 15.º e 16.º do citado diploma, nem sempre permitindo concluir com segurança pela nulidade da derrogação do direito de regresso. As cláusulas, mesmo individualmente negociadas, de exclusão ou limitação antecipada do direito de regresso, sem compensação adequada (ou seja, de valor tendencialmente equivalente aos prejuízos sofridos) do vendedor final, devem, pois ser objecto de uma proibição específica, neste sentido apontando, também, a solução vigente no direito holandês e o § 478, n.º 4, do Código Civil alemão, na redacção dada pela “Lei de modernização do direito das obrigações”¹¹³.

Quanto ao *prazo* para exercício do direito de regresso, é o prazo geral, que, porém, *não se completa* antes de decorridos dois meses sobre a denúncia do defeito pelo consumidor ou (num prazo preclusivo geral, estabelecido em benefício dos potenciais obrigados ao regresso) cinco anos sobre a entrega da coisa pelo profissional demandado. Tal prazo suspende-se também durante o decurso de operações de reparação da coisa e durante o processo em que o vendedor final seja parte.

Por último, possibilita-se ao profissional exercer o direito de regresso na própria acção interposta pelo consumidor, mandando aplicar, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 329.º, n.º 2 do Código de Processo Civil¹¹⁴.

¹¹³ Segundo esta norma “Um acordo pelo qual, antes da comunicação de um defeito ao fornecedor, se afasta, em prejuízo do empresário[vendedor final], o disposto nos §§ 433 a 435, no § 437, nos §§ 439 a 443, no § 479 ou nos n.ºs 1 a 3 deste artigo, não pode ser invocado pelo fornecedor se não for atribuída ao titular do direito de regresso uma compensação de igual valor. Sem prejuízo do § 307, o disposto na frase anterior não vale para a exclusão ou limitação do direito de indemnização. As disposições indicadas na frase 1 são igualmente aplicáveis quando se tentar contorná-las através de outros tipo de acordos”.

E, segundo o artigo 7:25 do Código Civil holandês, a invocação, contra o vendedor, da exclusão ou limitação convencional do direito de regresso depende de, considerando todas as circunstâncias do caso, ser considerada “conforme à equidade”.

¹¹⁴ Para a fundamentação mais detalhada desta e de outras soluções referidas, v.o nosso “O direito de regresso...”, cit., III.

c) *TRANSPOSIÇÃO DOS ARTIGOS 9.º E 10.º DA DIRECTIVA*

O artigo 9.º da Directiva impõe aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para informar o consumidor sobre as disposições nacionais de transposição da presente directiva, e, eventualmente, que incentivem as organizações profissionais a informarem os consumidores dos seus direitos. Em transposição desta norma, inclui-se, no diploma que aprove as alterações referidas ao Código Civil e à LDC, uma norma a prever que o Instituto do Consumidor promoverá acções destinadas a informar, e que incentivará as organizações profissionais a informarem os consumidores dos direitos que para eles resultam desse diploma.

Por último, o artigo 10.º da Directiva 1999/44/CE complementa, com a menção a esse diploma comunitário, o anexo da Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores¹¹⁵. Tal anexo contém a lista das directivas referidas no artigo 1.º dessa Directiva 98/27/CE — ou seja, as directivas que incluem a protecção de *interesses colectivos* dos consumidores, relativamente aos quais se prevê a consagração das *acções inibitórias* referidas no artigo 2.º.

Ora, a Directiva 98/27/CE ainda não está transposta para a ordem jurídica portuguesa. Para transposição do artigo 10.º da Directiva 1999/44/CE, haverá que completar a norma que transpõe o anexo da Directiva 98/27/CE com a referência à “Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12)” (ou, se for o caso, ao diploma nacional de transposição desta).

d) *ENTRADA EM VIGOR*

Propõe-se que a data de entrada em vigor do diploma de transposição seja fixada para os primeiros meses do ano de 2002, por forma a

¹¹⁵ JOCE n.º L 166, de 11 de Junho de 1998 pp. 51-5.

não colocar a República Portuguesa numa situação de *grande atraso* em relação à data-limite fixada no artigo 11.º da Directiva, que era 1 de Janeiro de 2002¹¹⁶.

VI — ARTICULADO

1.ª POSSIBILIDADE: TRANSPOSIÇÃO POR ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR

DECRETO-LEI N.º /2002, DE DE ¹¹⁷

Sumário: Transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas, alterando o artigo 882.º e as secções V e VI do capítulo I do título II do livro II do Código Civil e a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

1. Importa proceder à transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, que tem por objectivo a aproximação das disposições dos Estados-Membros da União Europeia sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

¹¹⁶ O prazo para transposição foi fixado até esta data por forma a coincidir com a entrada em circulação das notas e moedas em euros — v. o relatório da delegação do Parlamento Europeu sobre o projecto comum, aprovado pelo Comité de Conciliação, de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (p. 5).

Deve, também, ponderar-se a conveniência de, numa disposição transitória, limitar a aplicação das alterações introduzidas aos contratos celebrados depois da entrada em vigor do diploma, e, eventualmente, quanto a determinadas soluções (a responsabilidade directa do produtor e o direito de regresso do vendedor final), aos produtos colocados no mercado a partir de uma certa data.

¹¹⁷ Alternativa, para o caso de se optar pela formulação de uma proposta de lei: “LEI N.º /2002, DE DE ”.

Para assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores e evitar distorções de concorrência no contexto do mercado interno, aquele instrumento jurídico comunitário veio incidir directamente (salvo quanto ao disposto no seu artigo 4.º) apenas sobre relações entre profissionais e consumidores. Para além da criação de um “corpo mínimo comum de direito do consumo”, foi, porém, também objectivo contribuir para a renovação e modernização das regras de alguns Estados-Membros sobre venda de coisas defeituosas, as quais, decalcadas sobre modelos de produção e aquisição de bens em grande medida ultrapassados (assim, por exemplo, o modelo da venda de coisas específicas, em vez de coisas genéricas, hoje largamente corrente) ou sobre relações económicas segmentadas (entre produtor, vendedor, e comprador/consumidor), em muitos casos já não seriam adequadas às actuais condições da produção, distribuição e consumo em massa. Assim, previu-se uma disciplina mínima comum da conformidade ao contrato de compra e venda, a qual se pode considerar adequada a constituir o cerne de um regime geral, moderno e consistente, do cumprimento defeituoso na compra e venda, mesmo para além do âmbito das compras realizadas por consumidores a profissionais.

Esta circunstância, aliada à clara conveniência de evitar o aprofundamento da fragmentação do regime jurídico da compra e venda, e, ainda de facilitar o regime do direito de regresso do vendedor final, pesaram no sentido de não se efectuar uma transposição limitada apenas ao regime das relações entre profissionais e consumidores. Tal como noutros Estados-membros, também entre nós se considera que uma inserção harmónica do regime da Directiva 1999/44/CE no direito nacional não pode dispensar (além de alterações no regime especial das relações com os consumidores) uma reforma do regime geral da compra e venda, por forma a, designadamente, evitar assintonias de enquadramento e de concepção. Isto, tanto mais quanto os regimes da venda de bens onerados e da venda de coisas defeituosas do Código Civil são, como é sabido, dos pontos que mais controvérsia têm gerado, praticamente desde a sua aprovação.

O presente diploma procede, assim, para transposição da Directiva 1999/44/CE, à alteração do artigo 882.º, n.º 1, e das secções V (“Venda de bens onerados”) e VI (“Venda de coisas defeituosas”) do capítulo I

do título II do livro II do Código Civil, com manutenção, tanto quanto possível, da numeração das disposições actuais.

Nos pontos que não se justifica que sejam estendidos para além do âmbito das relações com os consumidores, limitam-se as alterações à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (designadamente, aos artigos 4.º e 12.º), e aditando-se-lhe seis artigos.

Não se ignora que uma transposição com recepção dos próprios conceitos de “conformidade” (e, conseqüentemente, de “não conformidade”), utilizados na Directiva, imporia uma reforma mais profunda, do próprio regime geral do (não) cumprimento das obrigações. Simplesmente, não só não existe qualquer dever de receber o instrumentário conceitual da Directiva, desde que o resultado substancial seja a vigência de um regime jurídico equivalente, como se entende que uma tal reforma, sem dúvida mais profunda e com outro alcance, exigiria estudo e maturação que o tempo disponível e a finalidade de transposição não permitem.

Limitam-se, por isso, as alterações ao contrato de compra e venda — ao qual são, depois, equiparados certos casos de empreitada —, e, dentro deste, ao regime dos ónus ou limitações do direito e dos defeitos da coisa, deixando de fora, pelo menos expressamente, hipóteses como a de entrega de coisa diversa ou de quantidade menor.

2. A alteração central no regime do contrato de compra e venda cifra-se na previsão da obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida sem defeitos e livre de quaisquer ónus ou limitações, salvo se o comprador tiver concordado em aceitá-la noutras condições. A ausência de defeitos e de ónus ou limitações jurídicos passa, assim, a integrar em regra o conteúdo contratualmente devido pelo vendedor, numa solução imposta pela Directiva (para as relações entre profissionais e consumidores) e semelhante à adoptada, quer na Convenção de Viena sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, quer na Lei Uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias, aprovada pela Convenção da Haia de 1964, quer, ainda, na reforma do Código Civil alemão pela qual se transpôs para essa ordem jurídica a Directiva em causa. Trata-se, aliás, da única solução que, evitando as dificuldades de distinção entre o cumprimento da obrigação de entrega

e o desrespeito da garantia de ausência de defeitos, permite claramente conferir às hipóteses de defeitos da coisa, ou de limitações ou ónus que gravem o direito transmitido, o enquadramento, não só mais natural, como adequado às condições modernas de contratação — o do cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda.

Ao comprador passa, assim, a ser reconhecido, nesta hipótese, o direito de resolução do contrato, desde que — para permitir ainda ao vendedor uma “segunda oportunidade”, e em atenção à natureza extrajudicial da resolução — o vendedor não elimine o defeito, ou não expurgue o ónus ou limitação, no prazo que razoavelmente o comprador lhe fixar. Tal como no regime geral da impossibilidade parcial de cumprimento, prevê-se, porém, que o direito de resolução não existe se o defeito, ou os ónus ou limitações, tiverem escassa importância. A este direito de resolução acresce, por outro lado, o direito a ser indenizado, nos termos gerais. Mantém-se, porém, a obrigação de indenizar o comprador pelos danos emergentes, independentemente de culpa do vendedor, em caso de ónus ou limitações que gravem o direito transmitido — diversamente do que acontece no caso de defeitos da coisa, em que o vendedor apenas responderá objectivamente se tiver assegurado qualidades não existentes na coisa. E mantém-se igualmente a obrigação de indemnização por não cumprimento da obrigação de expurgar os ónus ou limitações.

3. O regime da venda de coisas defeituosas (*rectius*, dos “defeitos da coisa” entregue) é alterado logo na sua previsão, por forma a corresponder às condições de conformidade com o contrato formuladas (em forma de presunção) no instrumento comunitário. Assim, para a existência de um defeito passa a ser relevante a simples descrição da coisa pelo vendedor, bem como em regra (e não apenas subsidiariamente) as utilizações habituais da coisa e a utilização específica visada pelo comprador e aceita pelo vendedor, mesmo que não resulte do contrato. Por outro lado, adopta-se o critério das “qualidades e desempenho habituais nas coisas do mesmo tipo e que o comprador podia razoavelmente esperar”, considerando relevante, para aferir tais expectativas, as declarações públicas efectuadas pelo vendedor, pelo produtor ou por outra pessoa autorizada por estes, salvo se o vendedor provar que não conhecia

nem podia conhecer a declaração, que esta foi corrigida antes da aceitação, ou que o comprador não pode ter sido influenciado por ela. Na venda feita sobre amostra ou modelo, elimina-se a referência à possibilidade de dos usos resultar que esta serve somente para indicar de modo aproximado as qualidades do objecto (embora as partes possam evidentemente continuar a convencioná-lo).

Passa também a esclarecer-se expressamente que para a determinação da existência de defeitos é relevante o momento da entrega da coisa ao comprador, e não o da celebração do contrato ou da transferência do risco. É essa, além do mais, a solução que resulta da previsão do referido dever de entrega da coisa livre de defeitos. Prevê-se, porém, que o defeito que se manifeste no prazo de seis meses a contar da data de entrega da coisa se presume existente nessa data, salvo quando tal deva considerar-se incompatível com a natureza da coisa ou do defeito.

Mantém-se o conjunto de direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa, embora com a alteração consistente em este passar a poder resolver (e não já anular) o contrato. Além disso, os direitos à reparação e à substituição da coisa, como expressão do direito do comprador ao cumprimento, deixam de depender da culpa do vendedor. E o direito à substituição da coisa deixa também de depender da sua necessidade — a substituição passa apenas a não poder ser exigida se, atendendo às circunstâncias do caso e, designadamente, à importância do defeito, implicar custos desproporcionados para o vendedor, em comparação com os da reparação oferecida por este. Esclarece-se, ainda, que a reparação ou a substituição da coisa devem ser efectuadas sem encargos, em prazo razoável e sem inconveniente grave para o comprador.

No que diz respeito aos prazos, passa-se a prever um prazo de garantia, que é o lapso de tempo durante o qual o defeito da coisa há-de manifestar-se para o comprador poder exercer os direitos que lhe são reconhecidos. Tal prazo é fixado em dois anos (prazo mínimo imposto pela Directiva) e cinco anos (prazo já hoje resultante do Código Civil) a contar da recepção da coisa pelo comprador, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel, respectivamente. Para as vendas de coisas móveis, o actual prazo de seis meses é, portanto, substancialmente alargado.

Mantém-se a obrigação do comprador de denunciar o defeito ao vendedor (salvo se este houver usado de dolo), alterando-se o prazo de denúncia para dois meses a contar do conhecimento, no caso de venda de coisa móvel. E mantém-se igualmente o prazo de caducidade da acção do comprador em seis meses a contar da denúncia dos defeitos, embora sem se poder esgotar antes do prazo de garantia.

4. Preocupação central que se procurou ter sempre em mente foi a de evitar que a transposição da Directiva pudesse ter como consequência a diminuição do nível de protecção já hoje reconhecido entre nós ao consumidor. Assim, as soluções actualmente previstas na Lei n.º 24/96 mantêm-se, quer pela sua generalização (o caso da não dependência dos direitos do comprador de culpa do vendedor), quer pela atribuição ao consumidor a quem seja fornecida coisa — incluindo animais defeituosos — com defeito, sem ter sido informado e esclarecido sobre ele antes da celebração do contrato, dos direitos previstos nos artigos 913.º a 922.º-A do Código Civil. Mantém-se o prazo de garantia de cinco anos a contar da data da entrega ao consumidor para coisas imóveis, durante o qual se considera que os defeitos que se manifestem já existiam na data de entrega. E amplia-se o prazo de garantia de coisas móveis para dois anos a contar da data da entrega ao consumidor, considerando-se, porém, que os defeitos que se manifestem no primeiro ano já existiam na data de entrega. Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço passam ainda, a poder ser exercidos pelo consumidor mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo que lhe não é imputável, e à venda de coisas defeituosas é equiparada a má instalação da coisa realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resultante de incorrecção das respectivas instruções.

O regime de protecção do consumidor ao qual seja fornecida coisa defeituosa mantém-se imperativo, permitindo-se, porém, que, em caso de venda de coisa móvel usada ao consumidor, o prazo geral de garantia de dois anos seja reduzido a um ano, por acordo das partes. Por outro lado, quando o contrato de compra e venda celebrado entre profissional e consumidor apresentar ligação estreita ao território dos Estados-membros da União Europeia, considera-se que a escolha, para reger o con-

trato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não vincula este.

Adoptam-se ainda, pela primeira vez, medidas jurídicas relativas às garantias voluntariamente oferecidas pelo vendedor, pelo fabricante ou por qualquer intermediário, no sentido de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa. Assim, para além do efeito vinculativo de tais declarações, nos seus termos e nos da respectiva publicidade, prevê-se a obrigação de entrega da declaração de garantia por escrito, a pedido do consumidor, bem como a obrigação de conter determinadas menções — incluindo, designadamente, a declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos na lei e de que tais direitos não são afectados pela garantia e uma série de elementos necessários a compreensão e o exercício da garantia. Como sanção para a violação destas obrigações, impõe-se ao autor da garantia o dever de reparar ou substituir a coisa e indemnizar, independentemente de culpa, todos os prejuízos sofridos pelo consumidor por causa do defeito, no prazo de cinco anos a contar da entrega.

5. Inovação bastante significativa consiste na consagração da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, pela reparação ou substituição da coisa defeituosa. Trata-se nesta solução, numa certa perspectiva, tão-só de estender ao domínio da qualidade a responsabilidade do produtor pelos defeitos de segurança, já prevista no Decreto-Lei 383/89, de 6 de Novembro, e de um regime de protecção do comprador que já existe em vários países europeus e para que a Directiva que ora se transpõe também já aponta. Atribui-se, assim, ao consumidor o direito a obter do produtor (incluindo também o importador, o “produtor aparente” e o representante económico do produtor), à escolha deste, a reparação ou substituição da coisa. O produtor pode impedir o exercício destes direitos se provar determinadas circunstâncias, entre as quais se contam, por exemplo, resultar o defeito exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização, ou o decurso de mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Por último, atribui-se ao profissional que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos no Código Civil em caso de defeitos da coisa (bem como à pessoa contra quem foi exercido o direito de

regresso) um direito de regresso contra o profissional que lhe vendeu a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos. Tal direito é independente de culpa e só pode ser excluído ou limitado antecipadamente se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada. Possibilita-se ao profissional o exercício do direito de regresso na própria acção interposta pelo consumidor, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 329.º, n.º 2 do Código de Processo Civil a propósito da intervenção passiva suscitada pelo réu em caso de obrigação solidária. Além disso, o prazo para o exercício do direito de regresso não se completa antes de decorridos dois meses sobre a denúncia do defeito pelo consumidor, fixando-se ainda um prazo preclusivo geral de cinco anos a contar da entrega da coisa pelo profissional demandado.

Assim:

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte¹¹⁸:

Artigo 1.º Objectivo

O presente diploma procede à transposição para o direito interno da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Artigo 2.º Alterações ao Código Civil

O n.º 1 do artigo 882.º e as secções V e VI do capítulo I do título II do livro II do Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, passam a ter a seguinte redacção:

¹¹⁸ Alternativa, para o caso de se optar pela formulação de uma proposta de lei: “Assim: A Assembleia da República decreta, nos termos do artigo 161.º, alínea c), da Constituição: ”.

**“Artigo 882.º
Entrega da coisa**

1. O vendedor deve entregar a coisa sem defeitos e livre de quaisquer ónus ou limitações, salvo se o comprador tiver concordado em aceitá-la noutras condições.

2. (...)

3. (...)

**SECÇÃO V
ÓNUS OU LIMITAÇÕES DO DIREITO**

**Artigo 905.º
Resolução do contrato**

1. Se o direito transmitido estiver sujeito a ónus ou limitações desconhecidos do comprador que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria e o vendedor os não expurgar no prazo que razoavelmente o comprador lhe fixar, pode este resolver o contrato.

2. O direito de resolução não existe, porém, se os ónus ou limitações tiverem escassa importância.

**Artigo 906.º
Extinção do direito de resolução**

1. Desaparecidos por qualquer modo os ónus ou limitações a que o direito estava sujeito, extingue-se o direito de resolução.

2. O disposto no número anterior não se aplica se a existência dos ónus ou limitações já houver causado prejuízo ao comprador.

**Artigo 907.º
Obrigação de expurgação dos ónus ou limitações.
Cancelamento dos registos**

1. O vendedor é obrigado a expurgar os ónus ou limitações existentes.

2. O vendedor deve ainda promover, à sua custa, o cancelamento de qualquer ónus ou limitação que conste do registo, mas na realidade não exista.

Artigo 908.º
Indemnização

A resolução do contrato não prejudica a indemnização a que o comprador tenha direito, nos termos gerais.

Artigo 909.º
Indemnização, não havendo culpa

O vendedor também é obrigado a indemnizar o comprador, ainda que não tenha havido culpa da sua parte, mas a indemnização abrange apenas os danos emergentes.

Artigo 910.º
Não cumprimento da obrigação de expurgar os ónus ou limitações

1. Se o vendedor se constituir em responsabilidade por não expurgar os ónus ou limitações, a correspondente indemnização acresce à que o comprador tenha direito a receber segundo o artigo anterior, salvo na parte em que o prejuízo foi comum.

2. Mas, no caso previsto no artigo 908.º, o comprador escolherá entre a indemnização dos lucros cessantes nos termos gerais e a dos lucros cessantes pelo facto de não serem expurgados os ónus ou limitações.

Artigo 911.º
Redução do preço

1. O comprador pode exigir, além da indemnização que no caso competir, a redução do preço em harmonia com a desvalorização resultante dos ónus ou limitações.

2. São aplicáveis à redução do preço os preceitos anteriores, com as necessárias adaptações.

Artigo 912.º
Disposições supletivas

1. O disposto no artigo 907.º, no artigo 909.º e no n.º 1 do artigo 910.º cede perante estipulação das partes em contrário, a não ser que o vendedor conhecesse os ónus ou limitações e as cláusulas contrárias àquelas normas visem a beneficiá-lo.

2. A resolução do contrato de compra e venda não obsta à eficácia das cláusulas derogadoras destas disposições supletivas.

SECÇÃO VI
DEFEITOS DA COISA

Artigo 913.º
Noção

1. Se, no momento da entrega da coisa, e sem que o comprador o soubesse, a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize, não corresponder à descrição feita pelo vendedor ou às qualidades por este asseguradas, for inadequada às utilizações habituais das coisas do mesmo tipo ou à utilização específica pretendida pelo comprador e aceita pelo vendedor, ou não apresentar as qualidades e o desempenho habituais nas coisas do mesmo tipo e que o comprador podia razoavelmente esperar, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes.

2. As expectativas razoáveis do comprador determinam-se atendendo à natureza da coisa e às declarações do vendedor, do produtor ou de outra pessoa autorizada por estes sobre as suas características, salvo se o vendedor provar que não conhecia nem podia conhecer a declara-

ção, que esta foi corrigida antes da aceitação, ou que o comprador não pode ter sido influenciado por ela^{118-A}.

3. Sendo a venda feita sobre amostra ou modelo, entende-se que o vendedor assegura a existência, na coisa vendida, de qualidades iguais às da amostra ou modelo.

Artigo 914.º

Presunção de anterioridade do defeito

Presume-se que os defeitos que se manifestem nos seis meses posteriores à data de entrega da coisa existiam nessa data, salvo quando tal deva considerar-se incompatível com a natureza da coisa ou do defeito.

Artigo 915.º

Reparação ou substituição da coisa

1. O comprador pode exigir ao vendedor a reparação da coisa defeituosa, ou, se esta tiver natureza fungível, a sua substituição.

2. A substituição não é, porém, exigível se, atendendo às circunstâncias do caso e, designadamente, à importância do defeito, implicar custos desproporcionados para o vendedor, em comparação com os da reparação oferecida por este.

3. A reparação ou a substituição da coisa devem ser efectuadas sem quaisquer encargos, em prazo razoável e sem inconveniente grave para o comprador.

Artigo 916.º

Indemnização

O vendedor pode afastar a obrigação de indemnizar provando que no momento da celebração do contrato desconhecia sem culpa o defeito, salvo se tiver assegurado qualidades não existentes na coisa.

^{118-A} Propõe-se como alternativa a eliminação das excepções constantes da parte final deste n.º (que terminaria, pois, em “características”).

Artigo 917.º
Prazo de garantia

O comprador adquire os direitos referidos nos artigos anteriores se o defeito se manifestar no prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega da coisa, consoante esta seja móvel ou imóvel.

Artigo 918.º
Denúncia dos defeitos

O comprador deve denunciar o defeito ao vendedor, excepto se este houver usado de dolo, no prazo de dois meses ou, tratando-se de coisa imóvel, de um ano depois de dele tomar conhecimento.

Artigo 919.º
Caducidade da acção

A acção do comprador caduca decorridos seis meses sobre a denúncia dos defeitos, desde que o prazo previsto no artigo 917.º já se tenha esgotado, ou decorrido o prazo previsto no artigo anterior sem a denúncia ter sido efectuada.

Artigo 920.º
Venda de animais defeituosos

Ficam ressalvadas as leis especiais ou, na falta destas, os usos sobre a venda de animais defeituosos.

Artigo 921.º
Venda de coisa futura ou de coisa indeterminada de certo género^{118-B}

Se a venda respeitar a coisa futura ou a coisa indeterminada de certo género são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações.

^{118-B} Como se disse, propõe-se, como alternativa, a eliminação desta remissão.

Artigo 922.º**(Coisas que devem ser transportadas)**

Na venda de coisas que devam ser transportadas de um lugar para outro, os prazos que os artigos 914.º e 917.º mandam contar a partir da entrega só começam a correr no dia em que o credor as receber.

Artigo 922.º-A**Coisas a fabricar ou produzir**

As normas da presente secção são aplicáveis à venda de coisas móveis que o vendedor se obrigou a fabricar ou produzir, quando o defeito não decorra de materiais fornecidos pelo comprador.”

Artigo 3.º**Alterações à Lei de Defesa dos Consumidores**

Os artigos 4.º, 12.º e 13.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho passam a ter a seguinte redacção:

“Artigo 4.º**Direito à qualidade dos bens e serviços**

Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

Artigo 12.º**Direito à reparação de danos**

1. O consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.

2. O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei.

Artigo 13.º
Legitimidade activa

Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos 3.º a 12.º do presente diploma:

- a) (...);
- b) (...);
- c) (...).”

Artigo 4.º
Aditamentos à Lei de Defesa dos Consumidores

São aditados à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho os artigos 4.º-A, 12.º-A, 12.º-B, 12.º-C, 12.º-D e 16.º-A, com a seguinte redacção:

“Artigo 4.º-A
Garantias voluntárias

1. A declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa vincula o seu autor nas condições constantes dela e da correspondente publicidade.

2. A declaração de garantia deve ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso.

3. A garantia, que deve ser redigida de forma clara e concisa em língua portuguesa, conterà as seguintes menções:

- a) Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no Código Civil e no presente diploma e de que tais direitos não são afectados pela garantia;
- b) Condições para atribuição dos benefícios previstos;

- c) Benefícios que a garantia atribui ao consumidor;
- d) Duração e âmbito espacial da garantia;
- e) Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia, que pode ser utilizado para o exercício desta.

4. Salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia transmitem-se para o adquirente da coisa.

5. A violação do disposto nos números 2 e 3 do presente artigo não afecta a validade da garantia e obriga o autor desta a reparar ou substituir a coisa e indemnizar, independentemente de culpa, todos os prejuízos sofridos pelo consumidor por causa do defeito, no prazo de cinco anos a contar da entrega.

Artigo 12.º-A

Defeitos da coisa^{118-C}

1. O consumidor a quem seja fornecida coisa com defeito, incluindo animais defeituosos, sem ter sido informado e esclarecido sobre o defeito antes da celebração do contrato, goza dos direitos previstos nos artigos 913.º a 922.º-A do Código Civil.

2. Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

3. À venda de coisas defeituosas equipara-se a má instalação da coisa realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resultante de incorrecção das respectivas instruções.

4. Os defeitos que se manifestem no prazo de um ou de cinco anos a contar da data da entrega ao consumidor, respectivamente, de coisa móvel não consumível ou de coisa imóvel têm-se por existentes já na data da entrega.

^{118-C} Propõe-se, como possibilidade a ponderar, a introdução de um n.º 2 neste artigo, com a seguinte redacção: “O disposto nos artigos 905.º, n.º 2 e 915.º, n.º 2 do Código Civil não é, porém, aplicável nas relações com os consumidores.” V. a explicação *supra*, na n. 96-a.

5. O decurso dos prazos de garantia e de exercício dos direitos pelo consumidor suspende-se durante o período de tempo correspondente às operações de reparação da coisa.

Artigo 12.º-B Responsabilidade directa do produtor

1. Sem prejuízo dos direitos que lhe assistem perante o vendedor, pode o consumidor que tenha adquirido coisa defeituosa optar por exigir ao produtor, à escolha deste, a sua reparação ou substituição.

2. O produtor pode impedir o exercício dos direitos pelo consumidor verificando-se qualquer dos seguintes factos:

- a) Resultar o defeito exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização;
- b) Não ter colocado a coisa em circulação;
- c) Poder considerar-se, tendo em conta as circunstâncias, que o defeito não existia no momento em que colocou a coisa em circulação;
- d) Não ter fabricado a coisa nem para venda nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua actividade profissional;
- e) Terem decorrido mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

3. É equiparado ao produtor o importador do bem no território da União Europeia e toda e qualquer outra pessoa que se apresente como produtor apondo no bem o seu nome, a sua marca ou outro sinal distintivo.

4. O representante do produtor na zona de domicílio do consumidor é solidariamente responsável com o produtor perante o consumidor, sendo-lhe igualmente aplicável o n.º 2 do presente artigo.

5. Considera-se representante do produtor, para o efeito do número precedente, qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e/ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas.

Artigo 12.º-C

Direito de regresso

1. O profissional que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos nos artigos 913.º a 916.º do Código Civil, bem como a pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso, gozam de direito de regresso contra o profissional a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos.

2. O disposto no n.º 4 do artigo 12.º-A aproveita também ao titular do direito de regresso, contando-se o respectivo prazo a partir da entrega da coisa ao consumidor.

3. O demandado pode afastar o direito de regresso provando que o defeito não existia quando entregou a coisa ou, se o defeito for posterior à entrega, que não foi causado por si.

4. Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, o acordo pelo qual se exclua ou limite antecipadamente o exercício do direito de regresso só produz efeitos se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada.

Artigo 12.º-D

Exercício do direito de regresso

1. O profissional pode exercer o direito de regresso na própria acção interposta pelo consumidor, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 329.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

2. O prazo para o exercício do direito de regresso não se completa antes de decorridos dois meses sobre a denúncia do defeito pelo consumidor ou cinco anos sobre a entrega da coisa pelo profissional demandado.

3. O prazo suspende-se durante o decurso de operações de reparação da coisa e durante o processo em que o vendedor final seja parte.

Artigo 16.º-A
Aplicação à venda de coisas defeituosas

1. O disposto no artigo anterior é aplicável à convenção ou disposição contratual pela qual, antes da denúncia do defeito ao vendedor, se excluam ou restrinjam os direitos do consumidor em caso de venda de coisa defeituosa.

2. Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, o prazo previsto no artigo 917.º do Código Civil pode, porém, ser reduzido a um ano por acordo das partes, em caso de venda de coisa móvel usada.

3. Se, em caso de venda de coisa defeituosa, o contrato celebrado entre profissional e consumidor apresentar ligação estreita ao território dos Estados membros da União Europeia, a escolha, para reger o contrato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não vinculará este último.

Artigo 5.º
Acções de informação

O Instituto do Consumidor promoverá acções destinadas a informar, e incentivará as organizações profissionais a informarem, os consumidores dos direitos que para eles resultam do presente diploma.

Artigo 6.º
Entrada em vigor

O presente diploma entra em vigor no dia de de 2002.

Nota: A Directiva 98/27/CE ainda não está transposta para a ordem jurídica portuguesa. Para transposição do artigo 10.º da Directiva 1999/44/CE, haverá que completar a norma que transpõe o anexo da Directiva 98/27/CE com a referência à “Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relati-

vas (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12)”, ou, se for o caso, com a referência ao diploma que transpõe esta para a ordem jurídica portuguesa.

Articulado

2.ª POSSIBILIDADE (DESACONSELHADA): TRANSPOSIÇÃO EM DIPLOMA AVULSO

DECRETO-LEI N.º /2002, DE DE ¹¹⁹

Sumário: Transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas.

Importa proceder à transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, que tem por objectivo a aproximação das disposições dos Estados-Membros da União Europeia sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

O presente diploma procede a tal transposição através da aprovação de um novo regime jurídico para a conformidade dos bens móveis com o respectivo contrato de compra e venda (ao qual são equiparados alguns casos de empreitada) celebrado entre profissional e consumidor.

Não se ignora que uma inserção deste regime no direito nacional em total harmonia com este exigiria uma reforma do regime geral da compra e venda, por forma a, designadamente, evitar assintonias de enquadramento e de concepção. Simplesmente, ponderou-se que tal reforma, sem dúvida mais profunda e com alcance bem diverso do regime agora aprovado, exigiria estudo e maturação que as actuais circunstâncias — designadamente, o tempo disponível e a finalidade de transposição — estão longe de permitir.

¹¹⁹ Alternativa, para o caso de se optar pela formulação de uma proposta de lei: “LEI N.º /2002, DE DE ”.

O regime jurídico aprovado segue, pois, de perto a referida Directiva 99/44/CE. Entre as principais inovações, há que referir a adopção expressa da noção de conformidade com o contrato, para a qual são relevantes, enquanto índices, designadamente, a correspondência à descrição feita pelo vendedor, à adequação ao uso específico destinado pelo consumidor e aceite pelo vendedor, a adequação às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo, e a apresentação das qualidades e do desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem. É também considerada falta de conformidade a má instalação da coisa realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resultante de incorrecção das respectivas instruções.

Para a determinação da existência de conformidade com o contrato releva o momento da entrega da coisa ao consumidor, prevendo-se, porém, que as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de um ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel não consumível ou de coisa imóvel, respectivamente, se consideram já existentes nessa data.

Preocupação central que se procurou ter sempre em vista foi a de evitar que a transposição da Directiva pudesse ter como consequência uma diminuição do nível de protecção já hoje reconhecido entre nós ao consumidor. Assim, as soluções actualmente previstas na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mantêm-se. Designadamente, mantêm-se o conjunto de direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa — incluindo animais defeituosos. Esclarece-se, ainda, que a reparação ou a substituição da coisa devem ser efectuadas sem encargos, em prazo razoável e sem inconveniente grave para o comprador. Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem, também, ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

No que diz respeito aos prazos, prevê-se um prazo de garantia, que é o lapso de tempo durante o qual o defeito da coisa há-de manifestar-se para o comprador poder exercer os direitos que lhe são reconhecidos.

Tal prazo é fixado em dois anos (prazo mínimo imposto pela Directiva) e cinco anos a contar da recepção da coisa pelo comprador, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel.

Mantém-se a obrigação do comprador de denunciar o defeito ao vendedor (salvo se este houver usado de dolo), alterando-se o prazo de denúncia para dois meses a contar do conhecimento, no caso de venda de coisa móvel. E mantém-se igualmente o prazo de caducidade da acção do comprador em seis meses a contar da denúncia dos defeitos, embora sem se poder esgotar antes do prazo de garantia.

O regime de protecção do consumidor ao qual seja fornecida coisa defeituosa mantém-se imperativo, permitindo-se, porém, que, em caso de venda de coisa móvel usada ao consumidor, o prazo geral de dois anos seja reduzido a um ano por acordo das partes. Quando o contrato de compra e venda celebrado entre profissional e consumidor apresentar ligação estreita ao território dos Estados-membros da União Europeia, considera-se que a escolha, para reger o contrato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não vincula este.

Adoptam-se ainda, pela primeira vez, medidas jurídicas relativas às “garantias” voluntariamente oferecidas pelo vendedor, pelo fabricante ou por qualquer intermediário, no sentido de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa. Assim, para além do efeito vinculativo de tais declarações, nos seus termos e nos da respectiva publicidade, prevê-se a obrigação de entrega da garantia por escrito ao consumidor, a seu pedido, bem como a obrigação de conter determinadas menções — incluindo, designadamente, a declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos na lei e de que tais direitos não são afectados pela garantia e uma série de elementos necessários a compreensão e ao exercício da garantia. Como sanção para a violação destas obrigações, impõe-se ao autor da garantia o dever de reparar ou substituir a coisa e indemnizar, independentemente de culpa, todos os prejuízos sofridos pelo consumidor por causa do defeito, no prazo de cinco anos a contar da entrega.

Inovação bastante significativa consiste na consagração da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, pela reparação ou substituição da coisa defeituosa. Trata-se, nesta solução, numa certa perspectiva, tão-só de estender ao domínio da qualidade a responsabili-

dade do produtor pelos defeitos de segurança, já hoje prevista no Decreto-Lei 383/89, de 6 de Novembro, com um regime de protecção do comprador que já existe em vários países europeus e para que a Directiva que ora se transpõe também já aponta.

Atribui-se, assim, ao consumidor o direito a obter do produtor (incluindo também o importador, o “produtor aparente” e o representante económico do produtor), à escolha deste, a reparação ou substituição da coisa. O produtor pode impedir o exercício destes direitos se provar determinadas circunstâncias, entre as quais se contam, por exemplo, resultar o defeito exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização, ou o decurso de mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Por último, atribui-se ao profissional que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos em caso de defeitos da coisa (bem como à pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso) o direito de regresso contra o profissional que lhe vendeu a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos. Tal direito de regresso é independente de culpa e só pode ser excluído ou limitado antecipadamente se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada.

Para facilitar o exercício deste direito de regresso, possibilita-se ao profissional o seu exercício na própria acção interposta pelo consumidor, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 329.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, a propósito da intervenção passiva suscitada pelo réu em caso de obrigação solidária. Além disso, o prazo para o exercício do direito de regresso não se completa antes de decorridos dois meses sobre a denúncia do defeito pelo consumidor, fixando-se ainda um prazo preclusivo geral de cinco anos a contar da entrega da coisa pelo profissional demandado.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:¹²⁰

¹²⁰ Alternativa, para o caso de se optar pela formulação de uma proposta de lei: “Assim: A Assembleia da República decreta, nos termos do artigo 161.º, alínea *c*), da Constituição.”

Artigo 1.º

Objectivo

O presente diploma procede à transposição para o direito interno da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Artigo 2.º

Definições

1. Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

a) Consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pelo presente diploma, actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional;

b) Bem de consumo: qualquer bem móvel corpóreo.

c) Vendedor: qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional;

d) Produtor: o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto;

e) Garantia: qualquer compromisso assumido por um vendedor ou um produtor perante o consumidor de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade;

f) Reparação: em caso de falta de conformidade, a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato de compra e venda.

2. O presente diploma é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e de locação de bens de consumo.

Artigo 3.º

Conformidade com o contrato

1. O vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda.

2. Presume-se que os bens de consumo não são conformes com o contrato, se se verificar algum dos seguintes factos:

a) Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;

b) Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceite;

c) Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo;

d) Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

3. Não se considera existir falta de conformidade, na acepção do presente artigo, se, no momento em que for celebrado o contrato, o consumidor tiver conhecimento dessa falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la ou se esta decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor.

4. O vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas a que se refere a alínea d) do n.º 2 deste artigo em qualquer dos seguintes casos:

- se demonstrar que não tinha conhecimento nem podia razoavelmente ter conhecimento da declaração em causa;
- se demonstrar que, até ao momento da celebração do contrato, a declaração em causa fora corrigida;
- se demonstrar que a decisão de comprar o bem de consumo não poderia ter sido influenciada pela declaração em causa.

5. A falta de conformidade resultante de má instalação do bem de consumo é equiparada a uma falta de conformidade do bem, quando a instalação fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efectuada pelo vendedor, ou sob sua responsabilidade, ou quando o produto, que se prevê seja instalado pelo consumidor, for instalado pelo consumidor e a má instalação se dever a incorrecções existentes nas instruções de montagem.

Artigo 4.º

Entrega do bem

1. O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue.

2. As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de um ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel não consumível ou de coisa imóvel, respectivamente, têm-se por existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.

Artigo 5.º

Direitos do consumidor

1. Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, assim como a uma redução adequada do preço ou, salvo a falta de conformidade for insignificante, à resolução do contrato.

2. A reparação ou substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina.

3. A expressão “sem encargos” utilizada no n.º 1 reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material.

4. Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

Artigo 6.º

Prazos

1. O comprador pode exercer os direitos previstos no artigo anterior quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois anos a contar da entrega do bem.

2. Para exercer os seus direitos, o consumidor deve denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses a contar da data em que a tenha detectado.

3. O decurso dos prazos suspende-se durante o período de tempo correspondente às operações de reparação da coisa.

Artigo 7.º

Responsabilidade directa do produtor

1. Sem prejuízo dos direitos que lhe assistem perante o vendedor, pode o consumidor que tenha adquirido coisa defeituosa optar por exigir do produtor, à escolha deste, a sua reparação ou substituição.

2. O produtor pode impedir o exercício dos direitos pelo consumidor verificando-se qualquer dos seguintes factos:

a) Resultar o defeito exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização;

b) Não ter colocado a coisa em circulação;

c) Poder considerar-se, tendo em conta as circunstâncias, que o defeito não existia no momento em que colocou a coisa em circulação;

d) Não ter fabricado a coisa nem para venda nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua actividade profissional;

e) Terem decorrido mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

3. O representante do produtor na zona de domicílio do consumidor é solidariamente responsável com o produtor perante o consumidor, sendo-lhe igualmente aplicável o n.º 2 do presente artigo.

4. Considera-se representante do produtor, para o efeito do número precedente, qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e/ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas.

Artigo 8.º Direito de regresso

1. O vendedor que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos no artigo 5.º, bem como a pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso, gozam de direito de regresso contra o profissional a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos.

2. O disposto no n.º 2 do artigo 4.º aproveita também ao titular do direito de regresso, contando-se o respectivo prazo a partir da entrega da coisa ao consumidor.

3. O demandado pode afastar o direito de regresso provando que o defeito não existia quando entregou a coisa ou, se o defeito for posterior à entrega, que não foi causado por si.

4. Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, o acordo pelo qual se exclua ou limite antecipadamente o exercício do direito de regresso só produz efeitos se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada.

Artigo 9.º Exercício do direito de regresso

1. O profissional pode exercer o direito de regresso na própria acção interposta pelo consumidor, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 329.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

2. O prazo para o exercício do direito de regresso não se completa antes de decorridos dois meses sobre a denúncia do defeito pelo consumidor ou cinco anos sobre a entrega da coisa pelo profissional demandado.

3. O prazo suspende-se durante o decurso de operações de reparação da coisa e durante o processo em que o vendedor final seja parte.

Artigo 10.º Garantias voluntárias

1. A declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa vincula o seu autor nas condições constantes dela e da correspondente publicidade.

2. A declaração de garantia deve ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso.

3. A garantia, que deve ser redigida de forma clara e concisa em língua portuguesa, conterá as seguintes menções:

- a) Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no presente diploma e de que tais direitos não são afectados pela garantia;
- b) Condições para atribuição dos benefícios previstos;
- c) Benefícios que a garantia atribui ao consumidor;
- d) Duração e âmbito espacial da garantia;
- e) Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia, que pode ser utilizado para o exercício desta.

4. Salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia transmitem-se para o adquirente da coisa.

5. A violação do disposto nos números 2 e 3 do presente artigo não afecta a validade da garantia e obriga o autor desta a reparar ou substituir a coisa e indemnizar, independentemente de culpa, todos os prejuízos sofridos pelo consumidor por causa do defeito, no prazo de cinco anos a contar da entrega.

Artigo 11.º

Imperatividade

1. Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual, antes da denúncia do defeito ao vendedor, se excluam ou limitem os direitos do consumidor a quem tenha sido vendida coisa defeituosa.

2. Tratando-se de coisa móvel usada, o prazo previsto no n.º 1 do artigo 6.º pode, porém, ser reduzido a um ano por acordo das partes.

3. É aplicável à nulidade prevista no n.º 1 o disposto no artigo 16.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Artigo 12.º

Limitação da escolha de lei

Se o contrato de compra e venda celebrado entre profissional e consumidor apresentar ligação estreita ao território dos Estados membros da União Europeia, a escolha, para reger o contrato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não vinculará este último.

Artigo 13.º

Alterações à Lei de Defesa dos Consumidores

Os artigos 4.º e 12.º e 13.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho passam a ter a seguinte redacção:

“Artigo 4.º

Direito à qualidade dos bens e serviços

Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

Artigo 12.º
Direito à reparação de danos

1. O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei.

2. O consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.”

Artigo 14.º
Acções de informação

O Instituto do Consumidor promoverá acções destinadas a informar, e incentivará as organizações profissionais a informarem, os consumidores dos direitos que para eles resultam do presente diploma.

Artigo 15.º
Entrada em vigor

O presente diploma entra em vigor no dia de de 2002.

Nota: A Directiva 98/27/CE ainda não está transposta para a ordem jurídica portuguesa. Para transposição do artigo 10.º da Directiva 1999/44/CE, haverá que completar a norma que transpõe o anexo da Directiva 98/27/CE com a referência à “Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12)”, ou, se for o caso, com a referência ao diploma que transpõe esta para a ordem jurídica portuguesa.

OS PACTOS ATRIBUTIVOS DE JURISDIÇÃO NOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE CONSUMO

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. A dimensão internacional do comércio electrónico, a natureza «multi-jurisdiccional» da internet e o Regulamento 44/2001. 2. O princípio da autonomia e a liberdade de celebração de pactos de jurisdição. 3. O princípio da protecção da parte mais fraca nos contratos de consumo e a regra do foro do domicílio do consumidor. 4. A possível coincidência entre o foro competente e a lei aplicável no quadro da Convenção de Roma. 5. Derrogação à regra geral do *forum defensoris* e à regra especial em matéria de responsabilidade contratual. 6. As dificuldades de distinção entre compra e venda e prestação de serviços no comércio electrónico directo. 7. Os limites à liberdade contratual na celebração de pactos atributivos de jurisdição e suas excepções. 8. O afastamento de uma interpretação puramente literal do Regulamento para salvaguardar a razoabilidade do legislador comunitário. 9. O problema da validade dos pactos de jurisdição incluídos em contratos de adesão. 10. Os princípios da jurisdição nas cláusulas de recurso à arbitragem.

1. Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão. Com efeito, o comércio electrónico é, por definição, um comércio internacional, suscitando a natureza ubiqüitária da internet dificuldades ao nível da determinação prática dos critérios de conexão

em matéria de competência internacional dos tribunais. Tal natureza ubiqüitária projecta-se na chamada natureza «multi-jurisdiccional» da internet, à qual está associada uma ideia de «forum-shopping». Em ordem a reduzir este risco, é frequente a aposição de cláusulas atributivas de jurisdição nos contratos celebrados com consumidores, bem como cláusulas relativas à lei aplicável.

Prima facie, à partida, esta prática seria sancionada pelo princípio da liberdade contratual, decorrente do valor da autonomia de vontade das partes. Veremos, porém, que o princípio da protecção da parte mais fraca¹ impõe limites à liberdade de celebração de pactos de jurisdição nos contratos de consumo. Mais veremos que este princípio é, actualmente, parte integrante do direito contratual europeu.²

2. O regime de competência internacional dos tribunais portugueses está previsto nos artigos 61.º, 62.º e 65.º-A do Código de Processo Civil. Além disso, as Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988) fixam regras relativas à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, com excepção das matérias por elas excluídas, como sejam o estado e capacidade das pessoas, os regimes matrimoniais e o direito das sucessões³. Finalmente, a partir de 1 de Março de 2002, os tribunais deverão determinar a sua competência segundo o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconheci-

¹ Sobre as origens, evolução e sentido deste princípio no direito internacional privado *vide*, por todos, R.M. Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991, com mais referências.

² *Vide* R.M. Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, AA.VV., STVDIA IVRIDICA 38, COLLOQUIA — 1, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 93 ss, esp. 104 ss (concluindo que “os princípios da autonomia das partes e da protecção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia” — p. 124).

³ *Vide* M. Teixeira de Sousa / D. Moura Vicente, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994.

mento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁴. Este instrumento jurídico comunitário, que é vinculativo e directamente aplicável, incorpora as Convenções de Bruxelas e de Lugano revistas, sendo revelador de como os regulamentos parecem “estar a ganhar terreno” na harmonização do direito privado europeu⁵. No plano internacional, encontra-se em discussão o Projecto de Convenção de Haia sobre competência judiciária e decisões estrangeiras em matérias civis e comerciais⁶ 7.

Vamos ter em conta, em especial, o regime previsto pelo Regulamento n.º 44/2001⁸, que se propõe servir de pilar da construção jurídica de uma nova liberdade do mercado interno: *a liberdade de circulação*

⁴ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

⁵ J. Sinde Monteiro, *Assinatura Electrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001, p. 271 (17. “Europeização” do direito privado).

⁶ The draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW / CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS adopted by the Special Commission on 30 October 1999 — *amended version (new numbering of articles)*). A adequação do projecto inicial da Convenção de Haia às exigências próprias do comércio electrónico tem sido debatida por um grupo de peritos, cujas principais conclusões constam do documento *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Hague Conference, 2000 (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL JURISDICTION, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, *Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, Preliminary Document No 12 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001*, <http://www.hcch.ne/>).

⁷ Do outro lado do Atlântico, é de referir, por exemplo, que o Grupo de Trabalho da ABA sobre o Projecto Ciberespaço publicou recentemente o seu relatório, o qual versa matérias como a publicidade e a protecção do consumidor, a protecção de dados, a propriedade intelectual, os sistemas de pagamento e a banca electrónica, as vendas de bens, a prestação de serviços e a fiscalidade na internet. *Transnational issues in cyberspace: a project on the law relating to jurisdiction*, ABA, www.kentlaw.edu/cyberlaw/.

⁸ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1-23. Para mais desenvol-

das decisões judiciais⁹. Procuraremos saber em que medida é que esta nova liberdade do mercado interno é compatível com a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição nos contratos de consumo ao nível da comercialização electrónica na Internet.

3. Os contratos são um domínio de eleição para o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição. O Regulamento dá expressão a esse princípio, admitindo tais pactos e fixando aliás a competência exclusiva dos tribunais designados, salvo convenção em contrário. Dispõe que os pactos terão que revestir a forma escrita e admite a sua celebração pela internet uma vez que consagra a equivalência da forma escrita a qualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do pacto (art. 23.º, 2)¹⁰.

Todavia, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da protecção da parte mais fraca, nomeadamente o consumidor.

vimentos sobre outros aspectos do Regulamento que aqui não serão tratados *vide*, por ex., o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Direito Cibernético / Cyber Law*, Actas do Congresso Internacional promovido pela FLAD, Lisboa, 25 e 26 de Lisboa, 2001.

⁹ Considerando-se uma medida necessária para o bom funcionamento do mercado interno, o Regulamento 44/2001 visa alcançar, nesse quadro, “o objectivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial” (cons. 6), incluindo no seu âmbito de aplicação material o “essencial da matéria civil e comercial” (cons. 7) e abrangendo, em princípio, todos os litígios que tenham conexão com o território dos Estados-Membros vinculados pelo Regulamento, consistindo essa conexão no domicílio do requerido num desses Estados. Por outro lado, a liberdade de circulação de decisões visada pelo Regulamento exige que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas e executadas num outro Estado-Membro, ainda que o devedor condenado esteja domiciliado num Estado terceiro (cons. 10). Em matéria de providências cautelares, o Regulamento permite que a adopção de medidas cautelares seja requerida às autoridades judiciais de um Estado-Membro mesmo que não sejam as competentes para conhecer da questão de fundo (art. 31.º).

¹⁰ Por razões de coerência sistemática, parece que a validade e força probatória dessa comunicação dependerá do regime das assinaturas electrónicas instituído pela Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

4. Com efeito, a secção 4 do Regulamento fixa critérios especiais de competência em matéria de contratos celebrados por consumidores¹¹. A regra é a de que o consumidor pode intentar uma acção contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor (art. 16.º).

Este regime abrange todos os casos¹² em que o contrato é concluído com uma pessoa que tem actividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa actividade, *por quaisquer meios*, a esse Estado-Membro ou a vários Estados-Membros incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essa actividade. Ao referir que essa actividade pode ser dirigida “por quaisquer meios” parece o Regulamento abranger também o comércio electrónico na Internet¹³.

¹¹ Consumidor é a pessoa que celebra um contrato para finalidade estranha à sua actividade comercial ou profissional. Trata-se de uma definição de consumidor não integralmente coincidente com a prevista em outros instrumentos de direito comunitário, em especial a Directiva sobre o comércio electrónico, que define o consumidor como qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (cfr. art. 2.º-e, Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno — «Directiva sobre comércio electrónico»). Em resultado, acentua-se a noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário: *vide* o nosso estudo *A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDOC/CDC, Coimbra, 2000, p. 59 ss., com mais referências.

¹² Incluindo os contratos de fornecimento de viagens organizadas, embora exceptuando o simples transporte.

¹³ Em comparação com o Projecto de Convenção de Haia, este último acrescenta alguns elementos. Em especial, concretiza a noção de dirigir uma actividade a um Estado, através da formulação “designadamente solicitando negócios através de meios de publicidade” (art. 7, 1-a, *in fine*), à semelhança do critério “doing business” da jurisprudência estadunidense. Além disso, acrescenta que o consumidor deverá ter dado os passos necessários para a conclusão do contrato nesse Estado. O Grupo de peritos debateu esta questão tendo sido sugerido “to include in the rule of conflicts of jurisdiction the concept of a “target”. If the enterprise has specifically targeted consumers in a par-

Com efeito, parece ser acolhida neste domínio a jurisprudência estadunidense, nos termos da qual, seguindo a doutrina do *stream of commerce* (*International Shoe C. V. Washington*, 1945), dever-se-á distinguir consoante o site seja passivo, activo ou interactivo (*Blue Note*), exigindo-se que a jurisdição seja “directamente proporcional à natureza e à qualidade da actividade comercial que uma entidade exerce na Internet” (*Zippo Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, SNY 1999), isto é, atender ao “nível de interactividade e natureza comercial da troca de informação” (*Hornell Brewing v. Rosebud Sioux Tribal Court*, 8th Circ. 1998)¹⁴.

5. Deste modo, poderá existir uma coincidência entre a competência judiciária e a lei aplicável, isto é, o tribunal competente aplicará, verificadas certas circunstâncias, a lei do respectivo Estado-Membro, uma vez que, por força da Convenção de Roma¹⁵, será aplicável a lei do domicílio do consumidor.

particular country, it would be consistent to decide that the courts of that country have jurisdiction for consumers residing on its territory. On the other hand, if the business uses an unsophisticated site, i.e., one which does not make it possible to target certain consumers, the result will be that no particular conclusion can be drawn as regards jurisdiction. However, this development has been criticised by some experts, and is not unanimously endorsed as yet.” *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 7.

¹⁴ Cfr. PRIMER ON ELECTRONIC COMMERCE AND INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES, WIPO, Geneva, May 2000, <http://ecommerce.wipo.int>, p. 13-4. Um problema que se coloca é saber se um tribunal deverá declinar jurisdição no caso de os utilizadores de um signo pretenderem evitar uma ligação com um determinado país através da colocação de um “aviso” no seu sítio da rede. Desse modo, a utilização dos signos seria territorializada, evitando acções em países nos quais pudessem existir direitos conflituantes. Note-se, todavia, que a recente jurisprudência estadunidense (*World Film Services v. RAI*, SDNY 1999) considerou satisfeito o critério do “doing business” pelo simples facto de a empresa estrangeira ré ter no território do foro uma subsidiária cujas operações controla, apesar de esta não ser parte directa da relação material controvertida. Cfr. J. Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (2000 Update), WIPO/PIL/01/2, p. 4, in *WIPO Forum on private International Law and Intellectual Property*, Geneva, January 30 and 31, 2001 — <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>.

¹⁵ Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de Junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992.

Esta Convenção assenta no princípio de que o contrato se rege pela lei escolhida pelas Partes (art. 3.º, 1); na ausência de estipulação contratual, dispõe que o contrato será regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita, presumindo-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a Parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central (art. 4.º, 1 e 2).

Todavia, em desvio a este regime — justificado pelo imperativo da protecção da parte mais fraca —, o artigo 5.º (contratos celebrados por consumidores) estabelece que, nos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento, a escolha pelas Partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato (a); ou se a outra Parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país (b); ou se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar (c).

A esta limitação à liberdade contratual acresce ainda o critério segundo o qual, na falta de escolha da lei aplicável, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as referidas circunstâncias¹⁶. Em todo

¹⁶ Esta possibilidade de o consumidor poder prevalecer-se da legislação do Estado da sua residência habitual, bem como de demandar o fornecedor nos tribunais do seu domicílio foi destacada pela Resolução do Conselho, de 19 de Janeiro de 1999, sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação (1999/C 23/01),

o caso, esta norma de protecção dos consumidores não se aplica ao contrato de transporte e ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual.

6. Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio electrónico, uma vez que o exercício de actividades comerciais ou profissionais através da internet ficaria potencialmente sujeito a litígios em todos os Estados-Membros. Com efeito, na doutrina sustenta-se “como sendo dirigido ao país da residência habitual qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja susceptível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet)”¹⁷.

Assim, parece que os agentes teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países, sob pena de a expressão “dirigir a actividade” na internet a um ou vários Estados-Membros poder abranger todo e qualquer sítio da rede.

A razão de ser do regime do regulamento é “proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral” (cons.13), à semelhança do que sucede com os contratos de seguro e de trabalho. O princípio da protecção da parte mais fraca justifica ainda limitações à liberdade contratual das partes no sentido de só serem permitidos pactos atributivos de jurisdição em termos restritos, sendo proibidos todos os demais (arts. 17.º e 23.º, 5). Assim, por exemplo, só se admite um pacto de jurisdição que derogue as regras especiais de competência se for posterior ao litígio (art. 17.º, 1).

7. O princípio da protecção da parte mais fraca justifica um desvio relativamente à regra geral do foro do domicílio do demandado, por um

considerando-se que “no caso de transacções transfronteiras efectuadas através das tecnologias da informação, os consumidores deverão, ao abrigo da legislação comunitária e das convenções de Bruxelas e de Roma, poder beneficiar da protecção concedida pela legislação do país de residência habitual e ter um acesso fácil aos procedimentos de recurso, nomeadamente no seu país de residência habitual” (10).

¹⁷ L. Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, Revista da Ordem dos Advogados, 2001, p. 162.

lado, e à regra especial de competência em matéria de responsabilidade contratual prevista no Regulamento, por outro.

Quanto à regra geral de competência, o regime instituído pelo Regulamento 44/2001 assenta no princípio do *forum defensoris*, ou seja, como regra geral, é atribuída competência judiciária aos tribunais do Estado de domicílio do réu, independentemente da sua nacionalidade (art. 2.º). Depois, relativamente a certas matérias, o Regulamento estabelece competências especiais de competência, permitindo que o réu possa ser demandado perante os tribunais de um Estado-Membro no qual não se encontra domiciliado. Em virtude do regime de competências especiais e exclusivas que prevê, bem como do papel que se reconhece à liberdade das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição, a regra geral do foro do domicílio do demandado acaba por se revelar residual. Nos termos do Regulamento, a determinação do domicílio é feita pela legislação nacional dos tribunais junto dos quais tenha sido submetida a questão (art. 59.º)¹⁸.

¹⁸ Entre nós, segundo o CPC, considera-se domiciliada em Portugal a pessoa colectiva cuja sede estatutária ou efectiva se localize em território português, ou que aqui tenha sucursal, agência, filial ou delegação. Além disso, o Código Civil prevê que o domicílio profissional corresponde ao lugar onde a profissão é exercida (art. 83.º).

A este propósito convém notar que a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»), “não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais” (art. 1, 4), e exclui do domínio coordenado relativo à liberdade de circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato (art. 3, 3, e anexo). Todavia, não deixa de fornecer um importante critério para a determinação do domicílio, ao considerar que: “(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. *O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica.* Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é

Depois, a regra especial de competência em matéria de responsabilidade contratual é a de que o devedor poderá ser demandado perante

importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o *centro das suas actividades* relacionadas com esse serviço específico." Este critério de determinação do local de estabelecimento do prestador de serviços deverá informar a regra de determinação do domicílio das pessoas ou pessoas colectivas prevista no Regulamento, nos termos da qual será o local da sede social ou da administração central ou do estabelecimento principal dessa pessoa jurídica (art. 60.º, 1).

A importância da identificação dos prestadores dos serviços justificou, aliás, que a Directiva sobre o comércio electrónico tivesse previsto uma norma (art. 5) obrigando os Estados-Membros a assegurarem que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente, pelo menos, às seguintes informações: nome do prestador (1); endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido (2); elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele (3); caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo (4); caso determinada actividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente (5); no que respeita às profissões regulamentadas, a organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito, o título profissional e Estado-Membro em que foi concedido, e a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões (6); caso o prestador exerça uma actividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (7); sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação deverá ser clara e inequívoca e explicitar obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega (8). Estas informações são obrigatórias sem prejuízo de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, em especial dos que resultam da Directiva sobre os contratos à distância (Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância) e da Directiva sobre indicação de preços (Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores).

o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em causa. O lugar de cumprimento da obrigação é o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues no caso da venda de bens (1), ou o lugar onde os serviços foram ou devam ser prestados no caso da prestação de serviços (2)¹⁹.

Em matéria de comércio electrónico indirecto o local de cumprimento da obrigação não suscita grandes questões; todavia, a determinação deste critério já é mais complexa em sede de comércio electrónico directo.²⁰ Pense-se, por exemplo, na compra e venda de programas de computador efectuada exclusivamente por meios electrónicos, com encomenda, pagamento e entrega em linha mediante transferência electrónica de dados: trata-se de venda de bens ou antes de prestação de serviços?

A orientação do direito comunitário parece apontar no sentido de que se trata de prestação de serviços.²¹ Todavia, a discussão não está

¹⁹ Declarando-se o tribunal competente para decidir o caso, terá seguidamente que determinar a lei aplicável para julgar do mérito do litígio. As questões que agora se colocam são fundamentalmente as mesmas que surgem no problema da determinação da competência judiciária, acentuando-se também a sua complexidade no ambiente em linha. Se existir um acordo contratual sobre a escolha da lei, a questão é relativamente simples. Todavia, será sempre necessário atender às regras «mandatórias» aplicáveis na jurisdição onde a protecção é reclamada. Não obstante, o princípio é o do respeito pela escolha da lei feita pelas partes (veja-se, por ex., o art. 3 da Convenção de Roma, que ressalva porém no art. 16.º a sua compatibilidade com a ordem pública do foro competente; veja-se também a sec. 109(a) da UCITA). Nos EUA, o UCC (*Uniform Commercial Code*) exige que a lei escolhida pelas partes apresente uma relação razoável com a transacção em causa (por ex., tratando-se da lei do lugar do cumprimento da obrigação). Porém, este critério poderá ser muito fluído no domínio das transacções do comércio electrónico directo (cfr. WIPO Primer, p. 17). Na falta de um acordo sobre a lei aplicável, será de atender à Convenção de Roma (art. 4.º) e, nos EUA, à UCITA (sec. 109(b) — *vide infra*).

²⁰ Sobre a distinção entre comércio electrónico directo e comércio electrónico indirecto, veja-se, por ex., o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 14-5.

²¹ Cfr. Directiva sobre o comércio electrónico, cons. 18, ilustrando exemplificativamente a noção de serviços da sociedade da informação (Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno); Directiva Bases de Dados, art. 5.º-c, cons. 33 (Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção

encerrada.²² De resto, o mesmo problema foi suscitado no âmbito do grupo de peritos encarregado da análise da conformidade do projecto de Convenção de Haia às exigências do comércio electrónico, sustentando-se que o correspondente preceito (o art. 6.º do Projecto²³) não seria aplicável aos contratos executados em linha. Deste modo, seria necessária uma regra suplementar para estes contratos, a qual poderia apontar no sentido da competência do foro do lugar do cumprimento ou, mais exactamente, do lugar da entrega da informação, segundo uma redacção semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo do Comércio Electrónico da UNCITRAL^{24,25}.

jurídica das bases de dados); Directiva Direito de Autor na Sociedade da Informação, cons. 19 (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação); Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social — Comércio electrónico e fiscalidade indirecta — COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996.

²² Por exemplo, nos EUA, bem como no Brasil, as leis de implementação dos Tratados da OMPI deixaram em aberto a qualificação dos actos de “distribuição” electrónica, sendo que nos EUA é constante a jurisprudência que admite a distribuição por meios electrónicos. Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, STVDIA IVRIDICA 55, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, § 48, pp. 568 ss.

²³ Article 6 — Contracts. A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which: a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part; b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part; c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

²⁴ Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 (with additional article 5bis as adopted in 1998), Article 15. Time and place of dispatch and receipt of data messages: (4) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph: (a) if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business; (b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence.

²⁵ Num breve apontamento de direito comparado é de referir que a estadunidense

O Regulamento prevê ainda um outro critério, nos termos do qual se não se tratar de venda de bens nem de prestação de serviços e se as partes nada tiverem convencionado quanto ao lugar de cumprimento da obrigação em questão, será aplicável a alínea a), ou seja, será competente o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão.

8. Ora, fixando a competência do foro do domicílio do consumidor, o Regulamento derroga quer a regra geral do domicílio quer a regra especial em matéria de responsabilidade contratual do lugar do cumprimento do contrato.

Trata-se de uma solução decorrente do princípio da protecção da parte mais fraca, que, além do mais, tem o mérito de evitar questões prévias que se colocam em sede de determinação do critério especial previsto para as situações de responsabilidade contratual. Como vimos, o Regulamento prevê, para estes casos, o foro do local de cumprimento da obrigação, esclarecendo que esse local será, salvo convenção em contrário, o local da entrega na venda de bens ou o local da prestação nos serviços. Porém, no domínio do comércio electrónico directo não é certo se se trata de venda de bens ou de prestação de serviços. Interpretando o Regulamento à luz do acervo comunitário, exceptuando a Directiva sobre programas de computador²⁶, concluiremos que se trata de serviços²⁷.

UCITA (*The Uniform Computer Information Transactions Act*, 1999) prevê na secção 109(b) um regime de determinação da lei aplicável nos casos de ausência de cláusula contratual, nos termos da qual é aplicável: a lei da jurisdição na qual o licenciante está situado quando o acordo é celebrado nos casos de contratos de acesso e de entrega electrónica de uma cópia (1); a lei da jurisdição na qual a cópia foi ou deveria ter sido entregue ao consumidor no caso dos contratos de consumo que requerem a entrega de uma cópia num suporte tangível (2); a lei da jurisdição com a conexão mais estreita ao contrato em todos os outros casos (3).

²⁶ Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

²⁷ Mas como vimos, o grupo de peritos da Conferência de Haia debateu a questão em face de um artigo idêntico do Projecto, tendo concluído que esse preceito não seria aplicável no domínio dos contratos do comércio electrónico directo e que seria necessário um preceito de teor semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL.

9. Para além de se traduzir na fixação de um critério especial de competência para os contratos de consumo, o princípio da protecção da parte mais fraca projecta-se, ainda, através da imposição de limites à liberdade contratual das partes em sede de celebração de pactos atributivos de jurisdição.

Com efeito, o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre algumas limitações impostas pelo princípio da protecção da parte mais fraca. Nos contratos de seguro, de consumo e de trabalho, o Regulamento prossegue este princípio por duas vias. Primeiro, estabelece regras especiais de competência mais favoráveis aos interesses da parte mais fraca. Segundo, limita a sua autonomia na celebração de pactos atributivos de jurisdição. Assim, por exemplo, nos contratos celebrados pelos consumidores, dispõe que o consumidor poderá sempre demandar no foro do seu domicílio a outra parte e esta só poderá demandar o consumidor no foro do domicílio dele.

Mais acrescenta que esta regra de competência especial só pode ser derogada, sob pena de ineficácia do pacto de jurisdição, se este respeitar certas condições, nomeadamente ser posterior ao nascimento do litígio. Estas regras parecem abranger os contratos de consumo na Internet, uma vez que são previstos os casos em que os contratos são concluídos com uma pessoa que dirige, por quaisquer meios, a sua actividade comercial ou profissional ao Estado-Membro do domicílio do consumidor.

10. Contudo, é prevista uma possibilidade de derrogação à regra especial de competência que não se afigura muito consonante com o princípio da protecção da parte mais fraca. Com efeito, é admitida a eficácia do pacto atributivo de jurisdição, celebrado mesmo antes do litígio, se permitir ao consumidor recorrer aos tribunais que não sejam os indicados na secção 4.

Deste modo, tudo indica que os contratos do comércio electrónico de fornecedores de bens ou serviços incluirão uma cláusula geral nos termos da qual o consumidor poderá recorrer a um tribunal de um país terceiro. Porém, a nosso ver, a validade dessa cláusula é problemática, uma vez que poderá frustrar plenamente o sentido do princípio da pro-

tecção da parte mais fraca, senão mesmo o sentido do princípio do acesso à justiça que norteia todo o regime da competência judiciária.

O princípio da protecção da parte mais fraca, em especial o consumidor, justifica limitações à sua autonomia, em especial no que respeita a pactos atributivos de jurisdição susceptíveis de contornar as regras de competência mais favoráveis aos seus interesses. Não obstante — *et pour cause* — , é estranho que o Regulamento pareça admitir pactos atributivos de jurisdição que permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não os do foro do domicílio do consumidor ou da outra parte, tanto mais que a competência desses tribunais será em princípio exclusiva e poderá ser convencionalmente mediante adesão à distância, por meios electrónicos, às condições gerais do contrato («click-wrap»).

Na verdade, as condições de admissibilidade de pactos derogatórios à regra de competência especial nos contratos de consumo são alternativas e não cumulativas, pelo que tal pacto não terá que ser posterior ao nascimento do litígio.

Ora, uma interpretação puramente literal leva-nos a concluir que a solução do Regulamento não é razoável. Com efeito, tal solução é susceptível de esvaziar de sentido o princípio da protecção da parte mais fraca, atentando assim contra o “espírito do sistema”²⁸ que anima o Regulamento. De modo a corrigir este sentido interpretativo admitido pela letra do Regulamento, parece-nos que se deverá integrar essa cláusula derogatória com a parte final do preceito, integrada na terceira cláusula derogatória, que ressalva a possibilidade de a lei do Estado-Membro do domicílio do consumidor não permitir tais convenções.

²⁸ Não será, todavia, a primeira vez que o legislador europeu, em nome da protecção do consumidor, consagra soluções que acabam por se revelar manifestamente contrárias ao espírito que, supostamente, as anima. Veja-se, a este propósito, o que escrevemos relativamente à solução da Directiva sobre o comércio electrónico em matéria de contratos negociados e celebrados exclusivamente por correio electrónico em *A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, cit., p. 110 ss.

11. Ora, quer no direito comunitário²⁹, quer no direito interno³⁰, é prevista como exemplo indicativo de “cláusula abusiva” aquela que permite suprimir ou enterrar acções judiciais (al. q do anexo referido no art. 3.º da directiva) ou que estabelece um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º-g).

Por um lado, a directiva sobre as cláusulas abusivas prevê que uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, considerando-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 (art. 3.º, 1 e 2). Na lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas constantes do anexo prevê-se a cláusula que permite suprimir ou enterrar a possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente à outra parte contratante (al. q).

Por outro lado, no direito interno, o regime das cláusulas contratuais gerais prevê, como cláusula relativamente proibida aplicável também nas relações com os consumidores, a cláusula que estabeleça um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º, al. g)³¹.

²⁹ Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

³⁰ Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro (com a redacção da Declaração de rectificação n.º 114-B/95) e n.º 249/99, de 31 de Julho.

³¹ Note-se que o artigo 28.º determina que para a acção inibitória é competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas se a residência ou sede do demandado se localizarem no estrangeiro.

Em ambos os casos trata-se de normas de aplicação não imediata. Com efeito, na directiva comunitária a cláusula é meramente indicativa e no direito português é apenas relativamente proibida. Pelo que, saber se a lei dos Estados-Membros admite essa convenção é matéria que terá que ser determinada pelos tribunais, como questão prévia, tendo em conta o quadro negocial padronizado, isto é, o “paradigma” ou “modelo... de determinado sector de actividade”³².

Todavia, em princípio, o tribunal deverá considerar tal cláusula inválida, uma vez que poderá afectar, desde logo, o princípio do equilíbrio entre as partes, que norteia o problema da competência judiciária internacional e justifica a existência de um princípio da protecção da parte mais fraca impondo limites à liberdade contratual ao nível da celebração de pactos atributivos de jurisdição.³³

³² António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 61, AD HONOREM — 1, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 1116.

³³ Para declarar a invalidade de tal estipulação com base na lei das cláusulas contratuais gerais o tribunal terá previamente que se considerar competente. Com efeito, só se for competente é que o tribunal poderá aplicar a lei, ainda que para invalidar um pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência. Mas, poderá o tribunal fundar a sua competência numa regra material de conflitos, ainda que por analogia? Propendemos para o entendimento de que o tribunal afirmará a sua competência contra tal pacto atributivo de jurisdição e, ao mesmo tempo, contra uma eventual escolha pelas partes da lei aplicável que afaste a lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”, nos termos do art. 23.º, 1, deste diploma, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho. Esta solução está em conformidade com os princípios fundamentais do problema da competência judiciária, em especial o princípio da protecção da parte mais fraca em ordem a assegurar um equilíbrio entre as partes. Esse equilíbrio será aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro, ou seja, como refere a norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”. Este será o caso quando, por exemplo, se trate de um consumidor «passivo» com residência em Portugal e os bens adquiridos devam ser entregues no seu domicílio. Sobre a articulação da norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais com a Convenção de Roma e a prescrição da directiva sobre cláusulas abusivas, vide Almedina de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 83-98 (criticando a alteração de 99 em Adenda, p. 6), agora em 2.ª ed. revista e aumentada, 2001, pp. 41-3 e 123 ss.

12. Com efeito, o problema da competência judiciária articula-se em torno de *um princípio de equilíbrio entre as partes*, aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro.³⁴

Por um lado, as soluções encontradas deverão respeitar o direito fundamental de acesso à justiça, sendo esta dimensão do princípio do equilíbrio das partes expressão de *ius cogens*, corporizado no direito de acesso à justiça. Por outro lado, do princípio do equilíbrio das partes decorre também o direito de o demandado não ser chamado perante um foro que seja não equitativo (*fair*), sendo a medida da exigibilidade aferida pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o foro.

Depois, o princípio do equilíbrio entre as partes exige que seja tida em consideração a relação de forças entre as partes, protegendo a parte mais fraca (por exemplo, os consumidores), quer através de regras especiais de competência mais favoráveis aos seus interesses quer através de limitações à sua liberdade na celebração de pactos atributivos de jurisdição.³⁵

Estes princípios do problema da competência judiciária internacional levam-nos a sustentar, em vias de princípio, que o tribunal poderá considerar inválida uma cláusula incluída num pacto atributivo de jurisdição de um contrato electrónico de consumo que atribua competência a um foro com o qual o contrato de consumo não tenha qualquer conexão razoável. De resto, parece-nos que, em sentido material, tal cláusula seria equiparável à situação prevista no art. 21.º, al. h), do regime dos contra-

³⁴ Ver G. Kaufmann-Kohler, *Internet: Mondialisation de la Communication — Mondialisation de la Résolution des Litiges?*, in K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998, p. 92 ss. Sobre o princípio da não transatividade das leis no DIP *vide*, em especial, Baptista Machado, *Âmbito e eficácia de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 119 ss; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1974, p. 9; F.J. Bronze, *Apontamentos Sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas no ano lectivo de 1996-97)*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1997, p. 65-6.

³⁵ Um outro factor a considerar na «equação» deste problema é que a existência de uma conexão razoável entre o litígio e o foro poderá ser mediada por exigências de eficácia, isto é, de um princípio de boa administração da justiça. Esta dimensão do direito conflitual adjectivo traduz-se na prescrição de critérios de competência exclusiva dos tribunais de um determinado Estado (por exemplo, no que respeita aos direitos reais sobre coisas corpóreas e aos direitos que dependam de registo).

tos de adesão, nos termos do qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes.

13. Finalmente, a mesma solução deverá valer, *mutatis mutandis*, para as cláusulas de recurso à arbitragem. A par dos meios judiciais tradicionais assiste-se à criação de uma teia jurídica que promove o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), em especial os códigos de conduta e a arbitragem através de procedimentos de resolução em linha de conflitos³⁶.

Enquanto mecanismo de obtenção paritária e vinculante de decisões, a arbitragem, funcionando no quadro da Convenção de Nova Iorque (1959), poderá fornecer soluções únicas para os litígios multi-jurisdicionais resultantes do comércio electrónico, ainda que o ritmo das actividades económicas electrónicas exija uma redução do tempo e do custo dos procedimentos arbitrais tradicionais.

Os procedimentos de resolução em linha de litígios (arbitragem electrónica) poderão satisfazer essas exigências. Partindo do pressuposto de que as regras actuais da arbitragem poderão ser a base a partir da qual se poderá edificar um quadro jurídico da arbitragem electrónica, certas questões, todavia, deverão ser equacionadas, em especial no que respeita aos direitos de acesso aos documentos pelas partes (1), aos procedimentos aplicáveis em caso de ser questionada a sua autenticidade (2), aos contactos para efeitos de notificações (3), ao cálculo dos períodos de tempo tendo em conta as diferenças horárias das partes (4), aos requisitos de escrita e de assinatura das cláusulas do litígio, das comunicações das partes e das decisões (5), e ao encurtamento dos prazos de cumprimento dos diversos passos processuais (6)³⁷.

Neste sentido, a Directiva sobre o comércio electrónico, considerando que deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação susceptível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias electrónicas apropriadas e que esse ajustamento deve ter como resultado tornar real e efectivamente

³⁶ Vide Directiva sobre comércio electrónico, arts. 16.º e 17.º

³⁷ Cfr. WIPO Primer, p. 24.

possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em situações transfronteiriças (51), dispõe no art. 17.º, sob epígrafe “resolução extrajudicial de litígios”, que os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, *inclusive através de meios electrónicos adequados* (1). Além disso, prevê ainda que os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas (2).³⁸

Porém, o papel dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos³⁹ é consagrado sem prejuízo do recurso aos meios judiciais, nomeadamente no que respeita à possibilidade de intentar acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores previstas na Directiva sobre acções inibitórias⁴⁰. Por outro lado, dever-se-á ter em conta que, nos termos do art. 21.º, al. h), do regime dos contratos de adesão, são absolutamente proibidas as cláusulas que prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.

³⁸ Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001 designou o Instituto do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, como centro de coordenação, funcionando como ponto de contacto nacional, no âmbito da Rede Europeia de Organismos Nacionais de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo.

³⁹ Sobre o papel dos ADRs, *vide*, desenvolvidamente, H. Perriit, Jr., *Electronic Commerce: Issues in Private International Law and the Role of Alternative Dispute Resolution*, WIPO/PIL/01/6, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 — <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents/>.

⁴⁰ Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores. Nos EUA, a Comissão Federal do Comércio e o Departamento do Comércio reuniram, em Junho de 2000, em Washington para identificar os interesses envolvidos no comércio electrónico quando as transacções são concluídas entre uma empresa e um consumidor, tendo assistido diversos prestadores de serviços de resolução alternativa de conflitos. Os participantes discutiram que vias deveriam ser exploradas no futuro de modo a dar confiança aos consumidores e a incorporação destes métodos alternativos num sistema de resolução de conflitos global, especialmente em relação aos processos judiciais. Ver: www.ecommerce.gov/adr.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ALD

PAULO DUARTE

Advogado

1. Introdução

O chamado aluguer de longa duração, que na vida prática dos negócios é reconhecido pela sigla ALD¹, constitui uma operação contratual² que tem proliferado em larga escala, disputando o mercado de financiamento da aquisição de bens de consumo (sobretudo do automóvel)³ com outras técnicas contratuais de concessão de crédito, designadamente o mútuo bancário e a locação financeira.

Sintoma dessa vulgarização prática do ALD é, justamente, o facto de ser já considerável o acervo de jurisprudência superior que sobre tal figura se debruça. Os problemas prático-normativos que os tribunais têm sido convocados a solucionar (por vezes com orientações divergentes – o que mostra a dificuldade e a juventude da matéria) nos lití-

¹ Sigla com que, doravante, passarei também a identificar o fenómeno.

² Com a expressão utilizada (*operação contratual*), que se confessa ser dogmaticamente pouco ortodoxa, pretendo desde já prenunciar aquilo que, mais adiante, procurarei demonstrar: o ALD não é um contrato, mas uma operação que envolve vários contratos.

³ Mais adiante se verá por que razões se considera o ALD como um instrumento de concessão de crédito ao consumidor.

gios cujo objecto se corporiza numa operação de ALD são vários e importantes: qualificação jurídica, regime aplicável, requisitos de validade e consequências do incumprimento (em particular do locatário).

Ora o que se intenta com o presente estudo, e sem prejuízo de uma posterior e mais demorada revisitação do assunto, é precisamente, ao jeito de quem faz o ponto da situação, identificar e equacionar alguns desses problemas suscitados pela prática do ALD, aproveitando decerto para correr o risco de sugerir aquelas que se me afiguram ser as soluções mais aconselháveis.

2. A configuração fáctica do ALD

Antes de avançar quaisquer considerações a seu respeito, importa saber o que é, fenomenologicamente (ou seja, como é que ele surge, em bruto, à observação inicial do aplicador do direito), o ALD.

Do que se trata, agora, neste momento inicial, ainda descomprometido de juízos de valoração ou qualificação (na medida em que isso é possível no tratamento de problemas jurídicos), é de apreender os elementos caracterizadores do ALD, tal como ele se configura facticamente na quotidiana prática dos negócios⁴.

Pois bem, o ALD caracteriza-se pela realização concertada de três contratos diversos: um contrato de compra e venda; um denominado⁵

⁴ A “amostra” da realidade a partir da qual se desenha esta configuração fáctica do ALD é, sobretudo, a que resulta da observação directa dos casos concretos que, directa ou indirectamente, no âmbito do exercício da advocacia, chegam ao meu conhecimento. Tive também em conta, obviamente, os “factos considerados assentes” nos processos judiciais em que foram proferidos os arestos consultados. Nem sempre, porém, este segundo método de auscultar a realidade se revelou fidedigno, porquanto, sobretudo em virtude da incompletude dos articulados das partes, “os factos considerados assentes” constituem apenas uma parte da complexa operação em que se analisa o ALD, do qual dão, por isso, uma imagem desfocada e deturpada.

⁵ Digo *denominado* porque me parece, como adiante se explica, que não se trata de um verdadeiro contrato locatício. A advertência, de resto, vale para todas as referências que, doravante, se reportem nominalmente ao contrato de aluguer (ou de locação) e às figuras do locador e do locatário.

contrato de aluguer (de longa duração, em média 3 anos) do bem comprado pelo locador (sendo, precisamente, desta parte da operação que, por metonímia, surge a sigla — ALD — por que é, no seu todo, conhecido o fenómeno); e um contrato-promessa de compra e venda do bem alugado.

Este é, digamos, o esqueleto estrutural do ALD. A função de cada um dos elementos contratuais componentes, as relações que entre eles se entrecruzam e o escopo económico unitário que anima e impulsiona toda a operação serão, todavia, melhor compreendidos se revestirmos este “esqueleto” da “carne” de um hipotético caso concreto. É o que se passa a fazer.

A pretende adquirir um veículo automóvel para uso familiar. Dirige-se às instalações do “stand” de B e, depois dos habituais contactos preliminares, manifesta-lhe a vontade de adquirir o veículo x. A, todavia, não dispõe dos fundos necessários para, de imediato, pagar a pronto o veículo x. B, tranquilizando A, sugere-lhe que entre em contacto com C (uma empresa de aluguer de veículos com a qual tem estreitas e permanentes relações comerciais), que se encarregará de lhe conceder o necessário financiamento. C, por indicação de A, e com o exclusivo objectivo de lho alugar a seguir, compra o veículo x a B, a quem paga a pronto o respectivo preço. Logo de imediato, C aluga o veículo x a A por um prazo de 3 anos (ou por um prazo de 1 mês, tacitamente renovável até ao limite de 3 anos). Simultaneamente com a celebração do referido aluguer, concluiu-se entre A e D um contrato-promessa pelo qual os mesmos se obrigam a, na data em que terminar o prazo do aluguer estabelecido com C, respectivamente, comprar e vender o veículo x. D é uma sociedade comercial que pertence ao mesmo grupo de sociedades de que C faz parte, estando ambos, directa ou indirectamente, sob o domínio total da mesma sociedade-mãe. Subjacente a este contrato-promessa está a obrigação assumida por C, de realizar os actos jurídicos necessários para que D possa ter legitimidade para vender a A o veículo x. No próprio momento da conclusão do contrato de aluguer com C, A entrega-lhe o valor correspondente a 20% do preço pago por aquele a B. Não obstante a esta quantia se atribuir, no formulário do contrato de aluguer (pré-elaborado por C) a natureza de caução destinada a garantir o bom cumprimento das obrigações de A, a verdade

é que, terminada, pelo decurso do prazo previsto, a relação de aluguer, e apesar de nenhum incumprimento se ter verificado, não é a mesma restituída a A⁶. Fica entretanto A obrigado a pagar a C 36 prestações mensais cujo valor unitário resulta de uma divisão com os seguintes termos: o número dividendo corresponde à adição de 80% do preço do veículo x (os outros 20%, como se disse, já foram entregues por A) com os juros e os lucros devidos a C como remuneração da sua intervenção financiadora; o divisor é constituído pelo número de meses de duração do aluguer; e o número quociente corresponde ao valor unitário da prestação mensal a pagar por A⁷.

⁶ Por isso mesmo se considera, argutamente, no acórdão de 19/12/00, do Tribunal da Relação do Porto, que, no quadro da operação de ALD, tal caução, ao contrário do que faria supor a nomenclatura jurídica utilizada, corresponde a um verdadeiro pagamento da parte do preço do objecto alugado (cfr. o documento n.º RP200012190021386 da base de dados digital do Ministério da Justiça, páginas da *web* 8 e 9 de 12). Pela minha parte, concordando com o “desmascaramento” da caução que no referido acórdão se realiza, preferiria, contudo (por razões que no texto mais tarde se revelarão), falar de pagamento de parte do reembolso da quantia que o locador adiantara no pagamento do objecto alugado.

⁷ Este é, segundo a amostra da realidade que pude colher, o figurino prático típico actual do ALD. Confirma-o também, com especial expressividade, o conjunto de “factos considerados assentes” sobre que se pronunciou o acórdão da Relação do Porto citado na nota anterior. E é ainda com traços semelhantes que o ALD aparece caracterizado nos seguintes arestos: acórdão da Relação de Lisboa de 06/02/97, *in* Colectânea de Jurisprudência (CJ), 1997, Tomo I, págs. 119 a 121; acórdão da Relação de Lisboa de 25/06/98, *in* CJ, 1998, Tomo III, pág. 136; acórdão da Relação de Lisboa de 02/06/98, *in* CJ, 1998, Tomo IV, págs. 81 a 84.

Nota-se, porém, que, em obediência ao desígnio estratégico (que me parece falhado) de se esquivarem aos constrangimentos impostos por certos regimes legais (em particular o da locação financeira), as empresas locadoras foram, ao longo do tempo, refinando a aparência textual dos seus formulários contratuais. É neste contexto que se inserem duas inflexões na manipulação do contrato-promessa (aquele que, na hipótese enunciada no texto, se estabelece entre A e D): por um lado, depois de, num primeiro momento, ser celebrado entre o próprio locador e o locatário, passou o papel de promitente vendedor a ser protagonizado por um terceiro; por outro lado, a promessa deixou de ser unilateral (promessa de venda), tornando-se bilateral (promessa de compra e venda).

3. A operação de ALD como uma coligação funcional de vários contratos

Se tomado na específica configuração evidenciada pela hipótese prática enunciada no número anterior, o ALD encaixa perfeitamente na categoria jurídica da coligação funcional de contratos. Quer isto dizer que os diversos contratos que integram a complexa operação de ALD, “mantendo embora a sua individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexó funcional que influi na respectiva disciplina (...) por virtude da relação de interdependência que entre eles se estabelece”.⁸

⁸ O trecho extractado é da autoria de ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 1994, pág. 285.

A noção de coligação de contratos assim apresentada pelo grande civilista português parece, à primeira vista, corresponder aos traços da figura, construída pela doutrina italiana, do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, a qual se caracteriza pelo facto de a coligação entre os contratos envolvidos ser assegurada por dois “nessos”: um “nesso funzionale” e um “nesso voluntario”. A referência ao “nesso funzionale” visa excluir do âmbito do “collegamento contrattuale in senso tecnico” todos os casos de “coligação genética”, isto é, de estabelecimento de relações de interdependência no plano da formação dos contratos imbricados na coligação. O termo “funzionale” visa precisamente acentuar que se trata de laços de interdependência que actuam na fase de funcionamento, de execução (“svolgimento”), das relações contratuais. Por seu turno, o “nesso voluntario” exprime a exigência de a coligação — e as relações de interdependência e intercomunicabilidade que ela desencadeia — resultar de uma específica vontade das partes (excluindo, portanto, a coligação *ex vi legis*), a ponto de se falar numa espécie de negócio jurídico coligante (“una sorta di negozio di collegamento”), que teria o efeito de coordenar os contratos em ordem à realização de um escopo económico comum. Sobre a figura do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, cfr. GILDA FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e impresa*, 2000, n.º 1, págs. 129 e ss.

Mas, como se adiantou, só à primeira vista a noção de ANTUNES VARELA corresponde aos contornos do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, porquanto o autor português reconduz à moldura conceitual da coligação funcional de contratos alguns casos de “coligação genética” (pense-se, por exemplo, no caso de um contrato ser o motivo, ou constituir a base, de um outro). Deve reconhecer-se, todavia, que a amplitude que ANTUNES VARELA confere à noção de coligação de contratos — em consonância, aliás, com a tendência dominante na doutrina nacional —, que acaba por fragmentá-

No caso do ALD, o *cimento* que parece ligar os diversos contratos em presença é, além da “vontade negocial coligante” de todos os intervenientes, o escopo económico comum que comanda e justifica toda a operação: assegurar ao locatário o financiamento da aquisição do objecto alugado⁹.

Na verdade, em face dos contornos da hipótese prática que vai pressuposta como objecto de reflexão, não parece sequer ousado afirmar que todos os participantes numa concreta operação de ALD partilham, em consenso, da convicção de que os diversos contratos de que são sujeitos se congregam em torno, e sob inspiração, daquele escopo económico unitário.

O que, importa frisá-lo, não aniquila a individualidade estrutural e funcional de que cada um dos contratos integrantes da coligação. O que se observa, pelo contrário, é que a relação coligacional que se estabelece entre eles promove e propulsiona uma mais efectiva satisfação dos interesses típicos subjacentes a cada um. Na verdade, a intervenção financiadora do locador permite, através da montagem da operação global do ALD, resultados que, de outro modo, talvez não fossem possíveis: permite que o vendedor venda e aumente o seu volume de negócios; permite que o locatário, apesar de não dispor de liquidez, adquira o bem que pretende; permite, enfim, que o locador, também ele, realize um negócio susceptível de gerar lucro.

-la numa série de remissões para figuras de vocação genérica (como a condição, os motivos, a base do negócio, e o sinalagma), compromete seriamente a possibilidade da sua autonomização dogmática — sobre esta questão, cfr. Rui PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 53-54.

⁹ Gilda FERRANDO, *op. cit.*, pág. 129, identifica a “vontade coligante” e o escopo económico unitário como, respectivamente, o “elemento subjectivo” e o “elemento objectivo” do “collegamento in senso tecnico”. Aproveito para esclarecer que não me parece que a “vontade negocial coligante” tenha de manifestar-se de modo expresso. Pode sê-lo de modo tácito. De resto, a circunstância de todas as partes se envolverem, tendo consciência desse envolvimento, numa operação objectivamente endereçada a um escopo comum não deixará de constituir *facto* deveras concludente no sentido da existência dessa vontade.

Parece-me, por outro lado, que, sendo aquele o “cimento” congregador das várias “peças” do ALD, se torna possível reconhecer nesta operação contratual as notas caracterizadoras do referido “collegamento in senso tecnico”.

O principal efeito jurídico da coligação de contratos encontra eco no princípio *simul stabunt, simul cadent*, por força do qual as vicissitudes de cada um dos contratos se repercutem reciprocamente nos demais ¹⁰.

Assim, por exemplo, e regressando à hipótese prática pressuposta, a ineficácia do contrato de aluguer celebrado entre A e C desencadearia a ineficácia do contrato-promessa celebrado entre A e D, e vice-versa. E a mesma relação de osmose se poderia estabelecer entre os contratos polarizados entre B e C, por um lado, e A e C, por outro ¹¹.

4. Rejeição das teses do ALD como contrato misto ou como contrato indirecto

Perfílo, portanto, a ideia de o ALD corporizar uma coligação funcional de contratos. O que significa, conseqüentemente, que rejeito as

¹⁰ Neste sentido, Gilda FERRANDO, *op. cit.*, pág. 134.

¹¹ Concebida deste modo, e com estes efeitos, a figura da coligação de contratos não anda muito longe da construção de J. GERNHUBER (“Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund”, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, Beck, 1973, págs. 470 e ss.) da “coligação negocial” (“rechtsgeschäftlicher Verbund”), que o autor define como a recondução de vários contratos a uma espécie de síntese (ou unidade superior) conciliadora (que, por isso, respeita e preserva a identidade de cada um), fundada num “finalnexus” deduzido da própria vontade das partes, e que legitima relações causais-finais de interdependência entre as posições dos vários intervenientes. A “coligação negocial” seria, portanto, um “tertium genus” situado a meio caminho entre, por um lado, a mera, e juridicamente anódina, pluralidade de vários contratos justapostos e, por outro lado, a unicidade inerente à ideia do (de um) contrato multilateral.

Alguns anos mais tarde, a teoria de J. GERNHUBER viria a ser retomada por P. HEERMANN a propósito dos “negócios de aquisição de bens financiados por terceiro” (entre os quais o autor alemão, se porventura o conhecesse, não teria reбуço em contar o ALD), na sua obra *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synalagmas auf der Grundlage deutscher und U. S. Amerikanisches Rechtsentwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, págs. 138 e ss. A inovação introduzida por P. HEERMANN consiste, sobretudo, na substituição da ideia do “finalnexus” pela referência ao “sinagma trilateral” (*do ut des ut det Geschäft*), o qual passaria, então, a constituir a fonte e o fundamento voluntário da “coligação negocial”.

ideias, desta diversas, de se estar em presença de um contrato misto ou de um contrato indirecto¹².

Que não se trata de contrato misto é algo que logo decorre da circunstância de, no ALD, se nos deparar uma óbvia pluralidade de contratos. Não se verifica aqui, por conseguinte, o elemento essencial que contradistingue o contrato misto, a saber: “a fusão, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste”^{13, 14}.

São, por outro lado, duas as razões que me parece inviabilizarem a recondução do ALD ao domínio da categoria dogmática do negócio indirecto.

A primeira dessas razões é, justamente, a mesma que justifica a impossibilidade de aqui se falar de um contrato misto: o ALD, de facto, consubstancia-se num conjunto integrado de contratos distintos, e não num único contrato, ainda que teleologicamente indirecto.

A segunda razão arranca da própria concepção dogmática do negócio indirecto. O conceito de negócio indirecto, ou “negócio de escopo indirecto”, analisa-se, segundo ORLANDO DE CARVALHO¹⁵, em dois elementos essenciais: a adopção de um negócio típico e um fim indirecto. O negócio indirecto consiste, pois, num aproveitamento de um negócio típico para a satisfação de um fim concreto que, “embora regressado à

¹² Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 245 considera que o ALD é um contrato indirecto. No acórdão da Relação de Lisboa de 19/04/99, in CJ, 1999, Tomo II, pág. 207, afirma-se que o ALD é um contrato simultaneamente misto e indirecto.

¹³ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 286.

¹⁴ D. LEITE DE CAMPOS, *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFD), 1987, pág. 73, sustenta, a respeito do contrato que dá título ao artigo — que, como adiante melhor explicarei, me parece decalcado, estrutural e funcionalmente pelo ALD — que se trata de um “contrato nominado misto”. Esta afirmação, todavia, revela-se pouco compatível com o reconhecimento, no mesmo texto, da existência, no esquema da locação financeira, de “vários contratos vinculados por um nexa que se desdobra numa ligação genética, condicional e funcional”.

¹⁵ *Negócio jurídico indirecto (teoria geral)*, BFD, Suplemento X, Coimbra, 1952, págs. 13 e ss.

posição modesta de motivo psicológico”¹⁶, seria “idóneo, só por si, a constituir o objectivo capaz de um negócio jurídico diferente daquele que as partes, em concreto, quiseram actuar”¹⁷.

As partes, portanto, ao celebrarem um contrato indirecto, querem, através da celebração de um negócio típico com uma específica causa-função — negócio que querem nos seus efeitos típicos e com a sua particular e identificadora causa-função -, realizar um “fim ulterior” que, em abstracto, poderia constituir a causa-função de um outro contrato.

Para que de um verdadeiro negócio indirecto se trate é, porém, necessário que o fim indirecto, permanecendo na antecâmara dos motivos, não descaracterize o “negócio-meio”, não ponha em crise a específica causa-função que lhe dá “alma” e o autonomiza como negócio típico. Se porventura o fim indirecto ultrapassar a modéstia desses limites, no caso de pretender disputar o “trono” da causa-função do negócio-meio, não se trata já de um negócio típico indirectamente aproveitado, mas, isso sim, de um “outro negócio” — um negócio atípico directo¹⁸.

Ora, no contexto de uma operação de ALD, não deixa de seduzir a proposta de considerar o contrato de aluguer (o contrato concluído, na nossa hipótese prática, entre A e C), como um contrato indirecto¹⁹. Mais

(16) ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 31.

(17) ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 14.

(18) Insuperavelmente lúcidas são as palavras de ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 19: “Assim se torna mais evidente como o emprego indirecto de um negócio típico não pode atentar contra a mesma tipicidade sem prejuízo da razão prática que justifica o procedimento indirecto”. E, mais à frente, conclui-se: “A tipicidade do negócio adoptado é, pois, necessária para um conceito lógico e útil de negócio indirecto”.

Diferente deste conceito de negócio indirecto é o de Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.* págs. 252-53, que considera que “o contrato indirecto não é verdadeiramente um contrato típico. É um contrato quase típico, cujo fim diverge da função típica do tipo de referência ou, melhor dito, do fim correspondente à sua função típica. É um contrato de tipo modificado (...)”. Penso que, se entendido com esta amplitude, o conceito perde toda e qualquer utilidade dogmática. Restar-lhe-á, talvez, o papel de chamar a atenção do aplicador do Direito para a necessidade de, em tais circunstâncias, se ser especialmente cuidadoso na investigação hermenêutica da vontade das partes, uma vez que estas, apesar de parecer celebrarem o típico negócio-meio, celebram afinal um negócio diverso e atípico.

(19) O contrato de aluguer propriamente dito, mas já não, de nenhum modo, o ALD *in totum*, enquanto realidade compósita emergente de uma coligação de contratos.

concretamente, o contrato de aluguer serviria, como “negócio-meio”, ao fim indirecto próprio da compra e venda a prestações com reserva de propriedade²⁰.

Todavia, e desenvolvendo agora a segunda daquelas duas razões, parece-me, em rigor, que o contrato de aluguer, enquanto peça componente da operação de ALD, não reúne em si os elementos essenciais do conceito de negócio indirecto, e muito menos na modalidade de um aluguer com o fim indirecto típico da compra e venda a prestações com reserva de propriedade.

Em primeiro lugar, porque, e sempre tendo no horizonte de análise a regulação e os objectivos das partes característicos da hipótese prática que venho pressupondo, o denominado contrato de aluguer acaba por não ser, bem vistas as coisas, um verdadeiro e genuíno contrato de aluguer, susceptível de afeiçoar-se ao tipo genérico da locação previsto no art. 1022.º do Código Civil.

Para que de verdadeiro contrato de aluguer se tratasse, seria necessário que as partes se limitassem a convencionar a cedência temporária do gozo da coisa a troco de uma remuneração correspondente, segundo a representação e vontade de ambas, ao seu valor de uso — remuneração que, portanto, na sua medida exacta, ficaria dependente do decurso do tempo, sendo maior ou menor em função da duração, também maior ou menor, do contrato.

Ora não é manifestamente isso que acontece no que concerne ao contrato de aluguer inserido numa operação de ALD. Na verdade, cada uma das prestações mensais a cujo pagamento se obriga o designado locatário não é mais do que uma parcela ou fracção do montante global, previamente definido, a reembolsar ao locador. Do que se trata, portanto, não é de remunerar o locador pela concessão temporária do gozo da coisa locada, mas de reembolsá-lo da quantia que adiantou na sua aquisição, acrescida dos juros remuneradores da intermediação financeira em que, afinal, se traduz a sua intervenção²¹.

²⁰ É esta a opinião de Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 245, seguida pelo acórdão da Relação de Lisboa referenciado, *supra*, na nota 12.

²¹ Como se diz — a propósito do similar contrato de locação financeira — no acórdão de 04/10/2000 do STJ, *in* CJ, 2000, Tomo III, págs. 59 a 62, a “renda não cor-

Por isto mesmo, a obrigação do locatário no âmbito do ALD não tem por objecto uma prestação de execução periódica, como sucede num genuíno contrato de locação, mas uma verdadeira prestação de execução fraccionada^{22,23}.

Nestas circunstâncias, só violentando a realidade (isto é: os interesses e o regime negocial efectivamente pactuado entre as partes intervenientes) se poderia qualificar o aluguer inserido na operação de ALD como um contrato de natureza locatícia, como um contrato, afinal, em que uma das partes se obriga a proporcionar temporariamente à outra, contra retribuição, o gozo de certa coisa^{24,25}.

responde ao valor locativo do bem, tendo, diversamente, a **função amortizante** de uma dívida de reembolso”.

²² Sobre as noções de prestação de execução periódica e prestação de execução fraccionada, cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, págs. 94-95.

²³ No mesmo sentido, quanto ao contrato de locação financeira, e com importantes implicações no domínio do prazo prescricional, cfr. o acórdão do STJ citado na nota 21.

²⁴ Poder-se-ia objectar, contra esta ideia, que a assimilação do ALD ao quadro típico da locação seria imposta pelo facto de, não obstante o referido carácter “amortizante” das rendas, sempre se verificar a concessão remunerada do gozo de uma coisa. Está, porém, por demonstrar a tese de que a concessão temporária e onerosa do gozo de uma coisa apenas possa repousar num contrato de locação. Como bem sublinham LARENZ/CANARIS, a propósito do leasing financeiro, *Lehrbuch des Schuldrechts: II Besonderer Teil, 2 Halbband, 13.^a ed.*, München, Beck, 1994, pág. 105, tal tese, envolvendo uma inevitável *petitio principii*, esquece que, para a proficuidade e a riqueza criativa da liberdade contratual, não é impossível a “Gebrauchsüberlassung” fora do espartilho típico da locação.

²⁵ Não pode, assim, aceitar-se a ideia de tratar o ALD como um puro e simples contrato de locação. E, por maioria de razão, não pode aceitar-se a tendência jurisprudencial que tem vindo a insistir na recondução do ALD de automóveis ao âmbito de aplicação do regime legal dos contratos de aluguer celebrados pelas empresas que exploram a indústria de aluguer de veículos sem condutor (o chamado “rent a car”), estabelecido no Decreto-Lei 354/86, de 23 de Outubro (alterado pelos Decretos-Lei 373/90, de 27 de Novembro e 44/92, de 31 de Março) — cfr. neste sentido, os acórdãos da Relação de Lisboa datados de 06/02/97 (*in*, CJ, 1997, Tomo I, págs. 119-121); 10/03/98 (*in*, CJ, 1998, Tomo II, págs. 90-93); 22/10/98 (*in*, CJ, 1998, Tomo III, págs. 128-131); 11/11/99 (*in*, CJ, 1999, Tomo V, págs. 83-85); 25/01/01 (*in*, CJ, 2001, Tomo I, págs. 101-103). É que, além de um simples e típico aluguer, se trata, aqui, de um alu-

Em suma: como, no ALD, não há um contrato (típico) de aluguer; não há que falar, por consequência, em um “contrato de aluguer indirecto”, no sentido de ser obliquamente dirigido ao “fim ulterior” típico da compra e venda a prestações com reserva de propriedade²⁶.

5. Aluguer ou mandato?

Creio, aliás, e dando agora ao discurso um registo afirmativo, que o denominado contrato de aluguer (enquanto peça componente da operação complexa do ALD) se afeiçoa bem à matriz tipológica do contrato de mandato sem representação.

O que caracteriza este tipo de mandato é, como se sabe, a obrigação, assumida pelo mandatário, de realizar, em nome próprio, um ou mais actos jurídicos por conta do mandante (art. 1180.º do Código Civil).

Além deste núcleo estrutural e identificador, e no que concerne ao que agora interessa, o típico conteúdo do mandato sem representação envolve também dois outros deveres: por um lado, o dever de o manda-

guer de curta ou curtíssima duração. Teríamos, pois, o paradoxo de um aluguer de longa duração de curta duração.

A referida tendência jurisprudencial foi, entretanto, interrompida pelo lúcido e bem fundamentado acórdão da Relação do Porto (citado, *supra*, na nota 6), que rejeita a identificação do ALD com a figura do aluguer de veículos sem condutor (vulgo “rent a car”). Por me parecer inteiramente esclarecedora das diferenças que separam estes dois instrumentos contratuais, transcrevo do texto do referido acórdão a lista de características do “rent a car”: “a) a duração dos alugueres corresponde a períodos curtos (normalmente durante a privação da viatura própria do locatário, em período de férias, épocas turísticas, fins de semana, etc.); b) o mesmo veículo destina-se, durante o período em que está ao serviço da frota da locadora, limitado em princípio, até ao máximo de 5 anos, a servir sucessivamente vários clientes; c) os pagamentos efectuados por cada locatário não têm correspondência, nem sequer aproximação, face ao custo da aquisição da própria viatura; d) o cliente (locatário) escolhe a viatura que pretende locar entre as existentes disponíveis da frota da empresa locadora; e) a locadora tem como único objectivo a locação de veículos”.

²⁶ Mais à frente, no ponto 8, procuro demonstrar que o ALD se distingue funcional e estruturalmente da compra e venda a prestações com reserva de propriedade.

tário transferir para o mandante os direitos que haja adquirido na execução do mandato (art. 1181.º do Código Civil); por outro lado, o dever de o mandante reembolsar o mandatário das despesas que este haja efectuado no cumprimento do encargo de que fora incumbido (art. 1167.º-c) do Código Civil).

Ora, se detivermos agora o olhar na operação de ALD que vai presuposta (*rectius*, no denominado contrato de aluguer que nela se integra), parece ser possível nela rever os elementos típicos caracterizados do mandato sem representação²⁷.

Desde logo, o locador vincula-se, em nome próprio mas por conta do locatário, a adquirir o bem por este expressamente escolhido e indicado.

Em segundo lugar, constata-se que o locatário se vincula (precisamente porque se trata de negócio realizado por sua conta e sob a sua incumbência) a reembolsar o designado locador da despesa por ele efectuada na aquisição do bem — estipulação negocial esta, diga-se, perfeitamente cabível na moldura do art. 1167.º-c) do Código Civil.

Em terceiro lugar, o locador, assumindo a típica obrigação do mandatário sem representação, vincula-se a retransferir para o locatário a propriedade do bem adquirido por sua conta²⁸.

²⁷ LARENZ/CANARIS, *op. cit.*, págs. 106-107, a propósito do leasing financeiro, depois de rejeitarem a tese qualificatória da locação atípica (“atypischer Mietvertrag”), consideram estar-se em presença de um verdadeiro “Geschäftsbesorgungsvertrag”. Orientação doutrinal que, não o escondo, influenciou a posição que, quanto à operação similar de ALD, defendo no texto.

²⁸ O facto de, no ALD (devido sobretudo ao intuito de se “deslocalizar” a operação do perímetro de acção do regime legal da locação financeira), o contrato-promessa relativo à transferência da propriedade do bem adquirido pelo locador ser celebrado por um outro sujeito que não o locador não parece ser suficiente para impedir a subsistência de uma “obrigação de retransmissão” sobre este último. O que sucede, todavia, é que essa retransmissão opera por via indirecta, através de um terceiro que pouco mais faz do que papel de figurante. Quer dizer, o locador não se vincula a uma transferência directa, mas a uma transmissão intermediada por um terceiro, na medida em que se obriga, perante o locatário, a transmitir ao terceiro o direito que ele há-de, depois, por seu turno, transmitir ao locatário. Dizendo, talvez, melhor: o locador apenas transmite ao interposto terceiro o direito que, entretanto, adquirira, *para que* este o retransmita ao locatário.

E eis, então, como os nomes que as partes dão aos contratos que protagonizam podem iludir tanto como as mais falsas aparências: afinal, aquilo a que se chama um aluguer (de longa duração) revela-se, se perscrutado nas suas entranhas, como um verdadeiro mandato sem representação.

Parece-me, ainda assim, que a construção que se acaba de defender tem de ser confrontada com (pelo menos) uma dificuldade: é que, na verdade, o locador também se obriga a proporcionar ao locatário o gozo temporário do bem adquirido ao terceiro. Pergunta-se: não terá este aspecto do ALD o efeito de o descaracterizar como mandato?

A resposta à pergunta parece-me dever ser negativa, porquanto não se afigura que tal obrigação de proporcionar o gozo da coisa seja incompatível (e, por isso, descaracterizante) com a estrutura do mandato²⁹. Poderia sê-lo se, porventura, dessa circunstância derivasse, inelutavelmente, a ocorrência de um contrato de locação. Mas já vimos que não; já vimos que tal obrigação não pode ser tida como atributo exclusivo do contrato locatício³⁰.

É certo que não é habitual (ou, se se quiser, típico, no sentido estatístico do termo) que o mandatário, além da obrigação de retransmitir o direito adquirido em execução do mandato, se constitua, também, no dever de, durante o tempo por que se estende o reembolso fraccionado das despesas por si efectuadas, permitir ao mandante o gozo da coisa sobre a qual tal direito incide.

Mas o facto de se tratar de configuração pouco habitual — reveladora, aliás, da inesgotável capacidade de a vida prática surpreender as previsões legislativas — não significa, por si só, que se ponha em causa, desvirtuando-a, a essência do contrato de mandato.

Trata-se, afinal, de uma mera variação *especificante* que, satisfazendo os interesses das partes envolvidas, não retira o contrato em

²⁹ No mesmo sentido, quanto ao leasing financeiro, LARENZ/CANARIS, *op. cit.*, pág. 107.

³⁰ Contrato de locação haverá, isso sim, sempre que a remuneração devida por aquele que beneficia do gozo da coisa constitua o correspectivo desse gozo — constitua, por isso, uma verdadeira renda. Algo que, como já se disse, não acontece no ALD.

apreço da extensão do *género próximo* do mandato. E que nem sequer revela a actuação de qualquer “fim ulterior indirecto”³¹.

6. Aplicabilidade, ao ALD, do regime jurídico dos contratos de concessão de crédito ao consumidor

Segundo o seu art. 1.º, o regime jurídico estabelecido no Decreto-Lei 359/91, de 21 de Setembro (alterado pelo Decreto-Lei 101/2000, de 2 de Junho),³² aplica-se aos contratos de crédito ao consumo. A noção legal de contrato de crédito ao consumo é, por seu turno, fragmentada em três sub-noções: a de contrato de concessão de crédito; a de consumidor³³; e a de credor.

Por contrato de crédito, entende o legislador, no art. 2.º/1-a) do RJCC, “o contrato por meio do qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante”.

Consumidor é, nos termos do art. 2.º/1-b) do RJCC, “a pessoa singular que (...) actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”.

Enfim, o credor é definido, no art. 2.º/1-c) do RJCC, como a “pessoa singular ou colectiva que, no exercício da sua actividade comercial ou profissional, concede o crédito”.

³¹ É verdade que, como se explica a seguir no texto, o diferimento (e fraccionamento) da obrigação de reembolso das despesas efectuadas pelo mandatário, permite que o contrato realize a função económica de concessão de crédito. Mas esta “função económica” não representa uma causa-função de qualquer tipo contratual, podendo, ao invés, ser desempenhada por contratos com as mais diversas causas (no sentido específico de causa-função). Não há, assim, e considerando a acepção em que o conceito aqui vai tomado, qualquer “fim ulterior indirecto”.

³² Que, doravante, identificarei pela sigla RJCC (regime jurídico dos contratos de concessão de crédito ao consumidor).

³³ Por isso, me parece mais acertado falar em contrato de concessão de crédito ao consumidor do que em contrato de crédito ao consumo.

Para que a um contrato possa aplicar-se o RJCC é necessária, por conseguinte, a verificação cumulativa de três requisitos: um requisito de natureza objectiva, consistente na necessidade de se tratar de um contrato que tenha por efeito a concessão de crédito; um requisito de natureza teleológica, traduzido na exigência de o contrato (de concessão de crédito) se referir, directa ou indirectamente, a bens *não destinados* a actividades de natureza profissional ou comercial; e, por fim, um requisito de natureza relacional, consubstanciado na necessidade de o contrato se estabelecer, assimetricamente, entre alguém que actua no exercício da sua actividade profissional (o “credor”) e alguém que, ao contrário, actua fora desse contexto³⁴.

Abstraindo agora dos dois últimos requisitos — cuja ocorrência, aliás, só caso a caso pode indagar-se —, importa perguntar se o ALD, tal como o vimos caracterizando, é susceptível de considerar-se um contrato por meio do qual se concede crédito.

A resposta a esta interrogação exige, naturalmente, a resolução do problema, prévio, de se saber o que é, no âmbito do RJCC, um contrato de concessão de crédito.

Ora, a este respeito, impõe-se logo ao intérprete uma constatação inladeável: o legislador, renunciando a qualquer esforço definitório ou tipificador, limitou-se, no art. 2.º/1-a) do RJCC, a listar um conjunto de contratos e de técnicas contratuais. Isto é, em vez de recortar uma noção de contrato de crédito, ficou-se por reputar como contratos de concessão de crédito o diferimento de pagamento, o mútuo, e a utilização de cartões de crédito. Num segundo momento, o legislador, no mesmo preceito, abre o campo de aplicação do RJCC a “qualquer outro acordo de financiamento semelhante”.

³⁴ Assim, não cumprem este requisito nem os contratos concluídos entre profissionais, nem os contratos concluídos entre não profissionais. O contrato de concessão de crédito ao consumidor é, pois, um contrato de consumo em especial. Com desenvolvimento sobre esta problemática, cfr. a Parte I da Dissertação que apresentei no âmbito do Curso de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e discutida, em 13 de Outubro de 2001, perante um júri constituído pelos Senhores Professores Doutores António Pinto Monteiro, Carlos Ferreira de Almeida (arguente) e Joaquim Sousa Ribeiro.

O sentido desta expressão, de pendor nitidamente residual, parece-me ser o de convocar uma subjacente noção económico-funcional de concessão de crédito, de que os contratos elencados apenas constituem exemplos paradigmáticos. Por outras palavras: o legislador reconhece como contratos de concessão de crédito todos aqueles que, à semelhança dos que deixa enumerados exemplificativamente, sejam também instrumentos técnico-jurídicos idóneos para o desempenho da função económica de conceder crédito.

Do ponto de vista económico-funcional, o crédito consiste na “concessão temporária de poder de compra (“Kaufkraft”), na expectativa do ulterior reembolso (ou pagamento), de tal modo que se permite [ao beneficiário] a utilização antecipada de rendimentos futuros”³⁵.

Deste modo, para que de um contrato de crédito se possa falar, o que, em cada caso, importa é que se trate de um instrumento técnico-jurídico capaz de permitir que alguém conceda temporariamente a outrem o poder de compra de que este não dispõe. Só então se poderá dizer que se está perante um “acordo de financiamento semelhante” aos esquemas contratuais listados no art. 2.º/1-a) do RJCC³⁶.

Pois bem, à luz deste entendimento, parece-me que o ALD é passível de se considerar como um contrato de concessão de crédito³⁷. Sendo que a concessão de crédito opera, no ALD, por meio do fraccionamento (e inerente diferimento) da execução da obrigação de o man-

³⁵ P. ULMER, in M. HABERSACK, *VerbraucherKreditgesetz-kommentar*, 2.ª ed., München, Beck, 1995, pág. 45. No mesmo sentido, CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Vol. I, 2.ª ed., Berlin/new York, Gruyter, 1981, pág. 619; VON CAEMMERER, “Fragen des Akzeptkredits”, in NJW, 1955, pag. 42; K. SCHMELZ/S. KLUTE/U. BENDER, *Der VerbraucherKredit*, München, Beck, 1989, pág. 4; F. WESTPHALEN in V. EMMERICH/R. KESSLER, *VerbraucherKreditgesetz-Kommentar*, Köln, Otto Schmidt, 1991, pág. 48; G. CAUDAMINE/J. MONTIER, *Banque et marchés financiers*, Paris, Ed. Economica, 1998, pág. 141; e SIMÕES PATRÍCIO, *Direito do Crédito, Introdução*, Lisboa, Lex, 1994, pág. 39.

³⁶ Com mais desenvolvimento a respeito da interpretação do art. 2.º/1-a) do RJCC, pode ver-se o Capítulo terceiro da Parte I da Dissertação identificada, *supra*, na nota 34.

³⁷ Neste sentido, embora sem qualquer referência ao RJCC, ver o acórdão de 29/02/2000 da Relação de Coimbra, in CJ, 2000, Tomo I, pág. 41.

dante (o “locatário”) reembolsar o mandatário (o “locador”) da despesa efectuada na aquisição do bem objecto do contrato³⁸.

Pela via da antecipação de fundos (e do diferimento do seu reembolso) de que se encarrega o locador³⁹, torna-se possível ao locatário⁴⁰ beneficiar de um poder de compra de outro modo inacessível, aproveitando imediatamente de rendimentos que só no futuro, ao ritmo do vencimento das prestações de reembolso, entrarão no seu património⁴¹.

O ALD, como vimos, consubstancia-se numa coligação que envolve vários contratos. Não basta, por isso, dizer que ao ALD, enquanto instrumento contratual de concessão de crédito (que, de facto, é) se aplica

³⁸ O que significa que, além da similitude funcional, existe uma identidade estrutural com o “diferimento de pagamento” expressamente previsto no art. 2.º/1-a) do RJCC.

³⁹ A circunstância de, no ALD, como se diz em texto, ocorrer uma antecipação de fundos por parte do locador não autoriza a recondução do fenómeno aos domínios do mútuo de dinheiro. É que o locador não entrega ao locatário qualquer quantia em dinheiro, nem directa nem indirectamente. Que não entrega directamente é algo que entra pelos olhos dentro e dispensa demonstrações adicionais. Já, porém, podia cair-se na tentação de pensar que o locador estaria a pagar uma dívida do locatário perante o terceiro vendedor e, desse modo, a entregar-lhe indirectamente o correspondente valor em dinheiro. Mas deve resistir-se a semelhante tentação. É que o locador, não obstante agir por conta do locatário, celebra em nome próprio, com o terceiro, o contrato de compra e venda relativo ao bem cujo gozo, depois, proporciona ao locatário. Razão por que, ao pagar o respectivo preço, o locador cumpre uma obrigação verdadeiramente sua, e não uma obrigação do locatário.

⁴⁰ Peço permissão ao leitor para repetir a advertência: as expressões “locação”, “locador” e “locatário” apenas se empregam para facilitar a comunicação, uma vez que, na prática quotidiana do ALD, está estabelecido e padronizado o seu uso, não exprimindo, portanto, qualquer aceitação da tese do contrato de locação atípico.

⁴¹ Para quem o assimile ao figurino tipológico do contrato locatício, será ainda menos oneroso, do ponto de vista argumentativo, defender a inserção do ALD no âmbito de aplicação do RJCC, dada a inequívocidade do seu art. 3.º-a): “o presente decreto-lei não se aplica aos contratos em que uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa móvel de consumo duradouro, *excepto se o locatário tiver o direito de adquirir a coisa locada*, num prazo convencionado, eventualmente mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato”.

o RJCC. É preciso, indo um pouco mais além, enfrentar o problema de saber a qual(is) do(s) contrato(s) incorporado(s) na coligação se aplica o RJCC. Aplica-se a todos? A um só? A qual deles?

O problema não é, evidentemente, de somenos importância, pois se trata, afinal, de determinar, dentro da compósita operação de ALD, qual a zona de incidência das principais soluções normativas de protecção do consumidor estabelecidas no RJCC. Impõe-se, por exemplo, apurar que contrato(s) está(ão) submetido(s) à exigência de forma escrita (art. 6.º do RJCC), e em relação a qual(is) dele(s) dispõe o consumidor do direito de retractação (art. 8.º RJCC).

Respondendo à interrogação, afigura-se-me que apenas o contrato de alugar (na hipótese prática que constitui o referente deste estudo, o contrato celebrado entre A e C) deve ser inscrito no âmbito de aplicação do RJCC.

Em primeiro lugar, porque é aí que parece residir o centro nevrálgico de toda a operação e onde se confrontam os seus principais actores: o financiador e o financiado. Depois, porque é aí o “lugar” onde o consumidor toma as decisões patrimonialmente mais relevantes — e onde, portanto, mais carece da protecção dispensada pelas normas destinadas a garantirem uma vontade negocial esclarecida e ponderada.

7. ALD e locação financeira

Incidentalmente, já tive a oportunidade, no texto que antecede, e por mais de uma vez, de estabelecer relações de paralelismo entre o ALD e o contrato de locação financeira, afirmando mesmo que o primeiro é similar ao segundo. Procurarei, a seguir, embora de modo breve, enfrentar directamente o problema.

O contrato de locação financeira é definido pelo legislador, no art. 1.º do DL 149/95, de 25 de Junho, como aquele “pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado,

por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados”^{42,43}.

Igualmente importante na caracterização da locação financeira, é o art. 4.º do mesmo diploma, que determina que a renda a pagar pelo locatário financeiro “deve permitir, dentro do período de vigência do contrato, a recuperação de mais de metade do capital correspondente ao valor do bem locado e cobrir todos os encargos e a margem de lucro do locador, correspondendo o valor residual do bem ao montante não recuperado”.

Ora, se confrontarmos a descrição fenomenológica do ALD em que este estudo assenta com o quadro legal acabado de traçar, parece surpreender-nos uma relação de quase perfeito encaixe substantivo da primeira no segundo.

⁴² Apesar de o legislador se referir ao *contrato* de locação financeira, a verdade é que o fenómeno contratual em causa se apresenta como uma coligação de contratos, à semelhança do que vimos acontecer em relação ao ALD — no mesmo sentido, Rui PINTO DUARTE, *A locação financeira, estudo jurídico do leasing*, Editora Danubio, 1983, pág. 92.

E, ainda na senda do que se sustenta a respeito do ALD, também me parece que ao contrato celebrado entre o locador e o locatário financeiros se ajusta muito mais a moldura do mandato do que a da locação. É, aliás, sintomático que o legislador, no art. 9.º do Decreto-Lei 149/95, de 24 de Junho, ao elencar os elementos da posição jurídica do locador, coloque em primeiro lugar, de forma destacada, a “obrigação de adquirir ou mandar construir o bem a locar”, só a seguir aparecendo a obrigação de conceder o respectivo gozo. Sintomático é, também, o facto de o legislador, a propósito de matérias tão estruturantes como a responsabilidade por vícios da coisa locada, risco e resolução do contrato (cfr. arts. 12.º, 13.º, 15.º e 19.º do Decreto-Lei 149/95), ter estabelecido soluções normativas diametralmente opostas àquelas que caracterizam o regime geral da locação civil. Rui PINTO DUARTE, *A Locação financeira...*, pág. 92, afirma que a causa-função da locação financeira lhe parece divergir “essencialmente da locação”.

⁴³ Uma vez que, nos termos do art. 2.º do Decreto-Lei 149/95, o contrato de locação financeira pode incidir sobre quaisquer bens (e não apenas sobre “bens de equipamento”, como se estabelecia no art. 2.º do revogado Decreto-Lei 171/79, de 6 de Junho), não há nenhum obstáculo de princípio que impeça a aplicação do RJCC. Pelas mesmas razões que valem para o ALD, parece-me que a locação financeira é, efectivamente, um contrato de concessão de crédito. A concreta aplicação do RJCC dependerá, naturalmente, da verificação, no caso decidendo, dos já mencionados requisitos teleológico e relacional.

Com efeito: também no ALD se estabelece um triângulo contratual entre locador, locatário e terceiro vendedor ou fornecedor; também no ALD o locador se obriga a adquirir o bem a um terceiro, sob indicação do locatário, para depois lhe proporcionar o respectivo gozo; também no ALD as rendas devidas pelo locatário não são o correspondente do valor de uso do bem locado, mas, antes, parcelas da execução da obrigação de reembolso dos fundos adiantados pelo locador na sua aquisição; também no ALD o locatário pode exigir ao locador, em certas circunstâncias, a celebração de um contrato de compra e venda que opere a transferência do direito de propriedade sobre o bem locado.

Mas, como se disse, aquele encaixe subsuntivo é *quase* perfeito. É que, na realidade, o ALD, não há que escondê-lo, denota algumas particularidades e nuances capazes, ao menos, de provocarem algumas dúvidas e hesitações sobre a sua susceptibilidade de se ajustar ao esquema legal da locação financeira⁴⁴.

Desde logo, verifica-se que o contrato-promessa através do qual o locador assume a obrigação de vender ao locatário o bem locado surge documentalmente separado do designado contrato de aluguer — que, repete-se, *se tenta fazer passar* por uma “inocente” e corriqueira locação. Quer dizer, enquanto que na locação financeira os dois contratos celebrados entre o locador e locatário (“locação” e promessa de venda)

⁴⁴ Embora, e reiterando agora o que já no início se renunciara, se trate de particularidades que obedecem, sobretudo, ao desígnio estratégico, concebido pelas empresas locadoras, de recobrirem esta operação contratual, através da manipulação hábil do mecanismo das cláusulas contratuais gerais, com a aparência de uma simples (não financeira) locação, de molde a evitar, quando não o regime do contrato de locação financeira, pelo menos os condicionamentos e exigências a que se acham sujeitas as sociedades de locação financeira propriamente ditas (cujo estatuto se encontra estabelecido no Decreto-Lei 72/95, de 15 de Abril). Como refere R. PINTO DUARTE, *Aspectos contratuais do aluguer, da locação financeira e de outros contratos afins à face da lei portuguesa*, in Fisco, n.º 51/52, 1993, pág. 67, “No fundo, os locadores em ALD tentam obter pela via contratual o que o legislador português deu às locadoras financeiras, no que toca à substituição da aplicabilidade do regime da locação por um regime mais consentâneo com a função meramente financeira do locador”. Ainda segundo o mesmo autor, à opção pelo específico arranjo contratual do ALD não serão estranhas motivações de índole fiscal — o ALD seria um negócio fiscalmente mais vantajoso do que a locação financeira.

aparecem concentrados num único suporte documental⁴⁵, no ALD surgem, aparentemente, alheados um do outro, corporizados em suportes documentais diversos.

Parece-me todavia que se trata de uma circunstância que, por si, não inviabiliza a assimilação do ALD ao esquema da locação financeira, uma vez que, formalizados em um ou em dois documentos, o que importa é a efectiva existência desses dois contratos — algo que, manifestamente, acontece no ALD⁴⁶. Não obstante, este desmembramento constitui, no plano jurídico-processual, uma “manobra de diversão” que pode complicar de sobremaneira, sobretudo se os articulados das partes foram narrativamente insuficientes, a tarefa de apreender a verdadeira estrutura e o exacto sentido do caso decidendo.

Não me parece, também, e em segundo lugar, que se deva atribuir grande significado ao facto de, em regra, no ALD a promessa de venda não ser feita pelo locador, mas por um terceiro sujeito jurídico que com ele tem relações estreitas e privilegiadas e que por ele é encarregado de transmitir a propriedade do bem locado ao locatário⁴⁷. Por um lado, porque verdadeiramente essencial à locação financeira parece ser que o locatário beneficie de uma promessa de venda que lhe confira o direito de adquirir a propriedade do bem locado, independentemente de tal promessa ser feita pelo locador.

Por outro lado, porque, no ALD, o locador obriga-se, de facto — embora evitando o rasto comprometedor de qualquer documento escrito —, perante o locatário, a transmitir-lhe, através de um futuro contrato, a propriedade do bem locado. Só que o faz indirectamente, prometendo transmiti-la para o terceiro⁴⁸ que, simultaneamente⁴⁹, promete retransmiti-la ao locatário.

⁴⁵ Até por força das exigências formais do art. 7.º do Decreto-Lei 149/95.

⁴⁶ Poderá, eventualmente, essa dispersão documental atentar contra o disposto no preceito mencionado na nota anterior. Mas, aí, tratar-se-á, já, de um problema de regime, que não de um problema (prévio) de qualificação.

⁴⁷ Muitas vezes, como acontece com as sociedades locadoras que integram os grandes grupos financeiros, o interposto promitente vendedor é mesmo criado propositada e exclusivamente para esse efeito.

⁴⁸ Talvez nem fosse descabido falar, aqui, de um contrato-promessa a favor de terceiro.

⁴⁹ Em regra, todos os contratos componentes de uma concreta operação de ALD

Mais perturbante pode ser a última das nuances do ALD que pretendia referir. Trata-se da circunstância de, ao invés do que ocorre na locação financeira, o contrato-promessa concluído entre o locador e o locatário ser bilateral. Isto é, ao passo que na locação financeira só o locador se vincula, prometendo vender, no ALD também o locatário se obriga, prometendo comprar (o bem locado). Deste modo, no ALD, o locatário, ao contrário do que acontece na locação financeira, não se tornaria proprietário do bem locado apenas *no caso de o querer* (art. 9.º/1-c) do Decreto-Lei 149/95)⁵⁰, dado que o locador (ou o já referido interposto terceiro) pode, por seu turno, compeli-lo ao cumprimento específico da obrigação de comprar.

A objecção é pertinente e não pode, em nome do rigor, ser negligenciada nem subvalorizada. Mas também não pode deixar de ser relativizada.

É que no chamado “full-pay-out leasing” ou “contrato de amortização total”⁵¹, o locatário, tendo embora “teoricamente” o poder de não querer adquirir a propriedade do bem locado, vê-se, sob o ponto de vista do bom senso prático e da racionalidade económica, “obrigado” a fazê-lo.

Na verdade, se o locatário já tiver, entretanto, reembolsado todo o dinheiro adiantado pelo locador, acrescido da remuneração devida pela concessão de crédito, quando chegar o momento de “optar”, a “única atitude racionalmente possível”, é a de adquirir o bem locado⁵² — o qual, digamos assim, já está pago!

são concluídos em simultaneidade espacial e temporal — algo que, ao menos, terá relevo hermenêutico.

⁵⁰ Nesta “liberdade” do locatário financeiro se traduz o impropriamente designado “direito de opção”. Impropriamente designado, porque, em rigor, do que se trata não é de um pacto de opção, mas de um contrato-promessa unilateral — neste sentido, R. PINTO DUARTE, *A locação financeira...*, pág. 77.

⁵¹ Que é aquele que “prevê pagamentos do utente calculados de modo a cobrir a totalidade dos desembolsos do locador, bem como a margem de lucro deste” — cfr. LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, pág. 5.

⁵² Cfr. R. PINTO DUARTE, *15 anos de leis sobre “leasing” — balanço e perspectivas*, in *Fisco*, 63/64, 1994, pág. 12, nota 15. Diga-se, de resto, que essa “obrigação” imposta pela racionalidade é ainda mais imperativa quando se trata de bens de consumo. Estes, na verdade, não sofrendo um desgaste tão intenso e tão rápido como os bens de

Não escamoteando as dificuldades resultantes destes peculiares traços do ALD, creio, ainda assim, que a este esquema contratual de concessão de crédito assenta bem a previsão legal do contrato de locação financeira, assim como o respectivo regime jurídico.

O que significa que me parece haver uma essencial homogeneidade jurídico-estrutural entre as duas figuras, não representando aquelas nuances do ALD mais do que *accidentes* incapazes de lhe modificarem a *essência* de verdadeira locação financeira⁵³.

De todo o modo, não custa adivinhar, neste plano jurídico-estrutural, que a tarefa de qualificação do ALD estimule a mais ardorosa controvérsia.

Já, porém, no plano funcional dos interesses, se me afigura mais propensa ao consenso a ideia de o ALD constituir uma “operação de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes” aos da locação financeira⁵⁴.

O que tem grande importância. É que, nos termos do art. 23.º do Decreto-Lei 149/95, tais operações, economicamente equivalentes à locação financeira, não podem ser realizadas, de forma habitual, por nenhuma entidade⁵⁵ — o que parece redundar, afinal, na sua completa proibição⁵⁶. Donde, em face de cada caso concreto, de duas uma: ou se trata de um contrato estruturalmente assimilável à moldura da locação financeira, podendo então ser celebrado por sociedades de locação financeira (ou por

equipamento, podem, em regra, ser ainda usados durante largo tempo após o termo do contrato de locação financeira. Na doutrina e jurisprudência italianas dá-se à locação financeira com estas características o nome sugestivo de “leasing traslativo al consumo”, ou leasing B — sobre esta figura cfr. Marilena GORGONI, “Credito al consumo e leasing traslativo al consumo”, in *RTDPC*, 3, 1992, págs. 1123-1172.

⁵³ Dir-se-á, com R. PINTO DUARTE, *Aspectos...*, pág. 67, que se trata de uma “atividade que poderá ser tida como modalidade de *leasing* financeiro”.

⁵⁴ Parece ir neste sentido o acórdão da Relação de Coimbra de 29/02/2000, in *CJ*, 2000, Tomo I, pág. 41, quando reconhece que “Existe, é certo, de qualquer forma, no contrato de ALD, também uma concessão de crédito que, aproximando-se muito da locação financeira (...)”. Também na mesma senda, o acórdão da Relação de Lisboa de 1999, in *CJ*, 1999, Tomo III, pág. 128.

⁵⁵ Parece, portanto, que nem sequer pelas próprias sociedades de locação financeira.

⁵⁶ Salvo, parece, se se tratar de operação ocasional, isto é, não habitual.

bancos — cfr. art. 4.º do Decreto-Lei 72/95, de 15 de Abril), e submetendo-se ao regime do Decreto-Lei 149/95; ou, diversamente, se trata de operação apenas economicamente similar e, então, desde que inserido numa prática habitual, não resistirá à nulidade provocada pelo desrespeito daquela proibição legal (art. 294.º do Código Civil).

8. ALD e compra e venda a prestações com reserva de propriedade

O contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade distingue-se por três notas caracterizadoras: em primeiro lugar, o pagamento do preço, além de diferido, é fraccionado em várias (pelo menos duas) prestações parcelares⁵⁷; em segundo lugar, o efeito jurídico-real da transferência do direito de propriedade apenas se produz no momento em que se verifique o pagamento da última das prestações convencionadas⁵⁸; por fim, o referido efeito jurídico-real translativo desencadeia-se imediata e autonomamente com o pagamento da última das prestações, não dependendo da prática de qualquer acto jurídico adicional por parte de qualquer dos contraentes.

Assim caracterizado, o contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade é insusceptível de confundir-se, quer jurídico-estrutural quer funcionalmente, com o ALD⁵⁹.

⁵⁷ Não basta dizer, para caracterizar a compra e venda a prestações, que o pagamento do preço é fraccionado. Além disso, importa que o mesmo ocorra de modo diferido, no sentido de não ser simultâneo (por ser posterior) com o acto de entrega da coisa. Não há, evidentemente, nenhuma compra e venda a prestações quando o comprador, apesar de pagar fraccionadamente, pague antes da entrega da coisa. É, aliás, o diferimento do preço, e não propriamente o seu fraccionamento, que confere à compra e venda a prestações a natureza de contrato de concessão de crédito (art. 2.º/1-a) do RJCC). Razão por que também há concessão de crédito na chamada venda com espera de preço, que se caracteriza pelo facto de o preço, embora após a entrega da coisa, ser pago de uma só vez.

⁵⁸ A cláusula de reserva de propriedade assume-se, portanto, como uma condição suspensiva — neste sentido, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 1994, pág. 242.

⁵⁹ Deve, no entanto, recordar-se que a verdadeira expansão prática do ALD se inicia, precisamente, no momento em que o legislador, há cerca de 22 anos atrás (através

No plano jurídico-estrutural, salta logo à vista uma diferença marcante: enquanto que o ALD, como vimos, se apresenta como uma pluralidade multilateral de contratos em relação de coligação funcional, a compra e venda a prestações não ultrapassa a fronteira de uma simples e linear relação contratual bilateral.

Ainda no mesmo plano de análise, avulta uma outra e ostensiva diferença: ao passo que, na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, a transferência do direito de propriedade se opera automaticamente com o pagamento da última prestação, no ALD tal efeito só se produz com a celebração, em cumprimento do contrato-promessa que a operação comporta, de um futuro contrato de compra e venda entre o locatário e o terceiro interposto pelo locador⁶⁰.

Mas também no plano económico-funcional se manifesta a heterogeneidade entre as duas figuras. Tratando-se, em ambos os casos, é certo, de técnicas contratuais de concessão de crédito, a verdade é que são bem distintos o processo e o contexto económicos subjacentes.

Com efeito, se na compra e venda a prestações o crédito é concedido por aquele mesmo que fornece o bem (sendo, aliás, o exemplo paradigmático desse modo de conceder crédito), já no ALD o financiamento é assegurado por um terceiro. Quer dizer: enquanto que o vendedor a prestações acumula duas funções económicas — a função (comercial) de intermediação na circulação de bens e a função de concessão de crédito —, o locador, no ALD, confina-se ao desempenho exclusivo e especializado da função de intermediação financeira.

O vendedor a prestações, ainda que com o fim último de os revender, compra os bens para os integrar no seu património, assumindo os riscos próprios de um vulgar proprietário. No ALD, diversamente, o

do Decreto-Lei 457/79, de 21 de Novembro), com o fito de controlar a pressão inflacionista da procura, estabeleceu apreciáveis restrições à admissibilidade das vendas a prestações de “coisas móveis não consumíveis”. Nessa altura, o ALD revelou-se um meio eficaz de contornar tais restrições legais ao recurso à venda a prestações. Sobre este fenómeno, cfr. R. PINTO DUARTE, *Aspectos contratuais...*, pág. 65 e o acórdão da Relação de Coimbra, de 29/02/2000, in CJ, 2000, Tomo I, pág. 41.

⁶⁰ A esta diferença entre o ALD e a compra e venda a prestações com reserva de propriedade alude o acórdão da Relação de Coimbra citado na nota anterior.

locador apenas adquire os bens que lhe são especificamente solicitados (e porque lhe são solicitados) pelos locatários carecidos de financiamento, sendo a estes que cabe suportar os riscos inerentes à qualidade de proprietário⁶¹. Em suma: o vendedor a prestações, ao comprar as mercadorias para revenda, age por sua conta e risco; o locador age por conta e risco do locatário.

Por tudo isto, parece-me que o ALD não poderá sequer considerar-se como um contrato pelo qual “se pretende obter resultado equivalente ao da venda a prestações” — figura prevista no art. 936.º/1 do Código Civil⁶².

Bem vistas as coisas, a única semelhança que aproxima o ALD da compra e venda a prestações reside no facto de, em ambos os casos, existir uma obrigação pecuniária de execução fraccionada: no caso do ALD, a obrigação de reembolso dos fundos adiantados pelo locador; no caso da compra e venda a prestações, a obrigação de pagamento do preço.

Mas isto, obviamente, não chega para preencher a previsão do art. 936.º/1 do Código Civil. A entender-se de outro modo, condenar-se-ia à inutilidade a diversidade de regimes que resulta da coexistência dos arts. 934.º e 935.º, por um lado, e do art. 781.º do Código Civil, por outro.

⁶¹ Como se sabe, é exigência habitual das locadoras, ao cumprimento da qual condicionam a sua intervenção financiadora, a contratação de um seguro “contra todos os riscos” a expensas do locatário.

⁶² Teresa Anselmo VAZ, *Alguns aspectos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 86, pelo contrário, entende que ao ALD, naqueles casos em que a aquisição da propriedade do bem locado seja “racionalmente obrigatória” (sobre esta ideia, cfr., *supra*, nota 52), pela via da extensão operada pelo referido art. 936.º/1 do Código Civil, seria aplicável o regime da compra e venda a prestações. Só que, para esta autora, o ALD é uma simples relação bilateral, sem qualquer intermediação financeira especializada — algo de substancialmente diferente, por conseguinte, do fenómeno que temos vindo a pressupor, como objecto de reflexão, ao longo deste estudo. Importa, de resto, salientar que, a respeito daquilo de que a autora realmente fala (e que não é, repito, o ALD de que aqui se cura), concordo plenamente com Teresa Anselmo VAZ.

RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS DE CONSUMO

II Jornadas sobre o Consumo organizadas pelo Serviço de Defesa do Consumidor/Secretaria Regional dos Recursos Humanos da Região Autónoma da Madeira, com a colaboração do CDC.

Funchal, 7 de Dezembro de 2001

DISCURSO DE ABERTURA DAS II JORNADAS SOBRE CONSUMO

EDUARDO ANTÓNIO BRAZÃO DE CASTRO
Secretário Regional dos Recursos Humanos

Começo por agradecer a presença do Excelentíssimo Senhor Dr. João Trindade, Juíz-Presidente do Tribunal Arbitral do Consumo de Coimbra, Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Pinto Monteiro, Presidente do Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Excelentíssima Sr^a Dr.^a Cristina Portugal, Vice-Presidente do Instituto do Consumidor, Excelentíssima Sr^a Dr.^a Isabel Cabeçadas, Presidente do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, assim como a presença de todos os participantes nas Segundas Jornadas sobre o Consumo, que agora se iniciam.

O consumo é hoje “o” fenómeno social por excelência. Revelando contornos complexos, atento o surgimento de novas tecnologias, a constante oferta de produtos e serviços, e, conseqüentemente, a emergência de novas formas de relacionamento, a que vêm a corresponder novos tipos de litígios.

Da consciência generalizada desta situação, o Governo Regional da Madeira entendeu, desde logo, constituírem os direitos e legítimos interesses dos consumidores um importante vector da sua política social e económica promotora de qualidade de vida dos cidadãos.

Como tal, o Governo Regional através da Secretaria Regional dos Recursos Humanos, instituiu uma intervenção activa neste domínio,

marcada, pela criação a 15 de Março de 1999, do Serviço de Defesa do Consumidor, com sede e intervenção nesta Região Autónoma.

Este Serviço, cujos eixos essenciais de acção passam pela informação, formação, prevenção e resolução dos litígios de consumo, tem desenvolvido acções, visando sensibilizar e mobilizar a sociedade civil para estas novas questões e bem assim realizando algumas iniciativas — louváveis — como esta que hoje se inicia.

Por outro lado, a Secretaria Regional dos Recursos Humanos, por entender essencial o aprofundamento de conhecimentos nesta matéria, promoveu na Região através de parceria com o Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, de que o senhor Professor Doutor Pinto Monteiro é ilustre Presidente, um Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo.

Os primeiros passos foram dados, de todo o modo, importa agora ir mais além, tendo o futuro por referência e tomando-se como certa a constatação de que o fenómeno do consumo assim o recomenda, essencial é, implementar outros meios que garantam a efectividade dos direitos dos consumidores.

A Constituição da República Portuguesa estabelece o direito dos consumidores à qualidade dos bens e à reparação dos danos, desiderato este aprofundado e desenvolvido pela Lei de Defesa do Consumidor, com o direito à protecção Jurídica e a uma justiça acessível e pronta .

Neste particular, não nos coibimos de dizer, que serão estas normas meramente programáticas, uma vez que a simples declaração do direito não implica, de per si, que a justiça seja realmente “acessível e pronta”.

De facto, o aumento das relações de consumo ocasionou o aumento da conflitualidade pelas mesmas gerado e que acabam por se abater sobre os tribunais judiciais comuns.

Atentas estas e outras dificuldades, por demais conhecidas por todos, o resultado é que os cidadãos na maioria das vezes não procuram a tutela judicial para protegerem o que têm de mais elementar: os seus direitos e legítimos interesses.

Na prática tal equivale a uma real denegação da Justiça.

Em resposta e à semelhança neste domínio do que tem vindo a ser feito no Território Nacional, a Secretaria Regional dos Recursos Humanos, na sequência do estabelecido no programa do Governo Regional

para a actual legislatura, vem assim tornar o comando constitucional efectivo, desta vontade política.

Promovendo e apoiando a criação de centros de arbitragem de conflitos de consumo, cujos procedimentos sejam mais leves e rápidos, menos dispendiosos e menos formais, partindo das especificidades institucionais e experiências da sociedade em que se inserem.

Em suma, estas novas estruturas pretendem ser um meio privilegiado de os consumidores acederem realmente ao direito e à justiça de forma mais célere, eficaz, simples e gratuita.

É neste contexto e com o espírito de se encontrar as soluções almejadas que se realizam estas “Segundas Jornadas Sobre o Consumo”, cuja matéria versada tem agora um quadro próprio e se reveste de especial importância por se tratar de matéria pioneira na Região.

Termino expressando votos de sucesso para os trabalhos que agora se iniciam, certo de que a vossa presença e participação nos mesmos representa já parte da solução/resposta ao que se pretende e às expectativas de todos os presentes.

Muito obrigado.

O PAPEL DO JUIZ NA ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO

JOÃO CARLOS TRINDADE

Desembargador no Tribunal da Relação de Coimbra
Juiz Árbitro no Centro de Arbitragem de Conflitos
de Consumo do Distrito de Coimbra

Permitam-me antes de mais felicitar e louvar o trabalho desenvolvido na organização deste Colóquio, esperando não defraudar as expectativas dos que me convidaram (convite que agradeço e muito me honrou), não podendo deixar de salientar o Prof. Pinto Monteiro.

O que vos passo a transmitir nada mais é que o fruto da minha experiência, permita-se-me salientar muito gratificante, ao longo dos sete anos de funcionamento do Tribunal Arbitral de Coimbra e do contacto com o direito de consumo.

Vou falar-vos essencialmente do papel do juiz na Arbitragem de Conflitos de Consumo.

A dignidade social, a igualdade perante a lei e a garantia do acesso ao direito e aos tribunais, mesmo em caso de insuficiência económica, são direitos fundamentais dos cidadãos, expressamente consagradas na Constituição da República Portuguesa.

Deste modo o acesso à arbitragem dos conflitos de consumo é corolário lógico de um direito fundamental, qual seja o do princípio da igualdade jurídica de todos os cidadãos perante a lei.

O papel do juiz na arbitragem de Conflitos de Consumo, reflecte-se ao longo dos vários momentos que constituem o contacto com os litigantes, cada um deles com as suas especificidades.

Uma primeira ideia que importa reter é que é preciso *legislar mais*, no sentido da efectivação e reforço da tutela dos direitos dos consumidores. Permitir-me-ia sugerir em matéria de prova e em alguns casos (nomeadamente na área de prestação de serviços públicos) a inversão do ónus da prova, dadas as dificuldades inerentes para o consumidor que explicitaremos infra.

Até que tal legislação seja publicada queremos sublinhar que *o Juiz não deve estar “espartilhado” pela obediência rígida a princípios processuais, predominando a busca incessante de verdade material*. Esta ideia força deverá obter igualmente consagração legislativa.

Para se atingir este desiderato, dadas as especificidades dos conflitos de consumo, importa socorreremo-nos de uma série de cuidados alguns dos quais ressaltarão ao longo desta nossa exposição.

A Lei n.º 24/96 de 31/7 que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores no seu art. 3.º, g) diz que o consumidor tem direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta. Repito Justiça Acessível diz a lei.

Não obstante a utilização desta vocábulo “acessível” neste normativo, nos parecer ter sido utilizado apenas na vertente económica (como resulta do art. 14.º da referida lei), aproveita-mo-lo, também para fazer *ressaltar uma vertente que reputamos muito importante qual seja a da compreensão por parte dos litigantes de tudo o que se está a passar, da dinâmica processual e da decisão*.

Na sequência temos norteado toda a nossa actuação, como juiz do Tribunal Arbitral, também, no sentido desta vertente compreensão estar sempre presente, o que aliás não é difícil dada a simplicidade que preside a todo o processo.

Vejamos as várias momentos

A reclamação

O primeiro contacto do Juiz com o consumidor, este duma forma indirecta, é através da reclamação escrita que ele consumidor fez no Centro de Arbitragem.

Neste ponto não sei se irei baralhar alguns espíritos, mas não posso deixar de vos transmitir a minha opinião e porque não preocupação. A Comissão Europeia neste campo, o da reclamação, tem fomentado o uso de formulários, o reclamante expõe a sua pretensão através de “cruzinhas”.

Na perspectiva de *jugador discordo frontalmente do recurso á técnica dos formulários*, já que *a reclamação escrita expositiva* reflecte o “estado de alma” do consumidor que importa preservar e pode ser mais um elemento, quiçá muito importante, para o juiz alicerçar a sua convicção quando fixa a factualidade dada como provada. Neste tipo de processos, como veremos adiante a propósito da prova, o juiz tem de se agarrar a tudo para formar a sua convicção.

Neste contexto, se me permitem e desculpem esta ousadia, já que poderei estar a entrar em seara alheia, daria um conselho a quem nos Centros de Arbitragem recebe e orienta o consumidor na elaboração da reclamação, no sentido de que lhe seja permitido expor numa forma espontânea, mas sucinta, a sua versão, e não fazer apenas as ditas “cruzinhas”

Designação do dia para a audiência

Como sabem frustrada a tentativa de conciliação promovida pelo Centro de Arbitragem os autos são remetidos ao Juiz para designar dia para julgamento. Para tal defendo que devemos usar da máxima flexibilidade, não fixando uma única data mas apresentando várias alternativas de molde a conseguir-se a maior harmonização possível com menor dispêndio de tempo e incómodos para as partes. Os contactos com vista à fixação da data deverão ser efectuadas previamente por telefone.

Audiência

Espaço físico e o ambiente

Afigura-se-nos que para atingir os fins pretendidos será útil e suficiente *uma sala sóbria mas que em nada se assemelhe á sala de audiên-*

cias dos Tribunais Judiciais. Uma sala em que as partes se sintam descontraídas mas simultaneamente que não se esqueçam que estão perante um Tribunal (Um parêntesis para um desabafo. Infelizmente e não obstante alguns esforços que sei têm sido feitas neste sentido o certo é que a sala que tem sido utilizada pelo Tribunal de Coimbra está longe de reunir essas condições).

No que respeita ao ambiente que deve rodear os intervenientes no julgamento, importa assegurar a maior proximidade possível entre todos de molde a criar uma atmosfera de confiança que favoreça o diálogo entre reclamante e reclamado e entre estes e o juiz.

Informação

Uma vez que actualmente, em grande parte a barreira económica (custos processuais), está ultrapassada, temos que quebrar a barreira psicológica do contacto com os tribunais.

Obtidas as referidas condições de espaço físico e ambiente, importa mais uma vez (e digo mais uma vez porque o Centro de Arbitragem também o deve fazer. Apercebo-me que tal acontece de uma forma cuidada em Coimbra) importa, dizíamos, dar a conhecer aos intervenientes, duma forma natural e sempre que a situação se depare, com clareza e simplicidade, numa linguagem muito acessível, as regras porque se rege a apreciação e resolução do conflito.

Nunca por nunca, e este ponto reputamo-lo de muito importante se deve deixar transparecer a ideia de que se está perante um “tribunal de defesa do consumidor, como muitas vezes é apelidado este Tribunal. O juiz, deve desde o início e no decurso da audiência de julgamento deixar transparecer garantias de independência e de imparcialidade, reforçando ao mesmo tempo a confiança nos mecanismos alternativos de resolução dos litígios de consumo.

A protecção dos consumidores pode e deve fazer-se através de via legislativa, através de acções de informação e esclarecimento, através da criação de associações, mas nunca através da via judicial, mais concretamente através do juiz quando julga, quando este apura quem tem ou não razão.

Não deve dar a entender, que já tem uma solução predefinida para a questão que lhe é posta, não deve dar a entender que eventualmente não assiste razão a uma das partes. Deve sim é dar a entender, mas duma forma natural, que tem conhecimento de todos os pormenores do litígio.

Por outro lado deve-se fazer sentir ao consumidor a utilidade da sua reclamação, mesmo que o valor económico em causa seja diminuto, de molde a que ele não se sinta desmotivado ou diminuído de forma a que não seja beliscada a sua consciência cívica. Estou-me a lembrar dum dos primeiros casos apreciados neste Tribunal Arbitral de Coimbra. Um consumidor que comprou uns sapatos de verão, em saldo pelo valor de 5.000\$00, utilizou-os pela primeira vez no Outono e logo por azar num dia de chuva e eles deixavam entrar água. Queria uns sapatos novos.

É preciso fazer realçar ao consumidor a virtude que é o conhecimento que ele tem da existência do Centro de Arbitragem. Ressaltar as vantagens do recurso ao tribunal (acesso fácil, gratuito e célere). Sobre-tudo importa fazer-lhe sentir a *quebra da inércia* de perante uma situação que o prejudicava, defraudava e muitas vezes revoltava, não teve uma atitude passiva. Importa afastar o estado de espírito do consumidor daquelas dúvidas que a todos assolam e muitas vezes os demovem de exercer os seus direitos. (Será que eu tenho razão ? Para que é que eu me vou incomodar? Merecerá a pena?)

Neste sentido é preciso transmitir a ideia ao consumidor que ele “criou um caso” mesmo em situações em que a reclamação vier a ser julgada improcedente.

É preciso fazer sentir ao consumidor que ele só, sem a intervenção de quem quer que seja, pode desenvolver procedimentos com vista á defesa dos seus direitos.

É preciso que ele interiorize que afinal aquela dúvida inicial, a inibição ou mesmo sensação de inferioridade, de saber se deveria ou não ter recorrido ao Centro de Arbitragem não tem razão de ser.

Parece-nos, também, muito importante fazer ressaltar o carácter voluntário da presença do reclamado, pois como todos sabemos a submissão do litígio a julgamento e decisão em Tribunal Arbitral depende de convenção das partes. Neste ponto não queremos deixar de sublinhar que a aderência dos serviços públicos, comerciantes e outros tem sido

enorme bem como a aceitação das decisões por parte dos reclamados tem sido muito boa dado que as indemnizações têm sido sempre pagas, com excepção de dois casos referente a uma mesma reclamada e outros dois de uma empresa que faliu.

Tentativa de conciliação

Como é habitual eu dizer aos pleiteantes, antes de entrarmos propriamente no julgamento, vamos ver se conseguimos fazer um acordo.

Duas ou três notas importa reter:

- O juiz não deve forçar o acordo, tal não significa, no entanto, que ele não esteja atento ao desenrolar do diálogo entre as partes e dê a sua ajuda;
- Importa transmitir a ideia às partes que, nesta fase, apenas interessa que dialoguem com vista a alcançar-se um acordo e não que cada uma exponha já as suas razões sobre o litígio;
- A tentativa de conciliação é importante para começar a concentrar as partes no caso permitindo que eles se apercebam desde logo que a outra parte também terá eventualmente algumas razões válidas;
- Por outro lado e agora do ponto de vista do juiz é importante também porque tem a possibilidade de retirar das conversações com vista á conciliação, elementos importantes que lhe permitam formar a sua convicção para a fixação da matéria de facto provada e delimitar o objecto do litígio
- Por último não quero deixar de referir que se conseguem obter acordos com tudo o que tal de benéfico implica, nomeadamente em termos de transigência de ambos os pleiteantes e porque são eles que “decidem” o caso.

A Prova — Ónus da prova:

É comumente aceite que nas relações de consumo, onde uma das partes é claramente “mais fraca” ou “desfavorecida”, por se encontrar

na situação de “inferioridade” em relação à outra parte, existe desigualdade.

Diz Jorge Pegado Liz, (Introdução ao direito e à política de consumo) “O consumidor é reconhecido como um contraente débil, cuja liberdade é afectada pela ignorância, pela pressão das necessidades, pela influência unilateral dos métodos promocionais e publicitários, que o colocam tendencialmente numa posição de inferioridade e dependência em relação aos fornecedores de bens e serviços merecedoras de protecção compensatória”.

E no processo que corre nos Centros de Arbitragem essa debilidade esse desequilíbrio, essa desigualdade também se verifica? A resposta não pode deixar de ser afirmativa, aliás também assim se passa nos tribunais comuns, não obstante alguma coisa ter vindo a ser feita para minorar essa situação. Apesar de tudo, posso afirmar, face á experiência vivida nos dois tribunais, que no de arbitragem a debilidade e o desequilíbrio não são tão acentuados.

É neste ponto o da demonstração da sua razão, o ónus da prova, que existirá maior dificuldade e conseqüente desigualdade para o consumidor.

Obviamente que sem pôr em causa o princípio da igualdade das partes e tendo sempre presente a obtenção de uma decisão justa, importa ao Juiz do Tribunal Arbitral, tentar minorar este desequilíbrio enquanto se mantiver esta situação, não beliscando, voltamos a frisar, minimamente qualquer direito do reclamado e respeitando todos os princípios inerentes a uma audiência de discussão e julgamento.

Uma primeira ideia acho importante fazer ressaltar. Não obstante o esclarecimento que referimos supra no sentido de fazer compreender as partes de todos os passos que estão a dar no desenvolvimento processual inerente, importa não deixar que elas se apercebam, se envolvam na teia e complexidade jurídica que preside a todo o processo tendente á resolução de um conflito seja ele de que natureza for, para que não se perca a “cristalinidade”, “a espontaneidade” da sua versão dos factos. Devemos manter a forma aberta, franca e genuína de como são feitas as reclamações escritas.

É preciso criar uma ambiente de confiança e abertura que não dê razão á afirmação feita por Genuzo Bentini de *que a verdade, a verda-*

deira verdade, não é não é nunca aquela que chega até nós....Por mim convenci-me de que a verdade não entra nas salas do Tribunais, nem mesmo nos processos de grande repercussão. Ela fica sempre pelas escadas ou pelo caminho.

Expostos estas considerações de carácter geral que nos ajudarão a compreender melhor o papel do juiz na arbitragem dos conflitos de Consumo debruçem-nos sobre a lei.

Conforme estabelece o art. 342.º do Código Civil (CC) “aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito”. Ou seja aquele que invoca um direito tem de provar os factos que normalmente o integram. Parece resultar deste normativo e deste ónus uma situação de desfavorecimento e desigualdade para o consumidor, face às inerentes dificuldades em fazer prova do direito que alega.

Não nos podemos esquecer que a maioria das situações de conflito de consumo surge quando o consumidor está sozinho e em muitas das vezes até na presença de várias pessoas ligadas à entidade reclamada. Lembro-me neste momento que a EDP por norma apresenta como testemunhas dois engenheiros e o reclamante consumidor não apresenta qualquer testemunha. Saliente-se que não estamos a fazer uma crítica á EDP, antes pelo contrário, este procedimento evidencia a forma responsável como encara a adesão genérica.

Neste ponto consideramos que o juiz tem um papel muito importante não numa perspectiva de defesa do consumidor, voltamos a repetir mas numa perspectiva de busca incessante e cuidada da verdade material.

Neste contexto deve o juiz, primeiramente, deixar o consumidor explicar toda a situação confrontando-o de imediato com a versão do reclamado, permitindo inclusive que eles entrem em diálogo um com o outro. Deixá-los falar, deixá-los dialogar...

Nesta altura atenção do juiz terá que redobrar terá ele que estar atento ao mínimo pormenor, aos gestos, à forma de expressão, á forma como se faz o pedido e ao montante do mesmo,tentando apreender se ele é feito com “intuitos lucrativos”, ou até “intuitos revanchistas” (o tribunal não pode deixar que o utilizem, uma vez que o seu acesso é gratuito, para servir como meio de represália para alguma situação que não correu

tão bem como o consumidor pretendia, mas que não tem razão para ser transformada num conflito de consumo ou se corresponde efectivamente ao prejuízo sofrido ou a qualquer facto que tenha relevância jurídica.)

A experiência permite-nos concluir que na esmagadora maioria das reclamações julgadas o conflito, *a fixação da factualidade sobre a qual iremos aplicar o direito, é decidida com base na versão de ambos os litigantes*, sem necessidade de ser produzida outra prova, nomeadamente audição das testemunhas. Refira-se a propósito que na maior parte dos casos submetidos a julgamento apenas temos como prova a versão do reclamante e reclamado. Também podemos afirmar que nos casos em que são apresentadas testemunhas na maior parte das vezes elas são do reclamado.

Atenta a importância da versão dos litigantes e na sequência do que acabamos de expor, não é por acaso, e ao contrário do que acontece com o regime estabelecido no CPCivil (art. 552.º) para os tribunais comuns, em que é facultativa ou depende da vontade do juiz a comparação das partes, o art. 114.º, n.º 3 do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito Coimbra impõe, como regra, *a obrigatoriedade do depoimento pessoal de ambos os litigantes*.

A título informativo diremos que nos julgados de paz, criados pela Lei 78/01-13/7 as partes têm de comparecer pessoalmente (arts. 38.º, 1 e 57.º).

Concluindo, como deixamos transparecer a grande dificuldade do juiz prende-se com a quase ausência de prova, já que a maior parte das vezes reclamante e reclamado “entregam-se” ao tribunal sem apresentar testemunhas ou documentos, pelo que nos temos de “agarrar a tudo”, nomeadamente á reclamação escrita do consumidor e ao diálogo prévio com vista á conciliação.

Sentença

Estabelece o art. 16.º do Regulamento do Centro de Coimbra que finda a produção da prova o Tribunal profere decisão, lavrando por escrito ou ditando para a acta, salvo em casos de maior complexidade, em que a decisão deverá ser proferida no prazo de 10 dias.

Quanto a este ponto, confesso estar dividido. Por um lado tenho seguido sempre o critério de nunca decidir imediatamente, mesmo nos casos de grande simplicidade, já que acho importante debruçar-me calmamente sobre a questão, o travesseiro sempre foi bom conselheiro. Tenho vindo a seguir este procedimento mesmo nos tribunais comuns e não me tenho dado mal, já que há casos em que após ter preparado o processo para o julgamento fiquei com uma determinada perspectiva de solução, no desenrolar da audiência fiquei com outra, e após o julgamento e meditação, a tal conversa com o travesseiro, fiquei com uma outra.

Por outro lado e é por isso que me encontro dividido, considero importante que as partes sejam esclarecidas sobre a decisão. Tal esclarecimento seria mais eficaz se a decisão fosse transmitida oralmente.

Perante este quadro e para evitar que as partes se desloquem de novo, ao Tribunal para a leitura da decisão, sem mais incómodos, perdas de tempo e gastos, optei por elaborar a sentença de forma clara simples, despida de grandes e incompreensíveis, para as partes, considerações jurídicas. As partes são notificadas pelo correio com cópia da decisão.

Chegados ao fim espero não vos ter transmitido apenas as angústias dum juiz que é também consumidor e que procura alcançar as soluções mais justas para cada caso.

A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇOS¹

MARIA CRISTINA PORTUGAL

Vice-Presidente do Instituto do Consumidor

Sumário

INTRODUÇÃO. I — ALGUMAS ESPECIFICIDADES DOS CONFLITOS DE CONSUMO. II — OS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS COMO MEIOS ALTERNATIVOS EFICAZES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO. III — ALGUMAS EXPERIÊNCIAS COMPARADAS DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO. VI — AS PARTICULARIDADES DOS CONFLITOS DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇOS. V — AS RECOMENDAÇÕES COMUNITÁRIAS E A CONSTRUÇÃO DE REDES EUROPEIAS. 5.1. A Recomendação 98/257/CE, de 30 de Março de 1998. 5.2. A Recomendação 2001/310/CE, de 4 de Abril de 2001. 5.3. As Redes Europeias de Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo. VI — REFLEXÕES FINAIS.

¹ Tópicos da comunicação apresentada por ocasião das “II JORNADAS SOBRE O CONSUMO”, organizadas pelo Governo Regional da Madeira, Secretaria Regional dos Recursos Humanos — Serviço de Defesa do Consumidor, em 7 de Dezembro de 2001, Funchal.

Introdução

Decorrência normal da vivência numa sociedade moderna, liberal, democrática, são as preocupações de carácter social, político e institucional em estabelecer um quadro jurídico que equilibre a relação de forças entre os agentes que nela exercem, de modo desigual, a sua actividade.

Aos direitos dos consumidores, inerentes ao cidadão actor do mercado, contrapõem-se, naturalmente, deveres por parte de quem com ele contracena, os agentes económicos, profissionais.

Uma vez reconhecida e tendencialmente colmatada essa desigualdade através dum corpo de normas protectoras do consumidor, um segundo passo evolutivo revela-se então essencial: a implementação consagração de sistemas céleres e eficazes para o exercício dos direitos e cumprimento dos deveres.

Importa pouco pois, nesta sede, explicitar o conteúdo dos direitos dos consumidores.^{2,3}

Falar de conflitos é, evidentemente, reconhecer que existem direitos e deveres na relação de consumo — aquela que se estabelece entre um consumidor e um profissional⁴ — e assumir que o recíproco entendimento desses actores nem sempre é pacífico.

² Recorde-se a definição legal de consumidor: “(...) *todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, conf. n.º 1, do artigo 2.º, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor, doravante também abreviadamente designada por LDC).

A LDC para além de aproximar a noção de consumidor daquela que se vem estabilizando ao nível comunitário, considerou ainda, no n.º 2 do mesmo artigo 1.º, estarem incluídos no âmbito da LDC “(...) *os bens serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.*”

³ Que sintética e redutoramente se elencam, no seu núcleo essencial: direito à qualidade dos bens e serviços; à protecção da saúde e à segurança; à informação e formação, à protecção dos interesses económicos e ao acesso à justiça.

⁴ Designação profissional, comum nos textos comunitários e cada vez mais entre

Falar de conflitos transfronteiriços é assumir, também, que essa discordância de entendimentos entre consumidor e profissional pode envolver mais que um país. Nada, aliás, mais natural num mercado sem fronteiras.⁵

Existem e sempre subsistirão os tribunais como forma última de dirimir a conflitualidade resultante da vivência numa sociedade aberta, num mercado único, num espaço sem fronteiras. Mas, será o tradicional recurso aos tribunais a forma mais apta à resolução dos conflitos resultantes das relações de consumo?

I — ALGUMAS ESPECIFICIDADES DOS CONFLITOS DE CONSUMO

Diária, constante e inevitavelmente a sobrevivência e bem estar dos indivíduos depende do que consomem. Embora cada cidadão e grupo de cidadãos possua diferentes necessidades de consumo, um alargado leque de bens e serviços são imprescindíveis à vida em sociedade e um crescente número de bens e serviços, não partilhando aquela característica de essencialidade, tem vindo a tornar-se igualmente indicadores de qualidade de vida e bem estar.

Cientes da permanência do acto de consumo no quotidiano dos cidadãos, surgido um conflito na sequência do fornecimento de um bem ou serviço — o despertador que avariou, o gás que falhou, o micro-ondas que explodiu, o seguro que não cobria os danos na parede, o guarda-chuva que não abriu, o metropolitano que parou, a gabardina que não era impermeável —, logo uma série de obstáculos parece dificultar o exercício dos direitos por parte do consumidor⁶:

nós, usada por facilidade de expressão e sempre entendido como o sujeito com quem se relaciona o consumidor, na acepção da LIDC.

⁵ A dimensão comunitária da defesa do consumidor data de meados da década de 70 e assumiu diferente e reforçada expressão com o Tratado de Amesterdão que, com o artigo 153, veio incluir expressamente uma base jurídica inequívoca para a promoção daquela política a nível comunitário, até então baseada normalmente em disposições respeitantes ao mercado interno do artigo 95 (ex-artigo 100-A) do Tratado CE.

⁶ No mesmo sentido, entre outros, conf. Documento da Comissão Europeia intitu-

- a) os custos do acesso ao direito, da obtenção de uma informação legal sobre os direitos e deveres aplicáveis em situações-tipo determinadas;
- b) os custos e tecnicidade duma acção judicial;
- c) o preço de eventuais peritagens;
- d) a lentidão dos procedimentos judiciais;
- e) a incerteza sobre os resultados;
- f) o desgaste psicológico duma acção.

Talvez seja preferível comprar outro despertador aproveitando a oferta de um guarda chuva, usar a gabardina em dias de nevoeiro — com sorte, não chove —, o metropolitano e o gás estavam a funcionar umas horas depois. Quanto ao micro-ondas apareceram uns novos modelos que ficam melhor na cozinha e mais vale desistir, depois, segundo explicam, devia ter lido melhor a apólice. Para a próxima...

A menos que o prejuízo seja significativo, se atendermos ao binómio custo/benefício, o recurso aos tribunais para a resolução dos conflitos de consumo apresenta-se como uma solução irracional.

Uma sondagem de opinião a realizada pelo Eurobarómetro⁷ entre 1 de Novembro e 15 de Dezembro de 1999 revelou que, perante um conflito de consumo ocorrido no próprio país:

- 13% dos europeus recorreriam aos tribunais por menos de € 100;
- 5% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 100;
- 11% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 200;
- 17% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 500;
- 15% dos europeus recorreriam aos tribunais por mais de € 1.000;

lado “Consumer Disputes — Labyrinthian Thread” ou “*O fio de Ariana*” na versão portuguesa, Isabel Oliveira, “*A Arbitragem de Consumo*”, em Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2 — 2000, ed. Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁷ Eurobarómetro n.º 52.1 sobre os Europeus e o acesso à justiça, realizado a 16.082 pessoas dos vários países da União Europeia, in http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/a.../acce_just08_fr.htm

As justificações que os inquiridos apresentaram para não recorrer aos tribunais por um valor inferior àquele que declararam foram:

- 73% por os custos do procedimento serem demasiado elevados comparativamente com o valor do bem ou serviço,
- 22% porque o procedimento seria demasiado longo ;
- 22% por acharem que seria demasiado complicado.

Assinale-se, ainda, que 21% dos inquiridos declarou não saber a partir de que montante decidiria recorrer aos tribunais e uma significativa percentagem de 20% afirmou que não recorreria aos tribunais para a resolução de conflitos de consumo.

Embora a sondagem de opinião reporte ao final de 1999, os seus dados mantêm não apenas grande actualidade como evidenciam, dum modo muito particular, os obstáculos ao acesso do consumidor à justiça — custos, morosidade, complexidade — e conseqüentemente, à inoperância do quadro substantivo de defesa do consumidor.

II — OS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS COMO MEIOS ALTERNATIVOS EFICAZES NOS CONFLITOS DE CONSUMO

A constatação do não exercício pelos consumidores dos direitos legalmente consagrados, por razões como as que *supra* aludimos, tem motivado o desenvolvimento de novos mecanismos dentro e fora do sistema judicial.

Por um lado, numa tentativa de aproximação aos cidadãos e simplificação dos sistemas, a justiça tradicional, em ruptura com o elitismo e tecnicidade em que se encontra, tem-se aberto à sociedade promovendo formas simplificadas e de acesso directo a procedimentos judiciais.

Por outro, colmatando a inexistência ou a morosa adaptação das estruturas judiciais às novas realidades, surgem e desenvolvem-se diferentes sistemas de composição de conflitos de consumo, fora dos tribunais, quiçá mais adequados à realidade própria de mutação permanente que são as relações de consumo.⁸

⁸ Na designação comum, ADR — *Alternative Dispute Resolution*, entre nós também designados RAL — Resolução Alternativa de Litígios.

Sob o conceito genérico de acesso dos consumidores à justiça — acesso à justiça que é, aliás, um dos elementares direitos dos consumidores — deve entender-se que se abrigam três realidades:

- O acesso dos consumidores individualmente considerados a uma série de mecanismos que permitam o exercício dos direitos que lhe são conferidos por lei — incluindo, quer procedimentos que complementam ou precedem uma acção judicial, como a mediação ou a conciliação, quer mecanismos verdadeiramente alternativos, como a arbitragem;
- O acesso dos consumidores individualmente considerados aos tribunais;
- O acesso dos consumidores aos mecanismos alternativos e aos tribunais através de organismos que os representam, em acções judiciais para a protecção de interesses difusos, colectivos ou individuais homogéneos.;

Sendo embora apenas a primeira destas realidades que agora nos ocupa, todas elas representam um corte com os mecanismos e abordagens tradicionais de acesso à justiça.

Curiosamente, a nova era em que vivemos e que gerou a sociedade de consumo foi também, admite-se que por razões de sobrevivência, ela própria pródiga em soluções.

O cliente é o mais precioso bem das empresas. A insatisfação dos consumidores gerará, mais tarde ou mais cedo, consoante a oferta, os níveis de exigência e tempos de reacção, diferentes de país para país, uma alteração da procura.

A consciencialização por parte dos profissionais de que a sua riqueza se encontra intimamente ligada à satisfação do consumidor, tem contribuído para que, ao contrário dos conflitos típicos dos sistemas judiciais, a resolução de conflitos de consumo assente fortemente numa adesão voluntária dos profissionais a sistemas extrajudiciais de composição de conflitos.

Para além de Serviços de Apoio ao Cliente, Provedores de Cliente e outros criados no seio das próprias empresas e que devem constituir o primeiro lugar de recurso do consumidor, entidades exteriores ligadas à

defesa dos consumidores (associações de consumidores, cooperativas de consumo, autarquias locais e outras) desenvolvem mecanismos de apoio ao consumidor com vista à resolução de conflitos.

Os mecanismos instituídos por estas entidades exteriores, operam normalmente ao nível da informação — e diga-se que, nesta sede, resta um número significativo de potenciais conflitos nascidos do desconhecimento do direito aplicável a determinado tipo de situações — e da mediação, ou seja, da aproximação das partes em conflito com vista a auxiliá-las a encontrar uma solução de comum acordo.

O mediador, terceiro relativamente ao conflito, não impõe soluções mas intermedeia na busca do consenso.

Diga-se que a resolução de conflitos por meio da mediação é muito significativa mesmo quando é feita por entidades, como os Centros de Arbitragem, que têm a possibilidade de, numa segunda fase e caso ambas as partes o aceitem, impor uma solução.

A experiência tem também demonstrado que sendo embora louvável e vantajoso que os profissionais adotem sistemas de apoio ao consumidor estes, quando estritamente ligados à empresa ou associação de empresas, não angariam com facilidade a confiança do consumidor. Para este, recorrer a um serviço que, independentemente da sua designação, é financiado e gerido pelos profissionais contra os quais a quem a reclamação se dirige é uma mera formalidade, sem fortes garantias de independência. A sua preferência recai assim naturalmente, sobre organismos ou de defesa do consumidor — a “sua” defesa, afinal — ou de organismos em que aqueles se encontrem representados, conferindo-lhes credibilidade e garantindo a independência.

Com este enquadramento, foi particularmente feliz a fórmula encontrada em Portugal para os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo que impõem soluções vinculativas para ambas as partes.

Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo — cuja primeira experiência foi o da cidade de Lisboa, mais tarde seguida por Coimbra, Porto, Vale do Ave, Braga e Algarve —, têm na sua origem as vontades conjugadas de associações representativas de profissionais e de consumidores, das autarquias locais e o Estado (Instituto do Consumidor e Ministério da Justiça). A preponderância de uns e outros asso-

ciados tem diferentes contornos nos vários Centros, sem contudo deixar se de manter um relativo equilíbrio dos interesses representados.

Aos mencionados Centros, de competência que denominarei horizontal — com o sentido de abrangerem todos os sectores económicos em que se podem verificar conflitos de consumo —, juntaram-se dois outros Centros, de competência vertical, — que, por contraposição à primeira classificação, abrangem um sector económico determinado — passando, assim, a existir alguma competência concorrencial entre os dois tipos de Centros.

São Centros de Arbitragem verticais o Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA) — com competência inicial para a reparação automóvel, e sucessivamente alargada para a compra e venda de veículos usados, venda de combustíveis, serviços dos centros de Inspeção Periódica Obrigatória e, já requerida, compra e venda de veículos novos — e o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis (CIMASA).

Todos os Centros compatibilizam as fases de informação e mediação, na acepção *supra* usada, com as fases subsequentes de conciliação e arbitragem⁹, nas quais, existindo acordo de submissão do caso ao Árbitro, a decisão pode ser imposta e terá o valor de uma decisão judicial de 1.ª instância.

Fruto duma cultura sócio-judiciária própria, a bem sucedida experiência portuguesa de arbitragem de conflitos de consumo que tem servido de inspiração para centros noutras áreas e mesmo, de algum modo, da fase prévia de mediação dos recém instituídos julgados de paz, encerra em si um interessante paradoxo: é um sistema extrajudicial em que o decisor, o árbitro, é um ... Juiz.¹⁰

⁹ Inexiste entre nós uma distinção legal entre mediação e conciliação. Em teoria, enquanto ao mediador cumpre apenas intermediar um conflito com vista ao consenso, na conciliação podem ser avançadas pelo conciliador propostas de solução a serem aceites pelas partes. A prática tem demonstrado que a diferença pode ser muito ténue, desde o conciliador que procura que as partes na presença uma da outra cheguem a consenso — o que seria mediação — ao mediador que sugere soluções. Mitiga-se ainda mais o sistema com a solução encontrada nos Centros de Arbitragem de homologação da conciliação pelo Árbitro, conferindo-se assim ao acordo o valor do julgamento arbitral.

¹⁰ Apenas no centro vertical do sector automóvel foi escolhido um jurista de longa

III — ALGUMAS EXPERIÊNCIAS COMPARADAS DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO;

Contrariamente aos sistemas judiciais tradicionais que assentam em regras estritas que, embora diferentes entre Estados respeitam internamente uniformidade, os sistemas extrajudiciais criados para fazer face a conflitos resultantes das relações de consumo desconhecem entre si sintonia.

São sistemas postos em prática por organismos muito diversos, resultantes de exigências de mercado específicas, usando diferentes procedimentos, estruturas e podendo também variar quanto ao tipo e o valor das decisões que emitem.

As opções dos vários países, e neles, dos vários sectores ou regiões, estão fortemente ligadas a uma cultura sócio-judiciária própria, bem como, a diferentes níveis de organização, e consciência cívica e, de responsabilidade social das empresas.

Alguns dos organismos emitem “apenas” recomendações¹¹, outros proferem decisões obrigatórias apenas para os profissionais e outros ainda decisões vinculativas para ambas as partes.

Na sequência da Recomendação 98/257/CE, de 30 de Março de 1998¹², até final de Abril de 2000 os Estados Membros tinham notificado a Comissão Europeia da existência de trezentos e setenta e três¹³ diferentes organismos extrajudiciais de consumo.¹⁴

experiência não oriundo da magistratura. Em todos os outros casos o Árbitro é magistrado judicial embora, nalguns dos centros, já jubilado.

¹¹ Mas cuja eficácia deve ser apreciada à luz dos valores do país que alberga o sistema.

¹² *infra* 5.1.

¹³ Número já hoje ultrapassado.

¹⁴ Conf. Documento intitulado “*EEJ-Net rumo a uma Rede Extrajudicial Europeia para a resolução de litígios de consumo — Notified out-of-court bodies*”, elaborado pela Comissão Europeia, Direcção Geral Saúde e Consumidores, para a Conferência realizada em Lisboa em 5 e 6 de Maio de 2000, por ocasião da Presidência Portuguesa da União Europeia.

O leque de escolha é muitíssimo variado e dificilmente reconduzível a um único critério (pelo que, continuaremos a recorrer à tipologia *supra* avançada e que parece ser suficientemente abrangente — organismos verticais e/ou horizontais, consoante a sua competência material abranja os conflitos de consumo ocorridos em sectores económicos determinados ou abranja a generalidade dos conflitos de consumo).

Assim, podemos encontrar Estados Membros onde existe:

- uma única estrutura de resolução de conflitos de consumo, de natureza horizontal (não impeditiva do desdobramento em subsectores económicos especializados);
- várias estruturas horizontais de resolução de conflitos de consumo, geograficamente limitadas (v.g. Espanha);
- várias estruturas verticais deixando alguns sectores carentes deste tipo de mecanismos ou ainda;
- sistemas mistos em que coexistem estruturas verticais e horizontais com parcial concorrência de competências (v.g. Portugal)¹⁵.

O gráfico que segue ilustra alguns casos de **sistemas verticais** de resolução de conflitos notificados à Comissão Europeia¹⁶:

¹⁵ Para além dos já referidos Centros de Arbitragem do Sector Automóvel e do Seguro Automóvel (CASA e CIMASA), são também estruturas verticais ao nível da mediação algumas entidades reguladoras como a CMVM, o ISP, a ERSE, o ISP. Já quanto às estruturas horizontais encontramos também entre nós, para além dos Centros de Arbitragem de conflitos de consumo de Lisboa, Porto, Coimbra, Vale do Ave, Braga e Algarve ao nível só da mediação, as associações de consumidores.

¹⁶ Fonte: “*EEJ-Net rumo a uma Rede Extrajudicial Europeia para a resolução de litígios de consumo — Notified out-of-court bodies*”, documento elaborado pela Comissão Europeia, Direcção Geral Saúde e Consumidores, para a Conferência realizada em Lisboa em 5 e 6 de Maio de 2000, por ocasião da Presidência Portuguesa da União Europeia.

Sistemas verticais de resolução de conflitos-sectores	O	B	DN	SF	D	IR	I	P	S	NL	UK
Dentistas	X				X						
Serviços Médicos	X										
Limpeza de chaminés	X				X						
Agências Matrimoniais e de Encontros	X									X	
Telecomunicações	X	X					X				
Reparação e/ou comercialização de veículos automóveis e/ou motorizados e/ou veículos automóveis usados	X	X		X	X			X	X	X	X
Lavandarias/Limpeza a seco	X			X	X				X	X	
Administração Pública		X									X
Agências de/Viagens		X	X						X		X
Mobiliário		X		X							
Têxteis		X		X					X		
Banca e/ou Sector Financeiro e/ou Crédito e/ou Mercado Bolsista		X	X		X	X	X	X ¹⁷	X	X	X
Seguros		X	X	X				¹⁸	X		
Correios		X								X	
Construção Civil e/ou Isolamentos e/ou Revestimentos e soalho			X	X	X					X	
Imobiliários/Habitação			X						X		
Hotelaria e/ou Restauração e/ou Turismo			X	X	X		X				
Escolas de Condução			X								
Hipotecas			X								
Profissões liberais					X ¹⁹					X	X
Calçado e/ou Produtos de Pele e/ou Cabedal				X	X				X		

¹⁷ Posteriormente ao documento que serviu de base a este gráfico, a CMVM — Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, requereu o seu registo no Instituto do Consumidor ao abrigo da do Decreto Lei n.º 146/99, de 4 de Maio, e da Portaria n.º 328/2000, de 9 de Junho, e foi notificada à Comissão Europeia como entidade cumpridora da Recomendação 2001/310/CE, de 4 de Abril de 2001, passando a integrar as redes europeias horizontal, — EEJ-Net — e vertical — FIN-Net.

¹⁸ O CIMASA, organismo vertical para os seguros automóvel, tem em preparação o seu processo para notificação à Comissão Europeia e, à data, não tinha ainda entrado em funcionamento.

¹⁹ Várias, desde carpinteiros advogados, engenheiros, cabeleireiros, químicos etc.

Sistemas verticais de resolução de conflitos-sectores	O	B	DN	SF	D	IR	I	P	S	NL	UK
Electricidade						X		X ²⁰	X		
Embarcações									X		
Serviços Funerários										X	X
Hospitais										X	
Transportes										X	
Pensões											X

Variam também os diversos sistemas, verticais ou horizontais, consoante o valor²¹, o território e finalmente, quanto a eficácia da decisão.

IV — AS PARTICULARIDADES DOS CONFLITOS DE CONSUMO TRANSFRONTEIRIÇOS

O tratamento diferenciados dado aos conflitos de consumo nos vários países da União Europeia, sendo certo que visam criar modelos de acesso do consumidor à justiça individual dificilmente se encontram numa lógica de mercado interno.

Se o consumidor que adquire um bem no país onde reside conhece os meios ao seu dispor para a resolução de um conflito de consumo — ou, pelo menos, a forma de encontrar a informação sobre os mesmos — tal já não é verdade caso a aquisição seja feita num país diferente.

Entende-se por conflito de consumo transfronteiriço aquele que decorre da aquisição de bens, fornecimento de serviços ou transmissão

²⁰ Posteriormente ao documento que serviu de base a este gráfico, a ERSE — Entidade Reguladora para o Sector Eléctrico, que em breve verá a sua competência alargada para a regulação do gás natural, requereu o seu registo no Instituto do Consumidor ao abrigo do Decreto Lei n.º 146/99, de 4 de Maio, e da Portaria n.º 328/2000, de 9 de Junho, podendo ser efectuada a sua notificação à Comissão Europeia como entidade cumpridora da Recomendação 2001/310/CE, de 4 de Abril.

²¹ Veja-se que entre nós, os Centros de Arbitragem não têm a mesma competência em função do valor embora, tendencialmente, os centros horizontais tenham como limite metade da alçada do tribunais de 1ª instância e os verticais, não estabeleçam limite.

de direitos²² em que o consumidor possua residência habitual em país diferente daquele em que o profissional se encontra estabelecido.

A definição, de ordem prática, num contexto de acesso do consumidor à justiça, pode nada ter a ver com a regras de direito internacional privado: a aquisição de um bordado da Madeira, num estabelecimento no Funchal por um turista finlandês que, regressado de férias, detecta um defeito no bem é um conflito de consumo transfronteiriço.

Tratam-se de conflitos em que, pelo facto de consumidor e profissional se encontrarem em diferentes Estados se relacionam de modo particular acentuando-se o reconhecido desequilíbrio das relações de consumo.

Começando, em muitos casos, pela própria língua em que o negócio é celebrado, o consumidor tem menor conhecimento das regras e práticas vigentes, dos meios ao seu alcance.

Sectores como o turismo e vendas à distância são, por isso, terrenos especialmente férteis aos conflitos transfronteiriços.

A mesma sondagem de opinião a que já nos reportamos supra²³ é expressiva também no tocante à reacção dos consumidores perante um conflito de consumo ocorrido noutra país:

- 8% recorreriam aos tribunais por menos de € 100;
- 3% recorreriam aos tribunais por mais de € 100;
- 6% recorreriam aos tribunais por mais de € 200;
- 12% recorreriam aos tribunais por mais de € 500;
- 14% recorreriam aos tribunais por mais de € 1.000;

Assinale-se que 23% dos inquiridos não responderam a esta questão, 19% declararam que nunca comprariam um produto ou serviço no estrangeiro e 14% declararam que não recorreriam aos tribunais para a resolução de conflitos de consumo transfronteiriços qualquer que fosse o seu valor.

²² Vide definição de consumidor na nota 2.

²³ Eurobarómetro n.º 52.1 sobre os Europeus e o acesso à justiça, in http://www.europa.eu.int/comm/cosumers/policy/developments/a.../acce_just08_fr.htm

Com a circulação de moedas e notas em Euros desde Janeiro de 2002, precipitam-se e evidenciaram-se diferenças que podem contribuir para que os consumidores europeus não usufruam verdadeiramente do mercado único.

É certo que a Convenção de Bruxelas, actualmente vertida em regulamento comunitário²⁴, e a Convenção de Roma²⁵ determinam as regras que, em caso de litígio transfronteiriço relativo a contratos celebrados na União Europeia, deverão ser utilizadas para determinar qual o Tribunal de um Estado Membro que é competente para conhecer o processo (competência judicial) e a legislação nacional aplicável ao contrato (lei aplicável).

Vimos contudo que, sendo o recurso aos tribunais assegurado ao consumidor, não é esse o meio mais adequado para a resolução de uma parte muito significativa dos conflitos de consumo, designadamente dos pequenos conflitos de consumo.

Os esforços que têm sido desenvolvidos com vista a uma harmonização da legislação protectora do consumidor²⁶ abrangem uma parte limitada das relações de consumo e tem tido como base, sobretudo, a transposição de directivas comunitárias o que permite, pelo seu carácter mínimo, um leque assaz “perturbador” de soluções nacionais.

Mesmo o mais consciente e conhecedor consumidor de um Estado Membro se sentirá inseguro e desprotegido em relações de consumo transfronteiriças.

²⁴ Regulamento CE n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, in JO L12, 16/01/2001.

²⁵ Convenção 80/934/CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma), in JO L266, de 09/10/1980.

²⁶ V.g. Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com o consumidor (JO L95, de 21.04.1993, pag.29-34); Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativo a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas (JO L171, de 07.07.1999, pag. 12-15); Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa a viagens organizadas, férias e circuitos organizados (JO L158, de 23.06.1990, pag. 59-64) etc.

Contributo fundamental para a segurança e confiança que se pretende imprimir ao consumidor europeu é a acessibilidade a sistemas extrajudiciais de resolução de conflitos que apliquem rápida e eficazmente o direito e permitam a solução dos conflitos que naturalmente podem surgir.

V — AS RECOMENDAÇÕES COMUNITÁRIAS E A CONSTRUÇÃO DE REDES EUROPEIAS

Numa Europa cada vez mais voltada para as preocupações dos seus cidadãos o direito de acesso a uma justiça acessível e pronta encontrou cedo expressão no seu ordenamento. Com efeito, em 1975, na Resolução de 14 de Abril relativa a um Programa Preliminar para uma Política de Protecção e Informação dos Consumidores, já se previa que a Comissão Europeia desenvolvesse estudos sobre os sistemas de reclamações, arbitragem e resolução amigável de litígios.²⁷

Nas décadas seguintes, a Comissão manteve o seu interesse e apoio à criação e funcionamento de sistemas alternativos de resolução de conflitos²⁸ sempre ciente da importância destes enquanto instrumentos de efectivação dos direitos que, nos diferentes panoramas nacionais e também a nível comunitário, se iam reconhecendo como essenciais a uma melhoria e elevada qualidade de vida dos seus cidadãos.

Sedimentada a construção do mercado interno, competitivo, sem barreiras, tem sido notório que essas conquistas ao nível da oferta não foram acompanhadas pelo estabelecimento das bases necessárias à criação de uma confiança europeia ao nível da procura.

O consumidor europeu não conhece as regras vigentes noutro Estado Membro, receia promover aquisições transfronteiriças ainda que objectivamente mais vantajosas para si.

²⁷ Conf. JOCE C 92, de 25 de Abril de 1975.

²⁸ O primeiro projecto piloto de arbitragem de conflitos de consumo, o do centro de arbitragem de Lisboa, foi um dos projectos apoiado financeiramente pela Comissão Europeia durante largos anos. Também outros Centros como o de Coimbra ou o do Sector Automóvel, têm contado com apoios financeiros da Comissão Europeia que se têm revelado importantes enquanto impulsor complementar da sua actividade.

O consumidor europeu recusa as vantagens competitivas proporcionadas pelo mercado que se construiu, tão mais evidenciadas com a introdução do Euro e o advento do comércio através da *internet*, pois receia os riscos que estas novas realidades introduziram e se os teme a nível nacional admite a sua insolubilidade caso exista uma componente transfronteiriça.

Empenhou-se, então, a União Europeia e os seus Estados Membros a combater os riscos, a espantar os medos e a imprimir confiança ao consumidor europeu.

5.1. Recomendação da Comissão Europeia 98/257/CE, de 30 de Março

Fruto das reflexões e estudos elaborados ao longo dos anos, em 1998 a Comissão Europeia adoptou uma Recomendação²⁹ em que estabeleceu os princípios aplicáveis aos organismos de resolução extrajudicial de conflitos em que exista uma intervenção activa de terceiro, que propõe ou impõe uma solução, geralmente formal, vinculativa ou não.

Tratou-se de um exercício essencial no sentido da fixação de um corpo mínimo de garantias que os organismos de resolução extrajudicial de conflitos em cada Estado Membro deveriam oferecer.

O florescimento de organismos extrajudiciais de resolução de conflitos de consumo podia resultar contraproducente para o consumidor e, em casos extremos, ser ele a causa de uma denegação do acesso à justiça.

Foram sete os princípios expressos e que os organismos de resolução extrajudicial de conflitos de todos os Estados Membros deviam obedecer, a saber: independência, transparência, contraditório, eficácia, legalidade, liberdade e representação.

A observância dos referidos princípios, garante aos consumidores e profissionais um tratamento correcto, equitativo e independente dos conflitos casos, com a vantagem, naturalmente, de uma resolução mais simples e célere que a normalmente oferecida pelos sistemas judiciais.

²⁹ Recomendação da Comissão Europeia 98/257/CE, de 30 de Março.

Estes princípios, os mínimos essenciais para alcançar a confiança mútua neste tipo de procedimentos, em especial, quando as partes se encontrem domiciliadas em diferentes Estados Membros, são em suma os seguintes:

- a. *Princípio da independência* — é estabelecido como garante da imparcialidade de acção do organismo de resolução extrajudicial de conflitos de consumo. A Recomendação não se limita a enunciar este princípio. Antes o desenvolve instituindo efectivas garantias de actuação, quer pela indicação de critérios de escolha do terceiro decisor (capacidade, experiência, competência para função a desempenhar) e composição paritária do órgão decisor, no caso da decisão ser tomada de forma colegial, quer através da previsão de impedimentos e de garantias de inamovibilidade.
- b. *Princípio da transparência* — o organismo deve fornecer informação sobre os tipos de litígio abrangidos, a cobertura territorial e de valor do organismo, o carácter escrito ou oral do procedimento, a obrigatoriedade ou não de comparência e a língua aceite. A informação relativa aos custos do procedimento, as regras e valor das decisões, bem como as sanções no caso do seu incumprimento e as vias de recurso admitidas, deve ser clara e de fácil acesso ao consumidor. A transparência de actuação do mecanismo de resolução alternativa de conflitos, implica igualmente a publicação de um relatório anual que permita a avaliação dos resultados e a identificação da natureza dos litígios mais frequentes.
- c. *Princípio do contraditório* — entendido como a possibilidade do consumidor, bem como do profissional contraparte do processo, dar a conhecer o respectivo ponto de vista ao organismo de resolução do conflito e tomar conhecimento das posições e factos invocados pela outra parte e de eventuais declarações de peritos.
- d. *Princípio da eficácia* — princípio com um relevo importantíssimo na satisfação dos interesses do consumidor, muitas vezes não atingida devido aos problemas específicos que os consumidores conhecem quando pretendem exercer os seus direitos.

Deve-se-á, assim, permitir uma resolução simples e isenta de formalismos rígidos, o acesso do consumidor sem necessidade de representação legal e estabelecer gratuidade do procedimento ou fixação de custos moderados. Os prazos entre a aceitação do caso e a decisão terão necessariamente de ser curtos e o organismo deverá ter um papel activo, podendo considerar todos os elementos úteis à resolução do litígio.

- e. *Princípio da legalidade* — a decisão não pode privar o consumidor da protecção da lei do Estado em cujo território o organismo está estabelecido e, nos litígios transfronteiriços, não pode privar o consumidor da protecção da lei do Estado Membro no qual o consumidor tem residência habitual (art. 5.º da Convenção de Roma, de 19 de Junho de 1980).³⁰ Por outro lado, a decisão deve ser fundamentada e comunicada às partes no mais curto prazo, por escrito ou outra forma apropriada.
- f. *Princípio da liberdade* — a resolução extrajudicial de conflitos de consumo baseia-se na voluntariedade, pelo que a decisão só pode vincular se as partes, previamente informadas, a tiverem aceite expressamente. Como meio de resolução alternativa de conflitos, a adesão do consumidor ao procedimento não pode resultar de compromisso anterior se este tiver por efeito privar o consumidor do direito de recorrer aos órgãos competentes para resolver judicialmente o litígio.
- g. *Princípio da representação* — se do princípio da eficácia decorre a não obrigatoriedade de patrocínio, tal não significa a sua proibição. Pelo contrário. O fazer-se ou não representar no procedimento pertence ao livre arbítrio da parte que podem fazer-se representar ou acompanhar por terceiro em qualquer fase do processo.

Cumpria aos Estados Membros da União Europeia verificar o cumprimento dos requisitos estabelecidos na Recomendação e notificar a Comissão dos organismos nacionais respeitadores desta Recomenda-

³⁰ Convenção 80/934/CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma), JO L266, de 09/10/1980.

ção, por forma a tornar pública e de fácil acesso ao consumidor o seu conhecimento.

Os organismos notificados encontram-se inseridos no sítio de *internet* da Comissão Europeia com vista a assegurar este o acesso à informação.

O objecto de organismos extrajudiciais de resolução de conflitos de cada Estado Membro permite ilações, por exemplo, acerca das respectivas culturas sócio-judiciárias, desenvolvimento económico, bem estar social, estado de maturidade da sociedade civil, cultura empresarial.

Embora a Recomendação apenas visasse os organismos extrajudiciais que propunham ou impunham soluções (vinculativas ou não), alguns Estados Membros notificaram não apenas os organismos no sentido da recomendação mas também esquemas de mediação e conciliação com os quais a recomendação não lida.

As notificações feitas pelos Estados Membros na sequência da Recomendação permitiram uma visão alargada, europeia, do objecto de organismos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, evidenciando contudo outras debilidades.

Desde logo, a grande diversidade de esquemas estruturados pelos Estados Membros, ainda que seguindo o denominador comum estabelecido pela Recomendação, dificulta a informação ao consumidor do esquema correspondente no outro Estado Membro.

A maioria dos organismos de resolução extrajudicial cumula experiência tão só na lide de conflitos nacionais e tem pouca ou nenhuma experiência nos conflitos transfronteiriços.

Acresce que, a eficácia da resolução de conflitos transfronteiriços depende da existência de recursos que permitam manter informação suficiente e aconselhar sobre conflitos transfronteiriços: assistir o consumidor no preenchimento duma queixa, falar a sua língua ou uma língua por ele compreendida, explicitar os direitos e deveres, a eficácia e efeitos da decisão e suas consequências.

É que, contrariamente ao que pode suceder pela aplicação das normas de direito internacional privado que regem as relações de consumo, nos sistemas extrajudiciais o conflito será resolvido pelo sistema mais próximo do profissional. Recorde-se que estes sistemas assentam maioritariamente em esquemas voluntários de resolução alternativa de con-

flitos donde, numa perspectiva pragmática, esse sistema estará mais apto a encontrar uma solução consensual ou impor uma decisão.

No domínio da resolução extrajudicial de conflitos de consumo, o procedimento será provavelmente realizado numa língua diferente da do consumidor e eventualmente sem a sua presença.

5.2. Recomendação da Comissão 2001/310/CE, de 4 de Abril

A Recomendação destinada apenas aos organismos que levavam à resolução de um conflitos através da intervenção de um terceiro que propunha ou impunham uma solução, acabou por deixar de fora uma realidade que, no domínio dos conflitos de consumo, tem uma importância significativa: as entidades que, não propondo ou impondo uma decisão, intervêm no sentido de aproximar as partes em conflito e as convencer a encontrar uma solução de mútuo acordo.

Este procedimento, de mediação, é muitas vezes, aliás, prévio ao procedimento que visa impor uma decisão, coexistindo, assim, no mesmo organismo.

Reconhecendo a existência e importância de outros mecanismos de resolução alternativa de conflitos, como a mediação, a conciliação e os provedores, a Comissão, em 2001, adoptou uma segunda Recomendação dirigida especificamente a estes organismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo que solucionam o litígio por aproximação das partes convencendo-as a encontrar solução de comum acordo e que estabelece, à semelhança da primeira Recomendação, os princípios básicos a eles aplicáveis.

Esta Recomendação não se aplica a mecanismos de recepção de queixas dos consumidores em prática por empresa e em que exista relação directa com o consumidor ou a mecanismos que prestem estes serviços para ou em nome de empresa.

Os princípios consagrados visam assegurar, nomeadamente, a qualidade, equidade e eficácia desses organismos, contribuindo para uma maior confiança do consumidor no mercado.

A segunda recomendação, estabelece critérios menos rígidos, permitindo a criação de mecanismos de resolução de litígios diferentes, ino-

vadores, flexíveis e eficazes. Não obstante, no entanto, estabelece para estes mecanismos princípios comuns aos da primeira recomendação como sejam a imparcialidade, transparência e eficácia, princípios que permitam a criação de um verdadeiro sistema de resolução de litígios.

5.3. A Redes Europeias de Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo.

Durante a Presidência Portuguesa da União Europeia, no primeiro trimestre do ano 2000, o Conselho aprovou uma resolução visando a criação de uma rede comunitária de organismos nacionais responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios em matéria de consumo.

A protecção do consumidor com garantias do seu acesso a uma justiça fácil e pronta, a par duma necessidade de imprimir segurança e confiança no comércio transnacional, pedra fundamental para a sedimentação do mercado interno, exigiam que a diversidade de soluções extrajudiciais encontradas por cada Estado Membro pudessem ter, para o consumidor e profissional que assim o pretendessem, um “*tradutor*”.

À criação de um ponto de contacto nacional único em cada Estado Membro, subjaz, assim, a ideia de simplificação de um sistema que, tendo sido desenvolvido em prole dos consumidores nacionais dos vários Estados Membros pode, pela sua diversidade, confundir o consumidor europeu ao invés de o auxiliar.³¹

A rede EEJ-net, constituída por um ponto de contacto e os organismos de resolução extrajudicial de litígios de cada Estado Membro, foi experimentalmente lançada em Outubro de 2001 pelo Comissário Europeu da Direcção Geral de Saúde e Consumidores e durante a Presidência Belga da União Europeia e é vista como um elemento indispensável para suscitar a confiança dos consumidores facilitando o acesso a meios simples, pouco onerosos e eficazes de resolução de conflitos de consumo transfronteiriços.

³¹ V. anexo I — Lista dos Pontos de Contacto de cada Estado Membro, actualizada em 19 de Fevereiro de 2002.

Decorrido mais de um ano sobre a data de aprovação da Resolução do Conselho que lançou a Rede quase todos os Estados Membros tinham identificado o respectivo ponto de contacto nacional. Em Portugal, a tarefa foi cometida ao Instituto do Consumidor, através do seu Centro Europeu do Consumidor, cuja experiência na resolução de conflitos transfronteiriços e relacionamento institucional com os Centros de Arbitragem de Consumo, a cujas notificações enquanto organismos cumpridores da primeira Recomendação procedeu, é já longa.

À semelhança do que se passa com os organismos de resolução extrajudicial de conflitos, também aqui podemos encontrar uma rede de carácter vertical, a FIN-Net, que abarca fundamentalmente os organismos da área financeira (Banca e Seguros) notificados pelos Estados Membros à Comissão Europeia como cumpridores das Recomendações a que supra aludimos. Esta segunda rede, mais restrita quanto ao número de organismos e matérias abrangidas, tem subjacente uma lógica de cooperação entre os vários organismos com vista à resolução de determinado conflito surgido naquela área.

Horizontal e mais vasta, não apenas em número como em sectores económicos de actividade, incluindo todos aqueles que se encontram na rede FIN-Net, a Rede Extrajudicial Europeia (EEJ-Net) visa, através do designado ponto de contacto, facilitar ao consumidor o acesso ao organismo que, para o seu caso, será o adequado.

Em alguns casos, o próprio ponto de contacto promoverá a mediação do conflito de consumo, podendo vir a transitar a reclamação para um organismo adequado a impor uma decisão caso se frustre a mediação.

A estrutura da EEJ-Net não obsta a que o consumidor apresente directamente a sua reclamação junto dos organismos competentes para a sua resolução, caso em que a intervenção do ponto de contacto será diminuta, ou daquele que estiver mais próximo da sua residência, caso em que este poderá este remeter o processo para o ponto de contacto do Estado Membro em que está sediado o profissional. À EEJ-Net encontram-se ainda ligados a Noruega e a Islândia, sendo previsível para breve a integração de outros Estados Europeus e a ligação a outras redes de características paralelas existentes noutros continentes.

VI — REFLEXÕES FINAIS

Encorajar os consumidores europeus a usufruir do mercado interno passa não apenas pela sedimentação e ampliação dum quadro substantivo protector a nível comunitário e nacional como, muito especialmente, pela criação e apoio a mecanismos de acesso a uma justiça célere e eficaz.

Pese embora se possam cruzar, a conflitualidade de consumo, pelas suas características, encontra-se normalmente apartada dos caminhos e procedimentos tecidos pela justiça tradicional. A sua resolução representa não tanto um potencial esvaziamento dos processos em tribunal mas, outrossim, um efectivo acesso ao direito e à justiça.

As diferentes soluções e sistemas encontrados nos vários Estados Membros têm sido fonte de inspiração e ensinamento mas tornam-se, pela variedade e multiplicação, tendencialmente inacessíveis aos consumidores. Os esforços de conjugação e diálogo de que são exemplo as redes criadas tendo em vista uma melhor informação ao consumidor procuram ultrapassar a diversidade e dificuldades a ele inerentes.

A crescente aposta que a nível nacional e internacional — não apenas comunitário — que tem sido feita nos sistemas alternativos de justiça evidencia o bom e o mau da multiplicação dos sistemas e exigirá, para além das Recomendações e criação de redes, quiçá, outras medidas como sendo a definição global dos métodos e mecanismos; a certificação dos mecanismos com correspondente elaboração de normas técnicas, eventualmente incluindo os sistemas das próprias empresas etc. Contudo, o actual estado de desenvolvimento dos projectos e os estudos em curso, quer ao nível da Comissão Europeia, quer ao nível do Conselho da Europa permitem apenas ter como certo a importância do acesso à justiça e a necessidade em dispôr de mecanismos que o garantam.

É, por certo, oportuno continuar a apoiar o funcionamento e a criação de mecanismos de acesso do consumidor, nacional, europeu, global ao direito e à justiça.

ANEXO I

Pontos de Contacto – “Clearing Houses”

- ALEMANHA** Euro-Info-Verbraucher e.V.
Kinzingstraße 22
D-77694 Kehl
E-mail: *info@euroinfo-kehl.com*
Tel.: +49 7851 991480
Fax : +49 7851 9914811
- AUSTRIA** Europäische Verbraucherberatung
Mariahilfer Strasse 81 — A — 1060 WIEN
E-mail :*europainfo@vki.or.at*
gmentschl@vki.or.at
Internet: *http://www.europakonsument.at*
Tel. : +43 1 588 77 342
Fax : +43 1 588 77 71
- BÉLGICA** Centre Européen des Consommateurs
Rue des Chevaliers 18, 1050 Brussels
E-mail: *karen.ghysels@cec-ecb.be*
info@cec-ecb.be
Tel. : +32/(0)2-517 17 90
Fax : +32/(0)2-517 17 99
- DINAMARCA** National Consumer Agency of Denmark – Forbrugerstyrelsen
Amager Faellvej 56- DK – 2300 Kobenhavn S
E-mail : *cma@fs.dk*
Tel. :+45 32 66 90 00
- ESPAÑA** Instituto nacional del Consumo
Príncipe de Vergara 54 — e- 28071 Madrid
E-mail: *información.redaje@consumo-inc.es*
Tel. : +34 91 431 8225
Fax : +34 91 5780 369

- FINLÂNDIA** Kuluttajavirasto (Konsumetverket, Finnish Consumer Agency)
PL 5 — FIN — 00531 HELSINKI
E-mail: leena.lindstrom@kuluttajavirasto.fi
Internet: <http://www.kuluttajavirasto.fi>
Tel. : +358 9 7726 7826
Fax : +358 9 7726 7557
- FRANÇA** Centre Européen des Consommateurs
Rue B.Delespaul 47 bis — F — 59000 Lille
E-mail : aeic@crc-conso.com (mbenoist@crc-conso.com)
Tel. : +33 3 28 82 89 18
Fax : + 33 3 28 82 89 05
- GRÉCIA** Ministry of Development Consumer Protection Directorate
E-mail: admin@efpolis.gr
Tel. : + 30 1 38 41 773
Fax : + 30 1 38 42 642
- HOLANDA** Foundation of Consumer Complaints Boards
Surinamestraat 24 — NL 2585 GJ The Hague
E-mail: j.nijgh@sgc.nl
Tel. : +31 070 3105310
Fax : +31 070 3658814
- IRLANDA** European Consumer Centre
13a Upper O Connell Street
IRL — Dublin 1
E-mail: info@ecic.ie
Internet: www.ecic.ie
Tel.: + 353 1 8090600
Fax: + 353 1 8090601
- ITÁLIA** Euroguichet, Rome
E-mail: luise@uicc.ch

- LUXEMBURGO** Centre Européen des Consommateurs —
rue des Bruyères 55 — L- 1274 HOWALD
E-mail: *info@euroguichet.lu*
Internet: *http://www.euroguichet.lu*
Tel.: +352 49 60 22-1
Fax: +352 49 49 57
- NORUEGA** The Consumer Council
P.O. Box 4594 Nydalen — N — 0404 Oslo
E-mail: *christina.moestue@forbrukerradet.no*
Tel. : +47 23 400 500
Fax : +47 23 400 501
- PORTUGAL** Centro Europeu do Consumidor
Instituto do Consumidor
Praça Duque de Saldanha 31/3 — P — 1069-013 Lisboa
E-mail: *euroconsumo@ic.pt*
Tel. : +351 21 356 4660
Fax : +351 21 356 4722
- REINO UNIDO** NACAB
The Development Centre, Science Park — Coxwell Avenue
UK — Wolverhampton WV 10 9 RT
E-mail: *EEJ.Net@nacab.org.uk*
Tel. : +44 1902 310 568
Fax : +44 1902 710 068
- SUÉCIA** Konsument Europa
Postal address: Box 16014, S -103 21 Stockholm
E-mail: *info@konsumenteuropa.se*
Internet : *www.konsumenteuropa.se*
Tel. : +46 8 402 42 90
Fax : +46 8 402 42 99

Textos fundamentais:

Nacionais

- Lei n.º 24/96, de 31 de Julho — Lei de Defesa do Consumidor.
- Decreto Lei n.º 146/99, de 4 de Maio — Princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo.
- Portaria n.º 328/2000, de 9 de Junho — Regulamento do Registo das entidades que pretendam instituir procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo através de serviços de mediação, de comissões de resolução de conflitos ou de provedores de cliente.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001, de 21 de Fevereiro — Designa o Instituto do Consumidor para, através do Centro Europeu do Consumidor, desempenhar funções de ponto de contacto nacional (centro de coordenação) da rede europeia de organismos nacionais de resolução extrajudicial de conflitos de consumo

Comunitários

- Recomendação 98/257/CE, de 30 de Março de 1998 — relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (JO L 115 de 17.04.1998, p. 31)
- Recomendação 2001/310/CE, de 4 de Abril de 2001 — relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor (JO L 109, de 19.04.2001, p. 56)
- Regulamento CE n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L12, de 16.01.2001).
- Convenção de Roma — Convenção 80/934/CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (JO L266, de 09.10.1980).
- Resolução do Conselho, de 25 de Maio de 2000 — relativa a uma rede comunitária de organismos nacionais responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (JO C 155, de 6.6.2000, p.1)

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO — A EXPERIÊNCIA DE LISBOA

ISABEL MENDES CABEÇADAS

Directora do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo

1. Introdução

Espero que o nosso contributo nestas Jornadas venha a constituir um estímulo à criação de uma estrutura que, à imagem da experiência desenvolvida em Lisboa, viabilize a aproximação entre o cidadão e a justiça no que à composição de litígios na área do consumo se refere.

Actualmente os sistemas alternativos de resolução de litígios são uma realidade, quer no plano de acção do Governo, quer no plano legislativo. Contudo há 12 anos quando se modelou o Projecto Piloto de Arbitragem de Conflitos de Consumo prevalecia o cepticismo sobre as virtualidades dos sistemas alternativos numa regulação efectiva dos litígios.

Recordo que em Maio de 1991 no Seminário que organizámos subordinado ao tema: "Arbitragem de Conflitos de Consumo, que Futuro?", as intervenções dos participantes — advogados, professores catedráticos e delegados de vários países — tiveram perspectivas distintas e até antagónicas no respeitante à modernização da administração da justiça e desenvolvimento dos meios alternativos. Já que embora reconhecidos os resultados da experiência piloto de Lisboa, o sistema era entendido como simples paliativo do mau funcionamento do sistema judicial.

Contudo no Seminário promovido pelo Centro em Novembro de 1999 “Dos 10 anos de Arbitragem de Conflitos de Consumo à Participação no Mercado Único”, as posições tomadas pelos participantes — Comissão Europeia, Governo, Ordem dos Advogados, Professores e Empresários — foram de total unanimidade quanto à necessidade de desenvolver estruturas que como o Centro de Arbitragem de Lisboa se vocacionaram na resolução, célere e eficaz dos conflitos.

Acessibilidade, proximidade, celeridade, equidade e reparação efectiva ou eficácia são características que hoje se anunciam como formulário para a realização de uma justiça modernizada, que não é mais que uma dívida do Estado para com os cidadãos (art. 20.º Const.).

De referir que a reforma judicial ora preconizada tem não só em conta as pessoas que por razões de natureza económica estão privadas de um conselho na análise dos seus direitos e no exercício dos mesmos (*a informação e a acção*), mas também os casos que pelo seu valor diminuto não têm acessibilidade à justiça.

Nesta exposição reportamo-nos ao acesso à informação e à justiça para os casos que pela sua natureza e valor, dificilmente chegam aos tribunais judiciais — são os conflitos na área do consumo.

2. O Acesso ao Direito e à Justiça na área do Consumo

2.1. A informação

Para que se fale de acesso ao direito há que promover uma informação adequada e neste caso uma informação que facilite o diálogo entre consumidores e empresários, prevenindo conflitos e melhorando o conhecimento dos seus direitos.

Neste âmbito têm as associações de consumidores e os Centros de Informação das Autarquias um papel fundamental no seu dever de veicular mensagens que previnam situações irregulares e de aconselhar à ponderação na tomada de decisões já que com um cidadão bem informado (*enquanto consumidor ou noutra acepção*) melhora-se o seu bem estar e diminui-se substancialmente a litigiosidade e os processos em justiça.

2.2. A Acção Cível

Quanto à conflitualidade existente entre consumidores e empresas também as organizações de consumidores podem intervir como mediadores e em casos de interesse colectivo ou difuso promover “acções colectivas” tendentes ao ressarcimento de prejuízos provocados aos consumidores, *embora a experiência desenvolvida neste campo não seja encorajante*, também pela morosidade da decisão judicial.

Contudo nos casos individuais a situação era (*há 12 anos*) de impasse dado que se as empresas não aceitassem uma resolução por acordo, não era viável às associações apoiar individualmente os consumidores em acções cíveis e mesmo que o fizessem os resultados não seriam atempados por forma a permitir uma adequada regularização da situação.

3. O Projecto Piloto de Arbitragem de Conflitos de Consumo

A **experiência de Lisboa surge em 1989** no âmbito de uma acção específica empreendida pela Comissão, com vista ao melhoramento das condições de acesso à justiça para os conflitos de consumo.

O Projecto Piloto foi assim viabilizado pela iniciativa e convergência de vontades entre a *Comissão Europeia*, a *Câmara Municipal de Lisboa*, a *Associação portuguesa para a Defesa do Consumidor*, o *Instituto do Consumidor* e a *União das Associações de Comércio e Serviços de Lisboa* e consolidado em 1993 com o apoio do *Ministério da Justiça* e das *Secretarias de Estado do Comércio e da Defesa do Consumidor*.

Cumpre referir que ao assumirmos o desafio de desenvolver um projecto piloto de acesso simplificado à justiça, tínhamos consciência de que para que este viesse a ser um sistema alternativo (*à justiça judicial*) deveria estar fundado em princípios fundamentais do Acesso à Justiça — **Acessibilidade, Confiança das partes, Proximidade, Celeridade e Eficácia**.

Analizadas as várias experiências em curso na Europa — Julgados de Paz (*Bélgica e França*) e Arbitragem (*Holanda e Espanha*) — enten-

demos optar pela Arbitragem consideradas as valências da Lei de Arbitragem Voluntária Institucionalizada, que dispensando parte das exigências formais impostas em sede de processo civil, permite a utilização de um procedimento simplificado (**acessibilidade e celeridade**) conferindo às decisões a mesma força executiva que a das decisões dos tribunais de primeira instância (**eficácia**).

4. O Centro de Arbitragem

4.1. Modelo

O modelo adoptado caracteriza-se pela coexistência e interacção de um **Serviço de Apoio Jurídico** e de um **Tribunal Arbitral** que garantem um acesso mais fácil do cidadão à necessária acção de esclarecimento prévio e a uma célere e imparcial composição dos litígios (**proximidade e confiança das partes**).

- O **Tribunal** é permanente e constituído por um único **Árbitro**, designado pelo Conselho Superior de Magistratura, que é simultaneamente Juiz de Direito.
- Ao **Serviço Jurídico** compete apoiar o **Tribunal Arbitral** e nomeadamente:
 - **prestar informação** quer aos consumidores, quer aos profissionais sobre qualquer questão inerente à relação de consumo;
 - **receber directamente as reclamações**;
 - **proceder à triagem** das mesmas e
 - **instruir os processos** com vista às fases conciliatória e de arbitragem.

4.2. Do processo simplificado

Competência

São requisitos necessários à **admissão de um conflito** pelo Centro:

- que o mesmo decorra do fornecimento de bens ou serviços por profissionais a consumidores (*art. 2 da Lei 24/96, de 31 de Julho*);

- que o valor da causa não ultrapasse os 750.000\$00 e,
- que o conflito tenha sido originado em aquisição de bens ou serviços efectuada na cidade de Lisboa

Mediação e Conciliação

Se o conflito apresentado não fôr resolvido pela intervenção dos Juristas Assistentes através de mediação (*entre o prestador de bens ou serviços e o consumidor/reclamante*), são as duas partes convidadas a deslocar-se ao Centro para uma Tentativa de Conciliação e eventual Julgamento.

A **empresa reclamada** ao ser convidada a estar no Centro em dia e hora determinados para a Tentativa de Conciliação e Julgamento, recebe uma cópia de todo o processo e é informada de que **pode contestar por escrito ou oralmente** (*junto do Juiz-Árbitro*) e que, tal como o reclamante, **pode apresentar testemunhas para o Julgamento**.

Efectuada a Tentativa de Conciliação poderá, no decurso desta, ser logrado um acordo que, depois de lavrado em acta, vai ao Juiz-Árbitro para homologação.

Arbitragem

Convenção de Arbitragem (Adesão)

Logo após a Tentativa de Conciliação e caso não tenha sido obtido acordo, podem as partes, mediante convenção de arbitragem, submeter o conflito objecto de reclamação, à apreciação do Juiz-Árbitro.

A Convenção de Arbitragem resume-se à aceitação expressa, quer por parte do reclamante quer do prestador de bens ou serviços, da submissão do conflito à decisão do Tribunal Arbitral.

Esta aceitação quando formulada por parte do prestador de bens e serviços é designada por **Adesão**, podendo ter por objecto um conflito actual (**adesão pontual**) ou referir-se a um qualquer conflito presente ou futuro (**adesão plena**).

Vantagens da Adesão Plena

As empresas com adesão plena ao Centro de Arbitragem figuram numa lista amplamente difundida e têm o direito de afixar nos seus estabelecimentos o símbolo que identifica a sua adesão ao sistema.

A utilização deste símbolo e consequente disponibilidade para submeter eventuais conflitos à apreciação do Juiz-Árbitro, são em si reveladores da abertura das empresas ao diálogo com os consumidores, garantindo a sua confiança e prestigiando o produto que oferecem.

Julgamento Arbitral

O processo é submetido ao Juiz-Árbitro, já instruído com os elementos tidos por necessários (*n.º 5 do Art. 10.º do Regulamento do Tribunal Arbitral*), nomeadamente:

- indicação sumária do objecto do conflito;
- factos alegados pelas partes;
- meios de prova oferecidos;
- fundamentos da pretensão;
- convenção de arbitragem.

De referir que as várias peças do processo são apresentadas através de formulários existentes no Centro, que facilitam a elaboração da reclamação e da contestação, bem como do processo de adesão, afastando-se, assim, algumas exigências formais impostas em sede de processo civil, sem prejuízo dos **princípios fundamentais a observar no processo**:

- as partes são tratadas com absoluta igualdade;
- o reclamado recebe atempadamente cópia da reclamação podendo contestar por escrito ou oralmente perante o Juiz;
- é garantida a estrita observância do princípio do contraditório;
- ambas as partes são ouvidas antes de proferida a decisão final.

No Tribunal Arbitral o depoimento de parte, resulta da própria natureza do processo, já que, em princípio, reclamante e reclamado se sentam, no decurso da audiência de julgamento no Tribunal, frente a frente, iniciando-se este com a apresentação das suas posições no litígio em apreço.

A sentença é oral, (*ditada para a acta*) e proferida desde logo na presença das partes, sendo sucintamente fundamentada, e depois de assinada pelo Juiz-Árbitro é enviada cópia a cada uma das partes,

ficando o original arquivado no Centro (*contendo apenas, os elementos referidos no Art. 23.º da Lei 31/86 de 20/08*).

Representação

As partes podem designar quem as represente junto do Tribunal, embora não seja obrigatória a constituição de advogado e o reclamante/consumidor, quando domiciliado fora de Lisboa, possa estar representado por uma associação de defesa dos consumidores ou por estagiários da Ordem dos Advogados.

Prova e Peritagem

O Juiz-Árbitro não se encontra limitado à matéria articulada pelas partes, assistindo-lhe a possibilidade de fazer uma apreciação livre dos factos e das provas apresentadas e, se entender necessário, suspender a audiência de Julgamento, para que possam ser efectuadas peritagens, recolha de elementos ou quaisquer outras diligências que permitam um melhor esclarecimento dos factos e uma mais adequada decisão.

Prova — pode ser produzida perante o Tribunal qualquer prova admitida em processo civil, embora predomine a prova documental, a confissão e o exame directo por apresentação do bem, objecto do conflito.

Peritagem — as peritagens são efectuadas por técnicos especializados designados pelo Juiz-Árbitro com o acordo das partes, sendo o relatório de peritagem junto ao processo para suporte da decisão final.

Decisão Arbitral

O Juiz-Árbitro julga segundo o direito constituído, mas pode, caso as partes o autorizem, julgar segundo a equidade, pelo que e em resultado, se pode dizer que neste Tribunal predomina não o princípio da verdade formal, mas o da verdade material.

Sem perder de vista ou preterir o direito estatuído é um facto que, dada a aproximação do Juiz-Árbitro das partes, a especificidade dos casos analisados no Tribunal Arbitral, as condicionantes socio-culturais que envolvem a relação de consumo e a inexistência de formalismos

processuais que obstem à apreciação da causa, é permitido ao Juiz-Árbitro promover de forma eficaz a composição dos litígios.

E se outro mérito não tiverem as decisões do Tribunal Arbitral bastará, como vem acontecendo, que determinem uma adequação de comportamentos das partes em conflito e a conseqüente formação de consumidores e prestadores de bens e serviços.

Execução

Em caso de não cumprimento da Sentença do Tribunal Arbitral e uma vez que a mesma é um título executivo, poderá ser apresentada no Tribunal Judicial para execução imediata.

De referir que, após a publicação do Dec-Lei n.º 103/91 de 8 de Março os exequentes estão isentos de preparos e custas na execução para obter o cumprimento das sentenças do Tribunal Arbitral.

5. Resultados — Dados Estatísticos (Nov/89 a Nov/01):

O Centro completou doze anos de actividade no passado dia 20 de Novembro e, por análise dos dados estatísticos verifica-se terem sido beneficiados com a existência do serviço prestado até ao presente, um relevante número de destinatários, sem contar com o benefício indirecto dos profissionais com os quais se resolveram casos através de mediação.

• Informações prestadas	– 28.438
• Processos resolvidos (Sentenças)	– 6.533 – 2.273
• Processos Instruídos (mediação, conciliação e arbitragem)	– 6.944
• Adesões das empresas	– 1.453

6. Virtualidades do Sistema

Considera-se que os resultados obtidos se devem essencialmente aos seguintes factores:

1.º — Eficácia do Processo — quer as resoluções sejam tomadas pela via conciliatória quer pela via arbitral, possuem o mesmo valor das sentenças de tribunal de 1.ª Instância, isto é, são títulos executivos respectivamente nos termos do art. 48.º n.º 2 do C.P.C. e art. 26.º da Lei de Arbitragem Voluntária:

“1 — (...).

2 — A decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.ª instância. “

e,

2.º — Existência de um Grupo Jurídico — que permite uma efectiva triagem dos casos tramitados ao Tribunal Arbitral e respectiva instrução dos processos com um acompanhamento imparcial dos mesmos pela prestação dos esclarecimentos necessários, quer ao consumidor quer ao prestador de bens e serviços.

De referir que o Centro utiliza formulários-tipo, que estão incluídos na base de dados referente a todas as peças do processo e que todos os postos de trabalho funcionam em rede com acesso à informação respeitante a cada processo.

3.º — Tribunal presidido por um único árbitro que é magistrado judicial, já especializado em Direito do Consumo (*nacional e comunitário*).

4.º — Garantia de imparcialidade do procedimento em relação às partes quer na instrução do processo, quer na acção do Tribunal.

5.º — Utilização de um procedimento simplificado que, dispensando a utilização de quase todas as formalidades utilizadas nos tribunais comuns, permite a resolução de conflitos quer pela via consensual, quer pela via arbitral.

6.º — Rigorosa observância do princípio do contraditório, sendo o reclamado informado atempadamente sobre o objecto da reclamação e podendo contestar por escrito ou oralmente e apresentar todos os meios de prova admitidos em processo civil.

7.º — Possibilidade de serem proferidas, em sede de Tribunal Arbitral, decisões de direito ou de equidade (*nos casos em que as partes para tal autorizem o Juiz*).

8.º — Celeridade do Processo dado que entre a admissão da reclamação no Centro e a efectiva resolução do conflito decorre um prazo médio de 40 dias.

9.º — Não existência de custas para qualquer das partes, mesmo na execução devido à comparticipação financeira da Comissão Europeia (*até ao ano 1998*), Ministério da Justiça, Secretaria de Estado da Indústria, Comércio e Serviços, Secretaria de Estado para a Defesa do Consumidor e Câmara Municipal de Lisboa e à **isenção estabelecida por decreto lei para a fase de execução**.

10.º — Convergência neste projecto de entidades públicas e privadas representativas dos consumidores e dos profissionais, bem como dos interesses de uns e outros, como é o caso da Justiça e da Autarquia.

11.º — Proximidade — a aproximação do Juiz das partes permite que a decisão seja melhor compreendida e implicando um envolvimento directo das partes na decisão apela ao seu cumprimento (*“o Juiz que explica o direito às partes”*).

12.º — Índice de Adesão dos comerciantes e prestadores de serviços justificada por:

- a arbitragem ser promovida por um magistrado judicial;
- os Julgamentos serem efectuados segundo o direito constituído (*como no Tribunal Judicial*) a menos que as partes permitam a equidade;
- imparcialidade do procedimento e garantia dos meios de defesa previstos no processo civil;

- convergirem neste projecto, como foi dito, entidades representativas dos comerciantes e dos consumidores, bem como de uns e de outros como é o caso da Autarquia;
- a actividade do Centro se desenvolver num espaço autónomo ao das entidades que o integram;
- a possibilidade de ser anunciada publicamente ou nos contratos celebrados com o consumidor a sua adesão ao sistema arbitral, o que prestigia o produto que oferecem.

7. Cooperação do Centro com outros Organismos Europeus

Considerando que a **abertura de fronteiras e alargamento do Mercado** supõem para o consumidor um acesso tão mais fácil quanto sofisticado a uma diversificação de bens e serviços, torna-se necessário criar meios adequados de informação e resolução de eventuais conflitos com origem em aquisições efectuadas pelos consumidores fora do seu país de residência (*quer directamente, quer por “venda à distância”*).

Entende-se assim que se torna necessário promover o desenvolvimento da cooperação entre várias entidades com competência e reconhecida capacidade para de uma forma **rápida e eficaz proporcionar ao cidadão informação adequada sobre legislação nacional e comunitária**, bem como para **dirimir eventuais conflitos** transfronteiriços

Para realização deste objectivo torna-se indispensável que os Estados-Membros promovam e garantam a validade dos acordos de cooperação entre os vários organismos e que seja assegurado o reconhecimento e execução das suas decisões.

8. O Centro de Arbitragem e a aplicação da Recomendação da Comissão de 30 de Março de 1998

Ao afastar-se das exigências formais impostas em sede de processo civil, o Centro caracteriza-se pela adopção de um procedimento simplificado, **sem prejuízo do cumprimento dos princípios aplicá-**

veis aos organismos extrajudiciais, consignados na Recomendação da Comissão de 30 de Março de 1998, designadamente:

Princípio da Igualdade das Partes :

- na instrução do processo é assegurado às partes um estatuto de igualdade substancial (*e não meramente formal*);
- igualdade no exercício das suas faculdades, assim como no uso de meios de defesa (*meios de prova, apresentação de testemunhas, etc.*).

Princípio do Contraditório e da Oralidade:

- reclamado recebe atempadamente cópia da reclamação e documentos anexos;
- pode contestar por escrito ou oralmente perante o Juiz;
- o Juiz-Árbitro ouve ambas as partes antes de proferir a decisão final.

Princípio da Representação:

- as partes podem designar quem as represente junto do Tribunal;
- não é obrigatória a constituição de advogado.

Princípio da Independência e Imparcialidade:

- Juiz-Árbitro designado por tempo indeterminado pelo Conselho Superior da Magistratura, em função da sua competência e experiência enquanto magistrado;
- existência de um magistrado tem sido garantia de isenção e imparcialidade, merecendo assim a confiança de ambas as partes;
- o Centro é totalmente financiado pelo Governo e pelo Município de Lisboa, funcionando em espaço autónomo ao das entidades representativas dos consumidores e das empresas.

Princípio da Transparência:

- publicação regular de informações na imprensa;
- divulgação de relatórios anuais sobre a acção;
- divulgação dos critérios que regem a actividade do Centro na selecção e tratamento dos casos;

- divulgação do tipo de regras que fundamentam as decisões (*de direito ou de equidade*);
- publicação da jurisprudência (*sem revelar o nome das partes*).

Princípio da Eficácia:

- as decisões têm o mesmo valor das decisões de tribunal judicial de 1.ª Instância, constituindo títulos executivos;
- as decisões não cumpridas podem ser executadas directa e imediatamente no tribunal judicial;
- o tempo médio de resolução de conflitos não excede os quarenta dias.
- a pedagogia das decisões arbitrais na adequação de comportamentos futuros por parte dos consumidores e das empresas (*também em consequência da submissão voluntária do diferendo a Julgamento*).

Princípio da Legalidade:

- as decisões do tribunal arbitral são fundamentadas na lei, designadamente na lei resultante da transposição das directivas comunitárias sobre direito do consumo;
- as decisões podem ser de equidade, desde que as partes o aceitem, não perdendo de vista os princípios do direito constituído.

Princípio da Liberdade:

- antes de aceitar submeter o conflito ao sistema arbitral, as partes são devidamente informadas sobre o procedimento utilizado e do facto de as decisões serem vinculativas para ambas as partes.

Princípio da Verdade Material:

- proximidade do Juiz-Árbitro das partes — maior sensibilidade para as questões a apreciar por conhecimento pessoal e directo;
- dispensa dos formalismos processuais que obstam por vezes à apreciação da matéria de facto.

Para além destes princípios, predominam o **Princípio da Livre Apreciação da Prova e da Celeridade Processual**.

A completar a questão acima suscitada sobre a confiança das empresas no sistema, entendemos que a mesma advém sobretudo da estricte aplicação dos princípios da independência, imparcialidade e do contraditório.

Cumprindo ainda referir que o sistema extrajudicial ora utilizado não pretende substituir o judicial, mas antes servir-lhe de complemento na resolução de litígios que, pela sua natureza e valor, não chegam aos tribunais judiciais. Considerando-se contudo fundamental que estes procedimentos sejam dotados da dinâmica e eficácia necessárias à formulação de decisões em tempo oportuno (*evitando a corrente denegação de justiça porque não atempada*).

É um novo impulso que se espera venha a melhorar a vida das pessoas !

Trabalhos de Estudantes do Curso

OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CERNE DA PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR

ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA
Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito do Consumo

1. O contrato como fonte de obrigações. Sua importância prática. O princípio da autonomia da vontade e a liberdade contratual

O contrato é uma das principais fontes das obrigações, não só porque surge em primeiro lugar ao nível da sistematização do Código Civil (CC) e, porventura, na sucessão histórica dos factos, mas devido também à sua importância prática, sendo “um factor de rejuvenescimento interno do sistema jurídico e de adequação do direito às novas necessidades práticas”¹, sobretudo devido à sua íntima conexão com o princípio da autonomia privada, maxime na sua dimensão de liberdade contratual, um dos princípios informadores do direito dos contratos. Antes, porém, de analisarmos qual o sentido do princípio, importa tecer algumas breves considerações sobre o que são os contratos.

Contrato é o acordo vinculante, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, opostas mas convergentes, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses. A análise do conceito revela-nos

¹ *Pinto Monteiro e Almeida Costa, Parecer sobre o contrato de garantia à primeira solicitação*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo 5.

a sua não coincidência com o conceito homólogo que vigorava ao nível do direito romano clássico. Por um lado, o conceito actual é mais restrito, uma vez que se exige o acordo bilateral dos contraentes, enquanto que para o direito romano seria contrato todo o acordo voluntário gerador de obrigações, fosse ele bilateral, fosse ele unilateral. Por outro lado, ele é mais amplo, dado não ser apenas fonte de obrigações, mas também de direitos reais, relações jurídicas familiares e sucessórias. Note-se, ainda, que as relações obrigacionais constituídas com base num contrato não têm de ter valor pecuniário, bastando que a prestação corresponda a um interesse do credor digno de protecção legal, nos termos do art. 398.º CC, sendo, por isso, o conceito, igualmente, mais amplo que a noção de contrato vigente em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do italiano, onde se define contrato como “o acordo de duas ou mais partes para constituírem, regularem ou extinguírem entre si uma relação jurídica patrimonial.” (art. 1321.º CC italiano)

Um dos princípios estruturantes da disciplina dos contratos é, já o dissemos, o princípio da autonomia privada, que a este nível reveste a forma de liberdade contratual. A autonomia privada é um princípio mais amplo, pois inclui a liberdade de associação, a liberdade de testar, a liberdade de celebrar acordos que não sejam contratos, a liberdade de celebrar negócios jurídicos unilaterais. A liberdade contratual é apenas uma das dimensões da autonomia da vontade. Traduz-se na faculdade que as partes têm de decidir se contratam ou não, de decidir com quem contratar e de conformar, dentro dos limites da lei, o conteúdo dos contratos (cfr. art. 405.º CC). “A liberdade contratual é um corolário da autonomia, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios, a disciplina juridicamente vinculativa dos seus interesses”². Como afirma Messineo³, “a regra da liberdade contratual é o equivalente, no sector do direito, ao princípio da iniciativa privada no domínio da actividade económica.” Não será, por isso, de estranhar que a disciplina dos contratos tenha encontrado tão forte adesão no período do liberalismo, em que se

² Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1996, pag. 243.

³ citado por Antunes Varela, *ob. cit.*

defendia a não intervenção do Estado na vida da sociedade, crente que se estava na “mão invisível” do mercado, que tudo acabaria por regular. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, fortalecem-se os princípios da justiça social, acentuando-se a necessidade de o Estado intervir na própria área dos contratos, anteriormente considerados como “o feudo da livre iniciativa dos particulares”.⁴

Larenz afirma que “o contrato e o princípio da liberdade contratual que a ele anda associado são uma exigência indeclinável da personalidade moral do homem”. Contudo, acrescenta que “para que o contrato possa exercer a sua função é necessário que não haja entre as partes uma relação de supremacia que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições à outra”. O legislador tem de intervir no sentido de esbater as profundas desigualdades que, por vezes, existem entre os contraentes. Surgem, por via disto mesmo, restrições ou limitações ao princípio da liberdade contratual.

São inúmeras as restrições ao princípio da liberdade contratual que poderíamos focar, todas elas animadas por uma ideia de justiça social que se pretende atingir. Preferimos, contudo, restringir o nosso campo de análise, centrando-nos no domínio do direito do consumo, ou melhor, do consumidor⁵, e mais especificamente dos contratos de adesão.

2. Os contratos de adesão

2.1. *A dupla via de restrição da liberdade contratual*

A realidade dos contratos de adesão implica fortes limitações ao princípio da liberdade contratual. E o mais interessante é constatar que tais limitações ocorrem por duas vias:

a) uma via que poderíamos designar de real — ao nível dos contratos de adesão um dos contraentes limita-se a aderir às cláusulas prévia,

⁴ Atunes Varela, Ob. Cit., pag. 240.

⁵ Entendem certos autores ser preferível falar de Direito do Consumidor dado que o ramo do direito em cujos meandros ousamos agora entrar trata não da fase final do processo de circulação de bens, mas das regras e princípios de tutela dos consumidores.

unilateral e rigidamente elaboradas pela outra parte, sem qualquer possibilidade de negociação ou, pelo menos, de negociação relevante. Ele, aderente, não participa na concreta conformação do conteúdo do contrato. Poderíamos pensar que outra dimensão do princípio se mantém em toda a sua plenitude: o contraente aderente continua a ter liberdade de decidir se contrata ou não contrata naqueles termos. Tal entendimento não nos parece, contudo, rigoroso. A grande maioria dos contratos de adesão são celebrados com empresas que detêm no mercado uma posição monopolista ou quase monopolista. No dizer impressivo de Mota Pinto⁶, “o consumidor do bem ou serviço, se não está de acordo com as condições constantes do modelo ou impresso elaborado pelo fornecedor, é livre de rejeitar o contrato. Simplesmente essa liberdade seria ... a liberdade de não satisfazer uma necessidade importante, pois os contratos de adesão surgem normalmente em zona de comércio onde o fornecedor está numa situação de monopólio ou quase monopólio.”

b) uma outra que poderíamos designar de legal — o legislador, consciente dos inúmeros riscos que a celebração dos contratos de adesão importa (risco de desconhecimento das cláusulas, risco de adesão a cláusulas injustas e abusivas), interveio, impondo fortes limitações à liberdade contratual, quer ao nível da formação do contrato, quer ao nível do conteúdo daquele, como resulta da análise do corpo legislativo do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

2.2. *Noção de contratos de adesão. Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais. O DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, suas alterações e o seu âmbito de aplicação. A Directiva comunitária sobre cláusulas abusivas nas relações com os consumidores.*

Ao nível do estudo em que agora nos encontramos é importante não descurarmos o rigor científico e conceitual. Por isso, antes de analisarmos as soluções consagradas pelo já referido DL, importa referir o

⁶ Mota Pinto, *Contratos de adesão — uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XX, 1973, Pag.119 e ss.

que são contratos de adesão e perceber qual o verdadeiro âmbito de aplicação daquele diploma. Eis a razão de ser do ponto expositivo que agora iniciamos.

Os contratos de adesão não identificam um novo tipo contratual, mas um modo negocial de formação do contrato. Em vez do tradicional processo de formação do contrato em que temos uma proposta e uma aceitação, mediadas por uma concreta negociação entre as partes, assiste-se, ao nível dos contratos de adesão, à fixação prévia e unilateral das cláusulas do contrato, às quais a contraparte adere, sem nenhuma negociação, o que não inviabiliza, sublinhe-se, que certos aspectos do contrato possam ser negociados. O recurso à contratação nestes termos “constitui um modo de negociação funcionalmente ajustado às modernas estruturas de produção e negociação”⁷, traduzindo-se, no dizer de Mota Pinto⁸, “numa manifestação jurídica da moderna vida económica”.

Temo-nos referido à realidade que analisamos através da fórmula “contratos de adesão”. O certo, porém, é que não raras vezes a mesma realidade é designada por cláusulas contratuais gerais. A sinonímia entre as duas expressões não é, no entanto, perfeita. Comum entre elas é a elaboração prévia, unilateral e rígida das cláusulas contratuais, a que a outra parte se limita a aderir. Mas, o predisponente pode elaborar tais cláusulas para contratar com uma pessoa determinada ou determinável, segundo certos critérios, e aí estamos perante um contrato de adesão celebrado sem recurso a cláusulas contratuais gerais, ou pode elaborar tais cláusulas para contratar com um número indeterminado de clientes, hipótese em que o contrato de adesão se celebra com recurso a cláusulas contratuais gerais. Donde se depreende que a expressão contratos de adesão é mais ampla que a fórmula cláusulas contratuais gerais. A primeira conta com as características da pré-redacção das cláusulas, da unilateralidade e da rigidez; a segunda conta, para além destas, com as características da generalidade das cláusulas e da indeterminação dos sujeitos a que se dirigem.

⁷ Pinto Monteiro, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in ROA, ano 46, 1986, pag.733 e ss.

⁸ Mota Pinto, ob. cit.

A distinção entre estas duas realidades não é meramente teórica, tendo, pelo contrário, implicações práticas de grande relevo. Quando em 85 o legislador resolveu intervir nesta matéria, fê-lo regulando as cláusulas contratuais gerais (CCG), como facilmente resulta da própria epígrafe do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro. Contudo, em 93 é publicada uma directiva comunitária sobre cláusulas abusivas nas relações com os consumidores (Directiva 93/13/CEE, de 5/4). Nos termos do art. 3.º/1 daquela directiva, relevam como cláusulas abusivas as cláusulas não negociadas, isto é, as cláusulas que tenham sido redigidas previamente e em relação às quais o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. A lei portuguesa não era, pois, suficientemente ampla para abranger todos os casos que a directiva procurava tutelar, pelo menos aparentemente.

O aparecimento daquela directiva levou a que o legislador português tivesse de alterar o DL n.º 446/85, de 25/10. Fê-lo através do DL n.º 220/95, de 31 de Agosto, mantendo, contudo, inalterado o âmbito de aplicação do diploma, embora tenha alterado o art. 3.º, onde se prevêem excepções à aplicação do mesmo. Suscitou-se, em virtude disto, um conflito entre o Estado Português e a Comissão Europeia, só sanado com a alteração, introduzida pelo DL n.º 249/99, de 7 de Julho, ao art. 1.º do diploma sobre CCG. Este DL aplica-se hoje a todos os contratos de adesão, quer tenham sido celebrados com recurso a CCG, quer não tenham. Estamos, porém, convictos de que, já antes da alteração de 99, o DL n.º 446/85, de 25/10, se aplicava a todos os contratos de adesão. E isto por três ordens de argumentos, evidenciados por Pinto Monteiro⁹. A saber:

- a. quando a lei portuguesa foi alterada em 95, foi-o em virtude da directiva comunitária de 93. Não tendo o legislador alterado este ponto e pressupondo, como temos de pressupor, que o legislador é um legislador razoável, somos forçados a concluir que só não o fez porque entendeu que a nossa lei já se aplicava a todos os contratos de adesão.

⁹ Entrevista “Direito do Consumo, Codificação para breve, realizada pela revista *Actualidade Jurídica* com o Professor Doutor Pinto Monteiro, ano 1.º, n.º11.

- b. de acordo com o princípio da interpretação das leis de acordo com o direito comunitário, o DL sobre CCG deveria ser interpretado à luz da directiva comunitária, aplicando-se a todos os contratos de adesão.
- c. até porque essa interpretação não colide com a ratio do DL em causa. A razão decisiva da publicação do DL n.º 446/85, de 25/10, é a ausência de negociações entre as partes, o que acarreta a supremacia de uma delas em relação à outra. Ora, este desequilíbrio é patente tanto nos contratos de adesão celebrados com recurso a CCG, como nos contratos de adesão celebrados sem recurso a CCG.

Já para Cassiano dos Santos, de acordo com o seu ensino oral, o principal fundamento da intervenção legislativa de 85 reside não na concreta ausência de negociações, mas no poder quase legiferante do contraente que fixa as CCG. Daí que fosse necessário alterar a lei portuguesa, de molde a conformá-la com a directiva comunitária.

A controvérsia está hoje ultrapassada, mas a posição defendida por Cassiano dos Santos não deixa de ter algumas implicações de monta que urge salientar. Para este autor, impõe-se interpretar restritivamente o art. 1.º/2 do DL n.º 446/85, de 25/10, no que toca à expressão “destinatário”, ou seja, o DL só deve aplicar-se aos contratos de adesão celebrados sem recurso a CCG com consumidores, mas não entre empresas, dado ser estranho que o legislador português, que de início teve uma intenção restritiva, venha agora regular a matéria de uma forma mais ampla que a exigida pela directiva. Salvo o devido respeito, não cremos que este seja o melhor entendimento, acompanhando neste ponto, como em muitos outros, a posição de Pinto Monteiro, dado que o desequilíbrio entre os contraentes é também notório ao nível dos contratos de adesão celebrados entre empresas sem recurso a CCG. Além do que, o entendimento explicitado só pode ser defendido, contra o que por nós foi dito, por aqueles que entendam que antes de 99 o DL n.º 446/85, de 25/10, só se aplicava aos contratos de adesão celebrados com recurso a CCG.

A argumentação de Cassiano dos Santos, contudo, chama-nos à atenção para um ponto fundamental. Se num determinado sentido a

directiva comunitária podia ser considerada mais ampla que a lei portuguesa, noutro sentido ela era necessariamente mais restrita. O nosso DL sobre CCG não é uma mera lei de defesa do consumidor, aplicando-se igualmente às relações entre empresas e entidades equiparadas, embora o aderente seja comunmente identificado com o consumidor.

Sendo certo que a adequada defesa do consumidor passa pelo controle das condições gerais dos contratos, o que nos leva a afirmar que o DL n.º 446/85, de 25/10, constitui uma das bandeiras fundamentais do movimento de defesa do consumidor, a verdade é que os dois problemas não podem confundir-se. Como refere Pinto Monteiro, “pois se é certo que a necessidade de controlar as condições gerais é maior quando a contraparte da empresa é um consumidor, a verdade é que o problema é mais amplo; não se esgota na protecção do consumidor, evidenciando-se também nas relações contratuais entre empresários”¹⁰.

2.3. A tutela acrescida do consumidor. Noção de consumidor. Referência à lei de protecção do consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho)

A perspectiva do legislador português foi, sem dúvida, a mais correcta ao não identificar o problema da tutela do consumidor com o problema dos contratos de adesão.

Contudo, não deixou de ser sensível ao facto de a adequada protecção do consumidor passar pela restrição da liberdade contratual ao nível das CCG. Não causará, portanto, estranheza que o DL n.º 446/95, de 25/10, pese embora estenda o seu âmbito de aplicação às relações entre empresários, confira uma tutela acrescida ao consumido. Tal é notório não só ao nível do controle sobre o conteúdo do contrato (sendo muito mais amplas as listas de cláusulas absoluta e relativamente proibidas no que tange às relações com consumidores finais), mas também ao nível do próprio controle sobre a formação do contrato, dado que o

¹⁰ Pinto Monteiro, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, in Revista de Derecho mercantil, n.º 219, pag.81, tradução nossa.

dever de comunicação e, sobretudo, o dever de informação, previstos nos art. 5.º e 6.º, respectivamente, daquele diploma, devem ser cumpridos tendo em conta as circunstâncias concretas que envolvem o negócio e as características da contraparte, sendo o consumidor, a priori, uma pessoa menos preparada para compreender o conteúdo e o alcance das cláusulas contratuais. Estas e outras medidas da nossa lei serão cuidadosamente analisadas adiante.

Por ora, importa-nos debruçar sobre a noção de consumidor. Sendo certo que o DL n.º 446/85, de 25/10, não nos fornece tal definição, temos de procurar estabelecer os seus contornos com base noutros diplomas sobre protecção do consumidor.

O art. 2.º/1 da Lei n.º 24/96, de 31/9, diz-nos que se considera consumidor “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a um uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Num sentido amplo, todos nós somos consumidores, dado que todos nós adquirimos bens para satisfazer as nossas necessidades. Assim sendo o conceito coincidiria com o de cidadão, tornando-se a noção inoperatória e não fazendo sentido falar-se de direito do consumidor. Foi com base nesta ideia que o legislador restringiu o conceito, definindo consumidor a partir de três ideias essenciais. A saber:

- i. o consumidor é uma pessoa que adquire bens, direitos ou a quem sejam prestados serviços,
- ii. com base num contrato celebrado com um profissional (agente económico que vise a obtenção de lucros),
- iii. e os afecta a um uso não profissional.

A noção de consumidor é, portanto, uma noção relacional. O consumidor é alguém que entra em negociações com um profissional, ficando bem patente o desequilíbrio de forças entre os contraentes. É este desequilíbrio que justifica a tutela do consumidor. Ao intervir na área do consumo, o legislador procura não conferir privilégios injustificados ao consumidor, mas fazer corresponder a uma igualdade formal uma efectiva e real igualdade material.

Na sua aparente simplicidade, o art. 2.º/1 da Lei 24/96, de 31/7 coloca problemas complexos para os quais a doutrina tem procurado soluções.

A primeira questão que o enunciado daquele preceito levanta prende-se com a qualidade da pessoa que adquire os bens ou a quem é prestado o serviço. Quando a lei fala simplesmente em pessoas tem em mente unicamente as pessoas físicas/singulares ou também as pessoas jurídicas/colectivas? O sentido tradicional da defesa do consumidor aponta para que só as pessoas singulares possam ser tidas como consumidores. Não foi esta a solução do legislador brasileiro que consagrou no art. 2.º do C. Consumidor que “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário geral”. Os termos vagos em que se formula a definição permitem afastar a objecção de que não é possível a uma pessoa colectiva afectar um bem a um uso não profissional. A mesma solução foi consagrada pelo legislador argentino, considerando na Ley de Defensa del consumidor que o consumidor pode ser “una persona física o jurídica”, acrescentando, porém, que o bem se deve destinar a “su consumo final o beneficio proprio o de su grupo familiar o social”. Embora a lei argentina não utilize expressões tão vagas e imprecisas como a lei brasileira, a possibilidade de aquele que se pretende considerar como consumidor afectar os bens que adquire ao uso do seu grupo social permite incluir no conceito de consumidor as pessoas jurídicas, como, aliás a lei, expressamente, o faz. Já no nosso ordenamento jurídico parece difícil defender-se a mesma posição. Uma empresa que adquire um bem está, por certo, a afectá-lo a um uso profissional, até porque, nos termos do art. 160.º CC, a capacidade de gozo de direitos das pessoas colectivas está limitada pelo princípio da especialidade do fim¹¹.

¹¹ Paulo Mota Pinto, contrariando este entendimento, diz-nos que “Não nos parece poder extrair-se um argumento válido para rejeitar a qualificação como consumidor das pessoas colectivas da invocação do princípio da especialidade do fim. Não só se impõe, por várias razões, um entendimento bastante amplo deste princípio, como, a ele ser afectado, apenas estaria em causa a validade dos actos, alheia à qualificação como consumidor.”— Paulo Mota Pinto, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. II, nota 45.

Consumidor será, então, necessariamente, uma pessoa singular, sem que isso obste a que, em determinadas situações, se possam estender as regras próprias do direito do consumidor a certas pessoas colectivas, designadamente quando estejam em causa pessoas colectivas sem competência específica e quando tal se justifique em razão da equidade.

Claro que, já o sabemos, o regime das CCG (ou, mais amplamente, dos contratos de adesão) se aplica tanto às relações com consumidores como entre empresas e entidades equiparadas. Contudo, a protecção dispensada ao consumidor é mais forte (ver, a propósito, o art. 20.º DL n.º 446/85, de 25/10), sendo imperioso saber quando estamos em face de um consumidor.

Outro aspecto que resulta da definição legal de consumidor prende-se com o critério utilizado para qualificar um contraente como consumidor. Este critério é o da finalidade do uso dos bens adquiridos e não o da especialização. Quer isto dizer que se um advogado adquire um computador para o seu escritório, pese embora ele não seja um especialista em material informático, não deve ser considerado um consumidor, uma vez que está a afectar o bem a um uso profissional. Pelo contrário, se B, vendedor de automóveis, comprar um automóvel para seu uso pessoal, estamos perante uma relação de consumo, com tudo o que esta solução possa ter de chocante, já que B é um especialista do ramo. Por isso, Pinto Monteiro entende que, nestes casos, a equidade impõe a não aplicação do regime de protecção do consumidor.

Confrontemos, agora, estas ideias com o disposto no art. 20.º do DL n.º 446/85, de 25/10. O preceito diz-nos que se aplicam as proibições das secções anteriores e daquela secção às relações com consumidores finais e em todas as não abrangidas pelo art. 17.º Ora, o art. 17.º, estabelecendo o âmbito das proibições constantes da secção II daquele diploma, diz-nos que se aplicam nas relações entre empresários e profissionais liberais “quando intervenham nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica”. Ao falar de actividade específica, parece ficar no ar que todos os empresários e profissionais liberais que não actuem no quadro da sua actividade específica devem ser tratados, a este nível, como consumidores, sendo-lhes aplicados os art. 20.º e seguintes do DL n.º 446/85, de 25/10. Quer isto dizer que aquele advogado, ao adquirir o computador para o seu escritório, embora não possa

ser considerado um consumidor, para efeito do regime das CCG, deverá ser tratado como tal, aplicando-se-lhe não só as proibições dos art. 18.º e 19.º, mas também as constantes dos art. 21.º e 22.º daquele diploma. Apesar disto, o facto de ele não ser um consumidor terá as suas consequências, como a seu tempo explicitaremos.

2.4. Os riscos da contratação com base em CCG

Já várias vezes referimos que a contratação com base em CCG, ou, mais genericamente, com base em contratos de adesão, comporta riscos acrescidos em relação ao modelo negocial pressuposto e regulado no CC. Foi esta impositação das coisas que levou o legislador a intervir nesta matéria. Adiamos, uma vez mais, a análise das soluções consagradas pelo DL n.º 446/85, de 25/10, para procedermos à sistematização dos referidos riscos, evidenciados em três planos distintos (planos esses que o legislador acompanhou, estabelecendo três níveis de controle).

- 1) O primeiro risco da contratação com base em CCG verifica-se logo ao nível da formação do contrato. Não havendo negociações entre as partes, o aderente corre o risco de desconhecer as cláusulas a que adere, seja porque elas se encontram disseminadas num longo e extenso texto, seja porque se encontram redigidas em termos técnicos e ele não compreende o seu conteúdo, seja porque, simplesmente, não lê o clausulado, ou por falta de tempo, ou por confiar no predisponente.
- 2) Por outro lado, o aderente pode conhecer perfeitamente as cláusulas a que vai aderir e, não obstante, elas serem abusivas. Argumentar no sentido de que o aderente, tomando conhecimento do carácter abusivo das cláusulas, pode recusar a celebração do contrato é não compreender a verdadeira realidade que está por trás da contratação com base em CCG, porque isso implica, como anteriormente salientámos, que ele deixa de satisfazer uma necessidade de primeira ordem (ou, pelo menos, assim considerada no estado de desenvolvimento da sociedade em que nos encontramos). Refira-se que o fenómeno das cláusulas abusivas não é exclusivo dos contratos de adesão. Sim-

plesmente encontram nestes um terreno fértil para o seu surgimento. Isso mesmo nos diz Ruben Stiglitz¹²: “la clausula abusiva si bien no es una patologia propia y exclusiva del contrato por adhesión, encuentra en él una posibilidad cierta y real de ser incorporada, abierta o subrepticamente.”

- 3) O último problema que os contratos de adesão levantam prende-se com a insuficiência e inadequação dos tradicionais meios de controle. O consumidor, por inércia ou falta de recursos, não reage, na maior parte das vezes, contra uma concreta violação dos seus direitos. E mesmo que o faça, a eventual sentença favorável que obtenha apenas produz efeitos naquele caso concreto.

Consciente destes riscos, o legislador instituiu três níveis de controle para lhes fazer face.

2.5. O primeiro nível de controle. A formação do contrato. Os deveres de comunicação e de informação

Para evitar o risco de desconhecimento das cláusulas inseridas num contrato singular, o legislador impõe, nos termos do art. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10, um dever de comunicação e de informação.

Nos termos do art. 5.º do DL n.º 446/85, de 25/10, o predisponente tem o dever de comunicar ao aderente todas as cláusulas do contrato. Para além de integral, a comunicação deve ser feita com a antecedência necessária e de forma adequada, de modo a garantir um efectivo conhecimento de todo o conteúdo contratual ao aderente.

Não se exige um conhecimento efectivo, mas apenas que o predisponente actue de forma a possibilitá-lo, recaindo sobre o aderente o ónus de actuar diligentemente.

O dever de comunicação que recai sobre o predisponente faz com que as cláusulas tenham de ser redigidas em termos claros e precisos,

¹² Ruben Stiglitz, *Contrato de consumo y clausulas abusivas*, in *Estudios de Direito do Consumidor*, vol. I.

estendendo-se esta exigência aos documentos e anexos que acompanhem o clausulado geral.

A comunicação pode ser feita por meio de avisos e cartazes, desde que respeite os requisitos atrás mencionados.

Este dever de comunicação estende-se, também, à fase contratual, recaindo o ónus da prova de que foi cumprido, tanto no momento da celebração do contrato, como na fase contratual, ao predisponente. A prova tem que basear-se em elementos exteriores ao texto, não sendo suficiente uma cláusula do contrato que diga, por exemplo, “o aderente assinou com pleno conhecimento das cláusulas”, embora ela tenha como efeito útil operar a inversão do ónus da prova.

Caso o predisponente viole o dever de comunicação, mas prove que o aderente conhecia efectivamente a cláusula, ela deve-se considerar integrada no conteúdo do contrato.

Para além do dever de comunicação, a lei impõe, no art. 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10, o dever de informação, espontâneo, relativamente às cláusulas cuja aclaração se justifique (dependendo a sua extensão das circunstâncias do caso concreto entre as quais temos de considerar o facto de já ter havido relações contratuais anteriores entre as partes e o facto de o aderente ser ou não consumidor, pelo que, como já frisámos, também ao nível da formação do contrato a tutela dispensada àquele é acrescida), e provocado. Este dever de informação diz respeito quer ao conteúdo das cláusulas como ao alcance global do contrato, mas não às circunstâncias de facto sobre o bem ou serviço relevantes para a contratação. Embora o predisponente também deva informar o aderente acerca desses factos, esse dever não é imposto pelo art. 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10, mas pelo art. 3.º/d), art. 8.º/1 e 7.º/4 da Lei n.º 24/96, de 31/7 e, em termos mais gerais, pelo princípio da boa fé.

A consequência imediata da violação destes deveres é a exclusão do conteúdo do contrato singular em que se integram das cláusulas não comunicadas ou cujo alcance não foi explicitado, de acordo com o disposto no art. 8.º do DL n.º 446/85, de 25/10. “Esta é também a solução para as cláusulas inseridas no formulário depois da assinatura dos contraentes, bem como as que, pela epígrafe que as precede ou pela apresentação gráfica, passem despercebidas a um contraente normal, colocado na posição do contraente real, obstando-se deste modo, à validade

de cláusulas que suscitem reacções de surpresa, por não lhes ser exigível o seu conhecimento efectivo, ainda que previamente comunicadas”¹³. Na parte restante, o contrato singular mantém-se, com recurso às normas supletivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no art. 239.º CC.

2.6. O segundo nível de controle. O conteúdo do contrato

2.6.1. Noção de cláusula abusiva. Algumas referências de direito comparado

Para fazer face ao segundo risco da contratação com base em CCG (risco de inclusão de cláusulas abusivas nos diversos contratos singulares), o legislador instituiu um controle sobre o conteúdo do contrato, estabelecendo listas de cláusulas proibidas.

Relevantíssimo a este nível é, pois, o conceito de cláusulas abusivas. Este é por certo um conceito de direito, pelo que importará delimitar os seus contornos.

- Directiva 93/13/CEE — art. 3.º/1: “uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência da boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato”
- Ley 7/1998 — (Espanha): “são cláusulas abusivas todas aquelas estipulações não negociadas individualmente que, contra as exigências da boa fé, causem, em detrimento do consumidor, um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das que derivem do contrato”
- Code de la Consommation (França) — art. 132.º/1: “nos contratos celebrados entre profissionais e não profissionais, são abusi-

¹³ Pinto Monteiro, ob. cit.

vas as cláusulas que tenham por objecto ou efeito criar, em detrimento do não profissional ou do consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes do contrato”

- art. 1469 bis do CC italiano (introduzido por força da directiva comunitária atrás referida): “ no contrato concluído entre o consumidor e o profissional, que tenha por objecto a transferência de bens ou a prestação de serviços, consideram-se abusivas as cláusulas que, a despeito da boa fé, determinam a cargo do consumidor um significativo desequilíbrio de direitos e obrigações derivadas do contrato”
- Código do Consumidor brasileiro: considera como abusivas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas inequitas... que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa fé e a equidade.

Em todas estas definições legais é denominador comum a violação da boa fé e a introdução de um desequilíbrio dos direitos e obrigações das partes resultantes do contrato, sendo que tal desequilíbrio tem de ser manifesto ou significativo. Claro que estes dois requisitos não deixam de ser redundantes, com sustenta Ruben Stiglitz¹⁴. Qualquer cláusula que importe um desequilíbrio manifesto entre os direitos e obrigações das partes, em prejuízo do consumidor, implica, necessariamente, o desrespeito pelo princípio da boa fé. Excepto se esse desequilíbrio for justificado pela necessidade de uniformização do processo negocial.

Talvez pela dificuldade de definir o conceito, o nosso legislador optou por não apresentar nenhuma noção legal de cláusula abusiva. Apesar disso, as ideias que resultam da experiência de direito comparado são válidas e legítimas quando temos que em concreto julgar se uma cláusula é ou não abusiva.

¹⁴ Ruben Stiglitz, ob. cit.

2.6.2. *A solução do legislador português. A cláusula geral de boa fé. As cláusulas absoluta e relativamente proibidas*

O legislador português, acompanhando de perto a lei alemã sobre CCG (AGB-GESETZ), elaborou longas listas de cláusulas que considerou absoluta e relativamente proibidas (listas negras e cinzentas), ao mesmo tempo que estabeleceu uma cláusula geral assente na boa fé. E fê-lo separando as relações entre empresários das relações com consumidores finais, denotando-se aqui, como se referiu anteriormente, uma protecção acrescida do consumidor. Enquanto que as cláusulas proibidas nas relações entre empresas e entidades equiparadas são só as que constam dos art. 18.º e 19.º, para além das cláusulas proibidas pelo princípio da boa fé (art. 15.º e 16.º), nas relações com consumidores, além daquelas, por força da remissão do art. 20.º, são também proibidas as constantes dos art. 21.º e 22.º.

Cláusulas absolutamente proibidas são aquelas que são sempre proibidas, e, como tal, nulas se inseridas num contrato singular, nos termos do art. 12.º, independentemente de qualquer valoração judicial. Pelo contrário, as cláusulas relativamente proibidas só o são após valoração judicial. O legislador faz recair sobre elas a suspeita de que são abusivas, mas retarda tal conclusão, remetendo para o tribunal a sua apreciação, de acordo com o quadro negocial padronizado, ou seja, aquilo que é padrão em cada sector de actividade. Isto é, o julgador vai ter de ter em conta o que é normal ao nível daquele tipo contratual e ao nível daquele sector de actividade.

O facto de um contrato não incluir nenhuma cláusula proibida não quer dizer que as suas cláusulas sejam intocáveis, em virtude da existência do filtro da boa fé, nos termos dos art. 15.º e 16.º do citado DL. A valoração feita nestes termos já não tem em conta o quadro negocial padronizado, mas as circunstâncias do caso concreto. É necessário ver se os elementos concretos do contrato chocam com os valores fundamentais do direito. Se uma cláusula afastar o direito dispositivo sem justa causa (e não há justa causa quando tal afastamento não é necessário para a uniformização do processo negocial, nem é necessário ao concreto equilíbrio de interesses), ela está a atentar contra a boa fé.

Se uma destas cláusulas for inserida num contrato singular, ela deve ser considerada nula, nos termos dos art. 12.º e 24.º do DL n.º 446/85, de 25/10, podendo o aderente, uma vez declarada a nulidade, optar pela manutenção do contrato com recurso às normas supletivas. Vigorará, contudo, o regime da redução nas hipóteses do art. 14.º .

2.6.3. As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade ao nível dos contratos de adesão

Como podemos depreender do que ficou dito, são inúmeras as cláusulas que o legislador considerou proibidas, quer em termos absolutos, quer relativos. Embora uma análise pormenorizada de cada uma delas não deixe de ser importante, a envergadura do trabalho a que nos propusemos, associada à escassez de tempo que a todos nos aflige, não permite que tal tarefa possa ser levada a cabo. Referir-nos-emos, unicamente àquelas que consideramos mais importantes, seja pela frequência com que surgem na prática, seja porque os moldes em que o legislador as definiu permitem extrair importantes conclusões acerca de temáticas mais gerais do direito.

Falamos, em primeiro lugar, das cláusulas previstas nas alíneas a), b), c) e d) do art. 18.º do DL n.º 446/85, de 25/10, aplicáveis às relações com consumidores finais por força do disposto no art. 20.º . Trata-se, em todas aquelas alíneas, da proibição, com carácter absoluto, de cláusulas de exclusão da responsabilidade (CER) e de cláusulas de limitação da responsabilidade (CLR). Enquanto nas duas primeiras alíneas se consagra a proibição de CE e CL da responsabilidade extracontratual, nas duas últimas estipula-se a proibição de CE e CL de responsabilidade contratual, restringindo-se, contudo, neste caso a proibição às hipóteses de responsabilidade por dolo ou culpa grave, donde resulta, ao contrário, que serão válidas as CE e as CL da responsabilidade contratual por culpa leve (sem embargo de, em concreto, elas poderem vir a ser consideradas nulas por força do princípio da boa fé). Quem penetre habitualmente nos meandros da problemática das CER e CLR, decerto, compreendeu o alcance do que acabámos de dizer. Há que, no entanto, explicitar o que ficou implícito.

CER são cláusulas que excluem a responsabilidade contratual em que o devedor incorreria em caso de não cumprimento da obrigação (incumprimento, cumprimento defeituoso ou mora), se não fosse a estipulação dessa mesma cláusula. Podem também surgir ao nível extracontratual, destinando-se nesse caso a excluir a responsabilidade pela prática de um determinado acto ilícito. As CLR, por seu turno, surgem como estipulações contratuais destinadas a limitar a responsabilidade do devedor, seja porque a condicionam a um determinado grau de culpa (sendo uma CER parcial), seja porque limitam o montante de indemnização exigível. Tanto as CER como as CLR actuam ao nível da responsabilidade, sem prejuízo do exercício pelo credor dos outros direitos que a lei lhe faculta perante uma situação de incumprimento.

Tem-se levantado o problema da validade de tais cláusulas em face do disposto no art. 809.º CC, que proíbe a renúncia antecipada do credor a qualquer direito que a lei lhe faculte em caso de incumprimento, cumprimento defeituoso ou mora, sendo que um dos direitos que a lei faculta ao credor nestas situações é o direito a uma indemnização, nos termos do art. 789.º CC.

O art. 809.º CC procura evitar que seja desfigurado o sentido jurídico da obrigação, ou seja, evitar que a obrigação civil se transforme numa mera obrigação natural. Entender que isto implica a impossibilidade de se acordarem CER e CLR é não perceber o que verdadeiramente está em causa.

O credor, em face de uma CER, não fica impedido de exigir o cumprimento da obrigação. Só não seria assim se a própria obrigação tivesse sido afastada do conteúdo do contrato, caso em que estaríamos diante não de uma CE, mas de uma cláusula limitativa do objecto do contrato, que não se confunde com aquela. Uma CER não confere ao devedor a faculdade de não cumprir, podendo o credor recorrer à execução específica, lançar mão de uma sanção pecuniária compulsória, exercer o direito de retenção, excepcionar o não cumprimento do contrato, resolvê-lo.

A ser assim, devemos entender que o art. 809.º CC só proíbe as CER por dolo e culpa grave, porque nestes casos, pese embora os outros direitos do credor se mantenham, eles não têm qualquer consistência prática, não passando de uma mera declaração de princípio. De facto, se

o devedor não cumpre deliberadamente, o facto de o credor obter contra ele uma condenação seria mera ilusão. De um ponto de vista material, a diferença de tratamento entre as duas situações também se justifica plenamente, dado que a culpa leve pode ser objecto de um juízo de censura menor, nos termos do art. 494.º CC, a ponto de não chocar com a validade das CER, mas não o dolo ou a culpa grave. Além do mais, as CER por culpa leve não se traduzem numa renúncia antecipada à indemnização, mas no seu condicionamento a um determinado grau de culpa.

O que ficou dito a propósito das CER vale inteiramente para as CLR. Acresce que a lei admite a possibilidade de as partes fixarem por acordo, e antecipadamente, o montante da indemnização, nos termos do art. 810.º CC. Embora a cláusula penal (neste caso, na modalidade de cláusula de fixação antecipada da indemnização) não se confunda com a CLR, pode acontecer que as partes convençionem uma pena de montante inferior ao dano, o que na prática redundaria numa limitação da responsabilidade, expressamente admitida por lei. Note-se ainda, em abono do que vem sendo dito, que o art. 602.º CC permite que as partes convençionem a limitação da responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens, no caso de não cumprimento voluntário da obrigação.

Chegámos ao ponto nevrálgico da nossa exposição. O art. 18.º/c) do DL n.º 446/85, de 25/10, vem fortalecer a interpretação restritiva do art. 809.º CC, ao considerar, a contrario sensu, válidas as CER contratual por culpa leve. De facto, seria um contra-senso que num contrato de adesão, onde as restrições à liberdade contratual se fazem sentir com muito maior acuidade, as CER por culpa leve fossem válidas e num contrato negociado tivessem de se considerar nulas. Galvão Telles defende mesmo que se deve ver naquela alínea do art. 18.º o regime geral das CER e CLR. Embora perfeitamente correcta do ponto de vista da substância das coisas, aquela posição só é defensável se conjugarmos todos os argumentos referidos anteriormente.

O regime das CER e das CLR contratual é, portanto, o mesmo ao nível dos contratos de adesão e dos contratos negociados. Mas esta afirmação só é válida no que diga respeito à responsabilidade por actos próprios ou de auxiliares dependentes. De facto, enquanto o art. 800.º/2 CC considera válidas as CER e as CLR por actos de auxiliares independen-

tes¹⁵, mesmo no caso de responsabilidade por dolo e culpa grave, excepto se contrárias à ordem pública, o art. 18/d) do DL n.º 446/85, de 25/10, restringe a validade das mesmas ao caso de culpa leve.

Também no caso de responsabilidade extracontratual, o DL n.º 446/85, de 25/10, impõe maiores restrições à liberdade contratual. No que concerne aos contratos negociados, é válida a exclusão da responsabilidade extracontratual com fundamento em culpa leve, com base no disposto no art. 494.º CC, até porque a ratio do art. 809.º CC não abrange esta modalidade de CER (o mesmo valendo para as CLR), já que a responsabilidade aquilina não se funda numa qualquer obrigação cuja natureza civil se procura salvaguardar, decorrendo antes da violação de um direito absoluto ou de um interesse legítimo legalmente tutelado. Ora, nos termos do art. 18.º/b) do DL n.º 446/85, de 25/10, consideram-se nulas tais cláusulas, o mesmo se estabelecendo, nos termos da alínea a) daquele artigo, a propósito da violação de direitos absolutos de natureza pessoal.

Neste último caso, porém, a divergência com o regime dos contratos negociados não existe praticamente. O art. 504.º CC determina a nulidade das cláusulas que excluam a responsabilidade do transportador pelos danos na pessoa transportada, donde podemos retirar um princípio de validade geral, nos termos do qual se devam considerar nulas as CER respeitantes a danos pessoais, por razões de ordem pública que se prendem com a defesa da incolumidade da pessoa humana. Quer isto dizer que, por razões de ordem pública, podem vir a ser consideradas nulas as CER e as CLR, tanto contratual, como extracontratual, em determinados domínios da regulamentação jurídica. Um desses domínios é, sem sombra de dúvida, o da protecção do consumidor. Isso mesmo ficou dito no Acórdão do Tribunal Constitucional (Ac. Tc. 153/90, de 13 de Maio), no qual se julgou inconstitucional uma norma do estatuto dos CTT, nos termos da qual se excluía a responsabilidade

¹⁵ o preceito não estabelece a distinção entre actos de auxiliares dependentes e independentes. Contudo, Pinto Monteiro entende que essa distinção não pode deixar de se traçar se tivermos em consideração que são nulas as CER e as CLR por dolo e culpa grave e que, hodiernamente, a maioria das empresas prestadoras de serviços actua por intermédio de assalariados

dos CTT, em relação aos utentes, pelos lucros cessantes, em virtude de ela chocar com o art. 60.º da Constituição da República (CRP), onde se consagra, enquanto direito fundamental, o direito dos consumidores à reparação dos danos. Concluí aquele tribunal afirmando que se as CER são válidas, em princípio, dentro dos limites da culpa leve, nos casos especiais de protecção do consumidor, e por razões de ordem pública, elas devem ser consideradas nulas.

O problema que fica no ar é o da compatibilização do que ficou dito com o regime das CER e CLR ao nível dos contratos de adesão, consagrado no DL n.º 446/85, de 25/10, uma vez que o art 18.º/c) e d) consagra, a contrario, a validade das CER por culpa leve, aplicando-se o preceito, por força do art. 20.º do mesmo diploma, às relações com consumidores finais.

Sendo certo que em relação a uma CER que não seja imposta por via legal (como acontece com a que resulta do estatuto dos CTT) não se pode suscitar o incidente da inconstitucionalidade, também é verdade que não podemos postergar a doutrina consagrada no citado acórdão do Tc. Por isso, embora numa primeira aproximação o DL n.º 446/85, de 25/10, considere válidas as CER e as CLR contratual por culpa leve nas relações com consumidores finais, defendemos que quando esteja em causa um consumidor, no sentido que lhe atribui o art. 2.º/1 da Lei n.º 24/96, de 31/7, se devem considerar nulas tais cláusulas. Claro que o legislador poderia ter previsto expressamente essa nulidade no art. 21.º, ou então poderia ter esclarecido que a interpretação a contrario sensu do art. 18.º/c) e d) não era admissível nas relações com consumidores finais. Não o fez, e bem, em nosso entender. Como referimos anteriormente¹⁶, da articulação do art. 17.º com o art. 20.º resulta que as proibições da secção iniciada por aquele art. 20.º se aplicam também a pessoas que, embora não possam ser consideradas consumidores no sentido técnico do termo, não actuam no quadro da sua actividade específica, sendo em relação a elas válidas as CER e as CLR contratual por culpa leve. Não faria por isso sentido a previsão da nulidade em termos gerais daquelas cláusulas no art. 21.º. Quando esteja em causa um consumidor devemos recorrer à cláusula geral da boa fé, prevista nos art. 15.º e

¹⁶ ver ponto 2.3

16.º, e considerar, pelos motivos explicitados, nulas as CER e as CLR, ainda que restritas ao campo da culpa leve.

2.6.4. A Cláusula penal ao nível dos contratos de adesão

Outra das cláusulas que importa analisar, ainda que sumariamente, é a cláusula penal (CP), em virtude da cada vez maior inclusão deste tipo de estipulações nos contratos standard.

Uma CP é uma estipulação contratual nos termos da qual um dos contraentes se compromete a realizar uma prestação, normalmente em dinheiro, no caso de não cumprimento ou não cumprimento perfeito de uma obrigação contratual, tendo por finalidade a liquidação prévia do dano ou a compulsão do devedor ao cumprimento.

A prestação a que o contraente se obriga nos termos da cláusula penal não tem de ser uma obrigação em dinheiro, nem tem de ter valor pecuniário, bastando que corresponda a um interesse do credor digno de protecção legal, nos termos do art. 398.º CC, colocando-se, no entanto, a questão de saber se ela tem de revestir carácter patrimonial, em face das funções que se imputam à pena, enquanto objecto da CP. Certo é que a pena não tem de ser determinada, bastando que seja determinável, sem que daqui resulte qualquer arbítrio do credor, uma vez que ele terá sempre que se ater, para a determinação da pena, aos critérios fixados pelas partes. Pelo que ficou dito depreende-se, igualmente, que a CP implica sempre a existência de uma obrigação, da qual é acessória. De outro modo não poderia ser, dado que ela não constitui um fim em si mesmo, sendo antes um meio de assegurar o cumprimento de uma obrigação, necessariamente uma obrigação civil, em virtude da impossibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento de uma obrigação natural.

É a obrigação principal, da qual a CP é acessória, que vai co-determinar a estrutura desta, verificando-se uma identidade entre os sujeitos das duas. A promessa tem de ser feita ao credor (ainda que o beneficiário seja um terceiro) e tem de ser feita pelo devedor, sob pena de, sendo feita por um terceiro, não estarmos perante uma CP, mas perante uma garantia.

O terceiro elemento essencial à estrutura da CP é o consentimento, pelo que assume aqui particular relevância o cumprimento dos deveres de comunicação e informação estabelecidos pelos art. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10. Por este motivo não podem ser consideradas CP os avisos constantes de cartazes afixados em grandes superfícies comerciais nos quais se pode ler “qualquer pequeno furto é punido com o pagamento de uma quantia superior ao valor do bem”. Ainda que pudéssemos entender que estávamos perante um contrato de adesão, não poderíamos ver no comportamento da pessoa que entra na loja uma declaração tácita de aceitação. Além do que, a punição de um furto através de penas privadas põe em causa todos os quadros dogmáticos do direito penal. Este argumento, porém, não obsta à admissibilidade das CP estritamente compulsórias porque aí, para além de haver a aceitação do devedor (ainda que consubstanciada numa mera adesão), não se trata de punir a prática de um comportamento penalmente típico, mas de, ao abrigo da liberdade contratual, prever um mecanismo de compulsão ao cumprimento.

Compreendido o alcance da realidade em que agora mergulhamos e compreendida a importância que os deveres de comunicação e de informação, previstos nos citados art. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10, assumem ao nível da estrutura da CP, chegou o momento de analisarmos o art. 19.º/c) daquele diploma, onde se prevê a proibição em termos relativos das cláusulas que “consagrem CP desproporcionadas aos danos a ressarcir”. A proibição está prevista na secção relativa às relações entre empresas e entidades equiparadas, mas aplica-se, por força do art. 20.º, às relações com consumidores finais.

A questão que ousamos formular é a de saber qual a modalidade de CP que está prevista naquela alínea do art. 19.º, levando implícito o reconhecimento da existência de mais do que uma modalidade de CP, contra o que sustentava o pensamento tradicional, que concebia a CP como uma figura unitária que cumpria uma dupla função¹⁷. O escopo

¹⁷ uma função indemnizatória (constituía uma forma de liquidação antecipada do dano, desonerando o credor da sempre difícil prova da existência e extensão dos danos) e uma função compulsória (se em concreto, os danos efectivos fossem inferiores à indemnização fixada, a pena funcionaria como um instrumento de compulsão ao cumprimento)

das partes apenas se revela a posteriori, não relevando para uma diferenciação de modalidades de regimes da CP. A pena tem uma natureza essencialmente indemnizatória, funcionando a função sancionatória por intermédio daquela, até porque, em concreto, ela pode acabar por funcionar como uma limitação da responsabilidade.

Esta concepção está hoje ultrapassada, concebendo-se diversas modalidades de CP, consoante o intuito das partes que presidiu à estipulação da pena. Marco de referência nesta evolução do pensamento jurídico foi o Acórdão de 3 de Novembro de 1983 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), por reconhecer a existência de mais do que uma modalidade de CP, ao não reconduzir a CP fixada pelas partes em litígio à espécie prevista no art. 810.º/1 CC, uma vez que esta surge como uma fixação antecipada da indemnização, enquanto que, no caso concreto, a intenção das partes era meramente compulsória.

Esta posição do STJ mereceu a crítica veemente de Calvão da Silva, por três ordens de razões. A saber: admitir a estipulação de uma CP compulsória era admitir a existência de um sanção pecuniária compulsória imposta pelas partes, o que não é possível em face do art. 829.º -A CC. Além disso, ela seria inadmissível em face do art. 811.º CC, que proíbe o cúmulo da pena com o cumprimento da obrigação e daquela com a indemnização, do mesmo modo que seria fonte de abusos e iniqüidades.

Na esteira do ensinamento de Pinto Monteiro¹⁸, não cremos que estas críticas sejam procedentes. O art. 829.º -A CC, ao conferir ao tribunal a possibilidade de decretar um mecanismo compulsório, não retira às partes num contrato essa mesma possibilidade, até porque o objectivo da lei ao criar aquele mecanismo foi reforçar as garantias de um cumprimento voluntário e não retirar às partes a possibilidade de empregarem mecanismos que visassem o mesmo fim.

Por outro lado, a CP puramente compulsória não é uma fonte de abusos por excelência, podendo tais abusos surgir ao nível da estipulação de qualquer CP, cabendo aí aos tribunais lançar mão dos instrumentos que a lei lhe faculta para obviar a tais situações, nos termos do

¹⁸ *Pinto Monteiro, Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.

art. 812.º CC, aplicável a todas as modalidades de CP e não só à CP de fixação antecipada do dano. Acresce que como o credor sabe que, tratando-se de uma CP compulsória, a pena acresce à indemnização, via de regra, não terá tendência para fixar montantes exacerbados para a pena.

Também o art. 811.º CC não proíbe a estipulação de CP estritamente compulsórias, porque, apesar de a pena acrescer à indemnização, não há uma verdadeira identidade de interesses, não havendo, por isso, nenhuma situação de cúmulo. Pense-se no exemplo de A e B que celebram um contrato de compra e venda de um programa informático, constatando A, no momento em que insere o programa no seu computador, que ele continha um vírus que lhe destroi todo o circuito informático. A continuará a ter interesse no cumprimento perfeito da prestação (a entrega do programa sem vírus) e tem interesse em ser indemnizado pelos prejuízos que sofreu.

É certo que o art. 810.º/1 CC apenas contempla a hipótese da cláusula de fixação antecipada da indemnização, como resulta da redacção do artigo e do art. 811.º CC, só perceptível se a cláusula for aquela, mas nada impede que os contraentes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, nos termos do art. 405.º CC, estipulem uma CP com outra função. Em suma, existem três modalidades de CP:

1. Cláusula de fixação antecipada do montante indemnização.

A pena cumpre a função de liquidação antecipada do dano, substituindo a indemnização, porque é a própria indemnização, evitando-se o moroso e sempre complexo processo de prova dos danos. Em concreto, a pena tanto pode funcionar como uma penalidade como como uma limitação da indemnização, pelo que não se pode afirmar que seja um puro instrumento de tutela da posição do credor. Por isso, este não pode optar por exigir a indemnização em vez da pena. E como a pena surge como um substituto da indemnização, caso o devedor venha provar a inexistência de danos, o direito à pena preclui, dado que o dano é um dos pressupostos do surgimento do direito à indemnização. Advirta-se, contudo, que a CP não funciona como uma mera cláusula de inversão do ónus da prova. Existindo danos, mesmo que eles sejam inferiores ao montante estipulado, o credor tem o direito de exigir a pena, sem embargo de esta poder vir a ser reduzida, quando se verificarem os pressupostos da redução, nos termos do art. 812.º CC. Outro pressuposto do

direito à pena (este comum às outras modalidades de CP, em virtude de a sanção que eles coenvolvem não se poder aceitar se o devedor não tiver agido culposamente, o que permite distinguir a CP, lato sensu, das cláusulas de garantia) é a culpa do devedor, dado que ela é também um dos pressupostos da indemnização.

2. CP puramente compulsória. A pena surge como um plus, como algo que acresce à indemnização ou ao cumprimento coercivo da obrigação, tendo uma finalidade puramente compulsória e não indemnizatória. Daí que seja devida independentemente da existência de danos, não se prescindindo, porém, como referimos no ponto anterior, da culpa do devedor.

3. CP em sentido estrito. Visa compelir o devedor ao cumprimento, distinguindo-se da cláusula de fixação antecipada do dano, que tem uma função meramente indemnizatória. Mas, a pena não acresce à indemnização, antes a substituí, não porque seja a própria indemnização, como em 1., mas porque, por outra via, satisfaz o interesse do credor. A pena constitui uma prestação que o credor pode exigir, em certas condições, em vez daquela que foi inicialmente acordada, configurando esta modalidade de CP uma obrigação com faculdade alternativa. A prestação devida é só uma, sendo essa a única que o credor pode exigir. Todavia, recusando-se o devedor ao cumprimento, o credor está legitimado a reclamar, em alternativa, a pena.

A distinção entre estas modalidades de cláusulas penais não é meramente teórica, implicando a existência de diferentes regimes. Sob pena de extravasarmos o âmbito de análise a que nos propusemos, não podemos ocupar-nos do recorte que deve ser atribuído a cada um dos tipos de CP descritos em termos sumários. Por isso retomamos de imediato a questão que motivou estas já longas considerações: qual a modalidade de CP prevista no art. 19.º/c) do DL n.º 446/85, de 25/10?

- **O problema antes das alterações ao DL n.º 446/85, de 25/10, introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31/8**

O art. 19.º/c) do DL n.º 446/85, de 25/10, consagra a proibição relativa da CP quando desproporcionada aos danos a ressarcir. Pela redacção do artigo, parece que o legislador português se manteve fiel à

perspectiva tradicional, atribuidora de uma função essencialmente indemnizatória à CP, afastando-se, neste ponto da AGB-GESETZ, lei alemã sobre CCG, na qual o nosso legislador bebeu directamente inspiração para a elaboração do diploma sobre contratos de adesão. Só que o que à primeira vista podia parecer claro torna-se nebuloso ao olharmos para o art. 22.º/c) do mesmo DL, na sua redacção originária, que preceitua a proibição relativa de cláusulas que “limitem a responsabilidade de quem as predisponha (...)”.

O art. 19.º/c) está consagrado na secção relativa às relações entre empresários ou entidades equiparadas, aplicando-se, contudo, às relações com consumidores finais por força do disposto no art. 20.º do mesmo diploma. Só que quanto a estas relações existe o art. 22/c), ficando em aberto a questão de saber qual a cláusula abrangida por esta norma. Poder-se-ia pensar que se trata de uma CLR, só que estas cláusulas já se encontram previstas no art. 18.º a) a d), tornando-se inútil e tautológica a hipótese legal. Outra possibilidade era considerar que o art. 22.º/c) se reporta às CLR por cumprimento defeituoso, enquanto o art. 18.º abarcaria as hipóteses de não cumprimento tout court, mas também essa interpretação cai por terra, em virtude de o art. 18.º/c) falar expressamente de cumprimento defeituoso. A única hipótese possível é considerar que as CLR estão previstas nas alíneas a) a d) do art. 18.º ; a CP no art. 19/c), contemplando o art. 22.º/c) as cláusulas de fixação antecipada da indemnização. A ser assim, o DL n.º 446/85, de 25/10, teria acolhido a distinção que a doutrina estabelece entre as diversas modalidades de CP.

• **O problema depois das alterações introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31/8.**

O problema ganha outros contornos depois das alterações introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31/8. Com este DL desaparece a anterior al. c) do art. 22.º . Coloca-se, então, uma questão: estaremos perante uma proibição relativa tentacular, isto é, que engloba todas as modalidades de CP ou, pelo contrário, perante a proibição de uma única modalidade de CP? O critério por que se afere se a cláusula, inserida num contrato singular, é ou não nula (desproporcionalidade entre o montante da pena e o dano a ressarcir) não favorece a função coercitiva. Mas isto não nos conduz de imediato à conclusão de que a CP prevista no art.

19.º/c) é uma cláusula de fixação antecipada do dano. A desproporção existirá também quando a pena seja demasiado baixa, contrariando-se o disposto no art. 811.º CC, esse sim somente aplicável às CP de fixação antecipada da indemnização. Acresce que a proibição está prevista no artigo referente às proibições relativas, o que permite salvaguardar uma eventual função coercitiva da pena.

Propendemos, por isso, a defender que o art. 19.º/c) contempla a proibição relativa de toda e qualquer CP, até porque este entendimento é o que melhor se harmoniza com o que ficou dito no ponto anterior.

No entanto, ainda que o nosso entendimento fosse diverso, considerando que o artigo em causa apenas se refere às cláusulas de fixação antecipada da indemnização, em concreto uma CP em sentido estrito ou uma CP compulsória poderiam vir a ser consideradas nulas em função da cláusula geral de boa fé prevista no art. 15.º e 16.º do DL n.º 446/85, de 25/10. A grande diferença reside em que neste caso o referente de valoração da validade da cláusula já não era o quadro negocial padronizado, mas as circunstâncias do caso concreto.

A inclusão de uma CP proibida num contrato de adesão determina a nulidade da mesma, o que implica uma alteração substancial em relação ao controle a que são submetidas as CP inseridas em contratos negociados. Neste último caso, se a pena estabelecida for manifestamente excessiva (e aqui o critério já não é o da desproporção em relação aos danos a ressarcir), a consequência não será a nulidade da cláusula, que se mantém válida, sendo reduzido o montante da pena, a requerimento do devedor, pelo tribunal, de acordo com a equidade, relevando também aqui a distinção entre as diferentes modalidades de CP.

2.6.5. As cláusulas de perda de direitos e as tradicionais situações de "corte de telefone". Breve referência à Lei n.º 23/96, de 26 de Julho

Decorre do exposto a frequência com que se assiste à inclusão de CP nos contratos de adesão. Frequente é também a inclusão naquelas das chamadas cláusulas de perda de direitos, de que é exemplo a tradicional situação de "corte de telefone" nos contratos de prestação de ser-

viços telefónicos celebrados, sem excepção, com recurso a CCG. Focamos aqui e agora esta problemática porque se tem discutido se poderão cláusulas como estas ser vistas como verdadeiras CP.

Seguindo o ensinamento de Pinto Monteiro¹⁹, e tendo em conta que a pena tem que substituir, dispensar ou acrescentar-se a/à indemnização, cremos não se poder ver nesta cláusula um verdadeira CP, embora deva ser equiparada a esta última para certos efeitos. A suspensão do serviço telefónico, em caso de mora do utente no pagamento desse mesmo serviço, aproxima-se mais da figura da excepção de não cumprimento do contrato, prevista, em termos genéricos, no art. 428.º CC, sendo, por isso, em princípio, válida. Aliás tal mora pode mesmo levar à resolução do contrato, nos termos do art. 801.º e 808.º CC.

A estipulação contratual de uma cláusula que preveja o “corte” do serviço telefónico traduz-se, afinal, na consagração, ao nível do contrato, de um direito que a lei confere em termos gerais. E o DL n.º 446/85, de 25/10, não impede tal estipulação. O único preceito do DL que se refere à excepção de não cumprimento do contrato proíbe a exclusão da possibilidade de se recorrer a tal figura, bem como à resolução do contrato (art. 18.º/f). Por outro lado, o art. 22.º/b) estabelece a proibição relativa das cláusulas que permitam, sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção, resolver o contrato. Contudo, nas situações de “corte de telefone” não estamos perante uma situação de resolução do contrato, mas de invocação da excepção de não cumprimento do contrato. E mesmo que assim não se entenda, o que só por facilidade argumentativa se concede, sendo o corte do telefone motivado pela mora do utente no pagamento do serviço, haveria motivo justificativo para a resolução. Uma cláusula de perda de direitos, assim concebida, é, portanto válida à luz do DL n.º 446/85, de 25/10, excepto se, em concreto, ela for contrária aos ditames da boa fé.

Afirmar como afirmámos que o consumidor não encontra ao nível do DL n.º 446/85, de 25/10, protecção específica relativamente às cláusulas de perda de direitos, e especialmente relativamente às situações de “corte de telefone” (as mais frequentes), não implica afirmar que esta realidade não esteja regulada em termos legais.

¹⁹ Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

Pese embora se diga, e com toda a propriedade que o diploma sobre CCG, ou mais amplamente sobre contratos de adesão, constitui uma das bandeiras do movimento de defesa do consumidor, ele não se identifica, por antonomásia, com toda a protecção àquele dispensada. A Lei n.º 23/96, de 26/7, que estabelece o regime jurídico de protecção do utente de serviços públicos essenciais, consagra no art. 5.º o princípio da continuidade, nos termos do qual, em atenção à natureza pública e essencial dos serviços em causa, estes devem ser prestados de forma regular e contínua, sem interrupções ou suspensões, o mesmo sendo afirmado no art. 7.º do Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone, aprovado pelo DL n.º 240/97, de 18/9. O que não obsta que em certos casos se verifiquem suspensões do serviço (basta que se verifique uma avaria para que tal ocorra), devendo o prestador do mesmo prevenir o utente para a suspensão que se vai operar, mediante pré-aviso adequado, salvo nas situações de força maior ou caso fortuito (como parece ser o caso da avaria há pouco referida). Por outro lado, sempre que o utente incorra em mora no pagamento do serviço, o prestador do mesmo tem legitimidade para suspender a prestação, invocando a excepção de não cumprimento do contrato. No entanto, em atenção à natureza dos serviços aqui em causa, e em nome do princípio da boa fé, que impõe um dever de cooperação entre os contraentes, tal suspensão só deve ocorrer quando a situação de mora o justificar²⁰. Seja como for, o prestador do serviço está obrigado a comunicar a suspensão ao utente, por escrito, com uma antecedência mínima de oito dias, justificando o motivo da suspensão e informando-o dos meios de que dispõe para evitar essa suspensão ou para reiniciar a prestação do serviço. Por último, refira-se que a prestação de serviço não pode ser suspensa em consequência da falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que facturado em conjunto, salvo se “funcionalmente indissociável” do serviço principal prestado.

A Lei n.º 23/96, de 26/7 disciplina, deste modo, este e outros aspectos das relações entre o prestador de serviços públicos essenciais e os utentes dos mesmos, protegendo os últimos de práticas abusivas dos primeiros.

²⁰ Pinto Monteiro, *A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, comunicação proferida no Congresso Ibero-Latino-americano, publicada na Revista de Estudos de Direito do Consumidor, vol. II, pag. 333 e ss., 2000.

A natureza pública essencial do serviço não impõe que seja o Estado ou outra entidade pública a prestá-lo, podendo aquele ser prestado por uma empresa privada a quem tais serviços hajam sido concessionados.

Quanto ao utente, a lei não impõe que ele seja um consumidor, pelo que se poderá dizer que, à semelhança do DL n.º 446/85, de 25/10, a Lei n.º 23/96, de 26/7, não se restringe a uma mera lei de protecção do consumidor, embora esse seja um dos seus principais objectivos, merecendo o consumidor, também a este nível, uma tutela acrescida. Tal é notório ao nível do problema da facturação detalhada²¹, se articularmos a Lei n.º 23/96, de 26/7, com o DL n.º 230/96, de 29/11, que vem estabelecer que a facturação detalhada é fornecida sem qualquer encargo quando o utente do serviço telefónico seja um consumidor²².

Com isto percebemos que o regime jurídico da Lei n.º 23/96, de 26/7, se terá de conjugar com outros diplomas legais, considerando-se aplicáveis, nos termos do art. 12.º daquele diploma, as normas que em concreto se mostrem mais favoráveis ao consumidor. Este princípio do tratamento mais favorável ao consumidor encontra-se igualmente consagrado no art. 37.º DL n.º 446/85, de 25/10.

2.7. O terceiro nível de controle. O nível processual. A acção inibitória

As medidas analisadas até ao momento são de uma importância inigualável, tendo a lei portuguesa sobre CCG sido considerada uma lei modelo na matéria pela Comissão Europeia.

²¹ que entre nós levantou grande controvérsia, na medida em que o direito à facturação detalhada pode colidir com o direito à privacidade, quer do iniciador da comunicação, quer dos destinatários da mesma, já que o titular do telefone terá conhecimento de todas as chamadas efectuadas a partir daquele terminal telefónico, tendo o legislador optado por consagrar tal direito à facturação detalhada em atenção a outros direitos constitucionalmente consagrados, como seja o direito de propriedade privada e o direito à protecção do consumidor

²² desde que haja reclamação sobre uma factura não detalhada ou um pedido escrito do consumidor

Contudo, não basta a consagração de tais medidas para que o consumidor esteja cabalmente tutelado. Como afirma Ihering²³, “o direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma do direito. Ao contrário, o que se realiza como direito é o próprio direito (...). Castanheira Neves reforça esta ideia, afirmando “também no direito a determinação da essência não comprova a existência. O direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática.”²⁴.

O legislador não podia, pois, ficar pela consagração de medidas relativas ao controle sobre a formação do contrato e o seu conteúdo. Tinha de ir mais longe e consagrar medidas que, obviando a inércia e insuficiência de meios do consumidor (que o inibem de reagir contra cláusulas que considerem lesivas da sua posição), permitissem superar a distância eventual entre o “direito nos livros” e o “direito em acção”.

Instituiu, por isso, um controle ao nível processual, consagrando um modo de controle preventivo, a acção inibitória, que pode ser accionada antes e independentemente da inclusão de qualquer CCG num contrato singular, produzindo a sentença favorável, que se obtenha, efeitos para além do caso concreto. O que quer dizer que uma empresa condenada em sede de acção inibitória não poderá voltar a utilizar as cláusulas proibidas num contrato por ela celebrado, ou seja, ela terá de retirar aquela ou aquelas cláusulas das suas condições gerais. Se a empresa não acatar a sentença de condenação, os aderentes poderão sempre invocá-la e aquela poderá ser condenada ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do art. 32.º e 33.º do DL n.º 446/85, de 25/10. Se do lado activo a sentença proferida em sede de uma acção inibitória produz efeitos a favor de qualquer pessoa, do lado passivo, e pela necessidade de se garantir o direito de defesa das restantes empresas, ela só produzirá efeitos em relação à empresa vencida.

A implementação deste sistema de controle a priori não obsta que cada aderente (consumidor, ou não) lance mão do tradicional controle

²³ Ihering, *Esprit du Droit romain*, trad. Franc., III

²⁴ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica — 1, 1993 pag.25

repressivo, cujos efeitos favoráveis se restringem ao concreto caso decidendum. Até porque uma empresa pode não ter sido condenada numa acção inibitória contra si proposta, relativamente a uma cláusula que figure entre as suas condições gerais, tendo o aderente todo o interesse em demandar posteriormente a empresa para que o tribunal declare a nulidade de tal cláusula, que considera lesiva dos seus interesses. Tal é perfeitamente possível se tivermos em conta que o critério de julgamento difere de um caso para o outro. O tribunal pode ter entendido que não havia motivos para retirar a cláusula de todo e qualquer contrato e, não obstante, entender que, no caso concreto, a cláusula deve ser considerada nula.

Importa também referir que, um pouco incompreensivelmente, em 95 o legislador veio permitir que em sede de acção inibitória sejam controladas não só as cláusulas previstas nos art. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, como também as cláusulas que, nos termos do art. 15.º e 16.º, atentem contra a boa fé. Dizemos incompreensivelmente porque em sede de acção inibitória o tribunal profere uma decisão sem ter na base um caso concreto, quando o juízo sobre uma eventual violação do princípio da boa fé pressupõe necessariamente uma valoração das circunstâncias do caso concreto.

Têm legitimidade para propor uma acção inibitória as pessoas elencadas no art. 26.º DL n.º 446/85, de 25/10, o que denota que o legislador foi sensível à questão da inércia do consumidor para reagir. Por isso, torna-se também incompreensível que no art. 13.º/a) da Lei n.º 24/96, de 26/7, se preveja a legitimidade activa do consumidor, isoladamente considerado, para propor acções inibitórias. Advirta-se, como refere Miguel Teixeira de Sousa²⁵, que, apesar de a lei de defesa do consumidor ser posterior ao DL sobre CCG, sendo este um diploma específico sobre a matéria e aquela uma lei geral, o art. 10.º/1 da Lei n.º 24/96, de 26/7, não revoga o art. 25.º do DL n.º 446/85, de 25/10.

Teixeira de Sousa mostra-nos ainda que a legitimidade conferida aos consumidores pelo art. 13.º/a) e b) da Lei n.º 24/96, de 26/7 o é nos

²⁵ Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre a Tutela Jurisdicional do Consumo e do Ambiente*, Texto das Lições ao 3.º Curso de Pós-graduação em Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, pag.7 e ss.

termos da lei de acção popular (Lei n.º 83/95, de 31/8), concebendo-se esta acção inibitória como uma acção popular, mas já não nos casos de ser proposta pelo Ministério Público ou pelo Instituto do Consumidor.

3. Conclusão

Analisámos algumas das soluções que o nosso legislador implementou para protecção do aderente e mais especificamente do consumidor, parte de um contrato de adesão. A bondade material destas soluções é inegável. Cabe agora aos juízes e demais profissionais do foro aproveitar as potencialidades oferecidas por este volumoso acervo de diplomas, de modo a encontrarem soluções justas e a garantirem uma efectiva protecção dos consumidores. A todos nós cabe o papel de consciencializar os consumidores para os seus direitos, para que eles se possam efectivar e não passem de mera declaração de princípio.

Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA/CORDEIRO, MENEZES, *Cláusulas Contratuais gerais*, anotação ao DL n.º 446/85, de 25/10, Coimbra, 1986
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA/ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Garantias Bancárias — O Contrato de garantia à primeira solicitação*, parecer publicado na CJ, ano XI, tomo V, pag.17 e ss., 1986
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *A protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, Estudos de Direito do Consumidor, vol. II, pag. 333 e ss., Coimbra, 2000
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Contratos de adesão: regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85, de 25/10*, in ROA, ano 46, 1986, pag.733 e ss.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas de responsabilidade civil*, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró, Coimbra, 1990
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, 1985

- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1990
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Direito do Consumo — codificação para breve*, Entrevista concedida à Revista de Actualidade Jurídica, ano I, n.º 11
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 219, Madrid, 1996
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, BFD, Coimbra, 1993
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, RDES, ano XX, pag.119 e ss.
- PINTO, PAULO MOTA, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A directiva 1999/44/CE e o direito português*, Estudos de Direito do Consumidor, vol. II, pag.197 e ss., Coimbra, 2000
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, pag.27 a 96
- SOUSA, MIGUEL TELXEIRA DE, *Sobre a tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente*, Textos das lições ao 3.º curso de pós-graduação em direito do consumo da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 2000-2001-04-29
- STIGLITZ, RUBEN S., *Contrato de Consumo y Clausulas abusivas*, Revista de Estudos de Direito do Consumidor, vol. I, pag.307 e ss., Coimbra, 1999
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Direito do Consumo*, Revista de Estudos de Direito do Consumidor, vol. I, pag.392 e ss., Coimbra, 1999
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I e II, 9.º edição, actualizada e revista, Coimbra, 1996

Legislação Nacional e Comunitária

LEGISLAÇÃO RELEVANTE NA ÁREA DO DIREITO DO CONSUMO 2001

CAROLINA CUNHA

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Decreto-Lei n.º 51/2001, de 15 de Fevereiro

Alteração ao Código da Publicidade

Altera o Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, com as subseqüentes modificações), acrescentado ao artigo 17.º, relativo à publicidade a bebidas alcoólicas, um novo número. A nova disposição (o actual n.º 3 do artigo 17.º) vem esclarecer que, para efeitos do período no decorrer do qual está proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, a hora a considerar é a hora oficial do local de origem da emissão.

Este aditamento visa aplanar os obstáculos que a coexistência de dois fusos horários no território nacional é susceptível de impor, em determinadas circunstâncias, à aplicação efectiva do princípio da igualdade de acesso de todos os consumidores a serviços de interesse geral, nomeadamente ao serviço de televisão. Pretende-se, deste modo, uma correcta ponderação dos interesses em presença — isto é, por um lado, o direito dos consumidores a aceder, em simultâneo e em condições de

igualdade, à programação televisiva disponibilizada pelos canais públicos e privados e, por outro, o direito à regulamentação da publicidade.

A medida também se reputa adequada à superação das dificuldades na aplicação uniforme do Código da Publicidade.

Decreto-Lei n.º 332/2001, de 24 de Dezembro

Alteração ao Código da Publicidade

Na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 166/2000, de 29 de Novembro, que aprovou o Plano de Acção contra o Alcoolismo, foi estabelecido um amplo conjunto de orientações e medidas a tomar em áreas como a promoção e educação para a saúde, o tratamento e a investigação dos problemas relacionados com o álcool, sem esquecer a elaboração de legislação e respectivas regras de fiscalização.

Atenta a relevância da publicidade como factor de comunicação e o efeito persuasor que exerce junto dos consumidores mais jovens e menos aptos a descodificar a sua mensagem, o Plano determina, em concreto, a adopção de medidas que visam assegurar a protecção destes consumidores.

Assim, o Decreto-Lei n.º 332/2001, de 24 de Dezembro, vem alterar ao Código da Publicidade (artigos 17.º e 39.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro), consagrando a proibição do patrocínio por marcas de bebidas alcoólicas de quaisquer actividades desportivas, culturais ou recreativas praticadas por menores e prescrevendo o alargamento do período de proibição de transmissão de publicidade na rádio e na televisão.

Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril

Alterações ao regime da responsabilidade do produtor

Introduz diversas modificações na disciplina da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos (Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro), com o objectivo de proceder à transposição da Directiva 1999/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio.

O legislador alarga o princípio da responsabilidade objectiva a todos os tipos de produtos, incluindo os produtos e matérias-primas agrícolas ou os produtos da caça. Considera-se que a responsabilização do produtor ou do importador de tais produtos, independentemente de culpa, contribui para aumentar o nível de protecção dos consumidores e restaurar a sua confiança na segurança da produção agrícola, ao mesmo tempo que estimula os produtores e os importadores a respeitar escrupulosamente as normas e medidas de protecção aplicáveis e a adoptar uma atitude responsável no que toca à segurança das matérias-primas agrícolas.

Em paralelo, estima-se que a uniformização do regime da responsabilidade objectiva das matérias-primas agrícolas em todos os países da União suprima os riscos de distorção da concorrência no mercado único, tal como resultaria das disparidades entre os regimes de responsabilidade previamente aplicáveis, bem como as dificuldades resultantes da determinação precisa da fronteira entre as matérias-primas agrícolas e os produtos transformados.

Na mira de uma cada vez maior defesa dos interesses dos consumidores, elimina-se o limite máximo de indemnização a aplicar no caso concreto. Tal circunstância justificou um prazo de *vacatio legis* especial, de molde a permitir a eventuais interessados a adopção de medidas convenientes para a salvaguarda dos seus interesses, designadamente no que se refere aos respectivos contratos de seguro.

Procedeu-se à actualização do valor da franquía, isto é, do limite mínimo a partir do qual os danos em coisa diversa do produto defeituoso serão ressarcíveis (500 euros).

Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril

Novo regime dos contratos celebrados a distância, das vendas ao domicílio e equiparadas, das vendas automáticas e das vendas especiais esporádicas

O crescente aumento de situações de venda de bens ou de prestação de serviços fora de estabelecimentos comerciais, com ou sem a presença física do vendedor, bem como o surgimento de novas modalidades comerciais terão conduzido à reformulação e ao aprofundamento do

conteúdo do anterior texto legal, com o objectivo de o adequar à actual realidade económica e assim contribuir para uma maior transparência das relações comerciais e para uma melhor protecção do consumidor.

Em simultâneo, o legislador procedeu à transposição da Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância.

Assim, além de se estabelecer um novo enquadramento legal para os contratos celebrados a distância e no domicílio, introduziram-se regras específicas para as vendas automáticas e especiais esporádicas, com vista a assegurar os direitos do consumidor — quer no que se refere à informação prestada e à identificação do vendedor, quer no que se refere ao objecto do contrato e às condições da sua execução.

Proibiram-se determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços assentes em processos de aliciamento enganosos ou em que o consumidor possa, de alguma forma, sentir-se coagido a efectuar a aquisição.

Decreto-Lei n.º 148/2001, de 7 de Maio

Alterações ao regime da publicidade a serviços de audiotexto

Altera o Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, que regula a publicidade a serviços de audiotexto.

As modificações pretendem reforçar o direito à informação dos consumidores e a protecção dos menores, contribuir para melhorar a relação de confiança estabelecida entre o prestador do serviço de audiotexto e o utilizador e fomentar uma maior transparência no exercício da actividade.

Proíbe-se a publicidade a serviços de audiotexto dirigida a menores, sob qualquer forma e através de qualquer suporte publicitário, nomeadamente integrada em publicações, gravações, emissões ou qualquer outro tipo de comunicações que lhes sejam especialmente dirigidas.

Estatui-se que a informação relativa ao preço dos serviços seja fornecida ao consumidor em caracteres iguais, em tipo e dimensão, aos uti-

lizados para a divulgação do número de telefone da linha de audiotexto. Tratando-se de mensagem publicitária transmitida pela televisão, a informação relativa ao preço deve ser exibida durante todo o tempo em que decorre a mensagem publicitária.

Determina-se que qualquer comunicação visando directa ou indirectamente promover a prestação de serviços de audiotexto identifique de forma expressa e destacada o seu carácter de comunicação comercial, proibindo-se, designadamente, que assuma teores, formas e conteúdos susceptíveis de induzir o destinatário a concluir tratar-se de uma mensagem de natureza pessoal.

Acrescentam-se ao regime anterior regras específicas no que toca à realização de concursos através do sistema de audiotexto, sobretudo no que toca à informação ao prestar ao utilizador

O legislador aproveita ainda o ensejo para actualizar o valor das coimas previstas no diploma anterior.

Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto

Alterações ao regime dos serviços de audiotexto

Altera diversos diplomas com implicações na prestação de serviços de audiotexto — o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, que regula o regime de acesso e exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto; o Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro, que aprova o Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone; e o Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, que regula a publicidade aos serviços de audiotexto.

Impõe-se aos prestadores de serviços de suporte que garantam, como regra, o barramento, sem quaisquer encargos, do acesso aos serviços de audiotexto. O acesso a tais serviços só poderá ser activado, genérica ou selectivamente, após requerimento expresso efectuado pelos clientes.

A única excepção é a dos 'serviços de audiotexto de televoto', cujo acesso é automaticamente facultado ao utilizador a partir do momento da entrada em vigor do contrato celebrado com o prestador de serviço de suporte.

Portaria n.º 81/2001, de 8 de Fevereiro

Indicação das entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas

Actualiza a lista das entidades autorizadas a realizarem arbitragens voluntárias institucionalizadas, revogando a Portaria n.º 1206/97, de 6 de Novembro.

Dá corpo à imposição efectuada ao Ministro da Justiça pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro (que estabelece os requisitos de criação de centros de arbitragem com natureza institucionalizada), através da publicação (anual) da lista actualizada das entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas.

Da lista constam 25 entidades.

LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA

Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial

Ao regular a matéria da competência judiciária, estabelece critérios especiais no que respeita aos contratos celebrados por consumidores.

Como regra, atribui ao consumidor a faculdade de intentar uma acção contra a outra parte, seja perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território está domiciliada essa parte, seja perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio. Já a outra parte só pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro do domicílio do consumidor.

Recomendação da Comissão de 1 e Março de 2001, relativa às informações a prestar pelos credores aos utilizadores antes da celebração de contratos de empréstimo à habitação

Considerando que a área dos empréstimos à habitação constitui uma área dos serviços financeiros em que os utilizadores podem bene-

ficiar substancialmente do aumento da actividade além-fronteiras, desde que vigorem medidas de protecção adequadas, reputa a Comissão fundamental que as informações prestadas antes da celebração de contratos de empréstimo à habitação sobre os termos e as condições aplicáveis na Comunidade sejam transparentes e comparáveis.

Para tal, há que instar os mutuantes a prestar aos utilizadores dois tipos de informação harmonizada: informações de carácter geral e informações de carácter personalizado, as quais devem ser fornecidas em formato normalizado, a designar por «Ficha Europeia de Informação Normalizada». A Comissão encarregar-se-á de criar um registo central de mutuantes, indicando se aderiram ou não ao código proposto.

Os Estados-Membros e os mutuantes que concedam crédito à habitação são convidados a observar a Recomendação o mais tardar a partir de 30 de Setembro de 2002.

Recomendação da Comissão de 4 de Abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor

Esta Recomendação, que tem por destinatários os Estados-Membros, enuncia e densifica os diversos princípios a respeitar pelos organismos habilitados para a resolução extrajudicial dos litígios de consumo — os princípios da imparcialidade, da transparência, da eficácia e da equidade.

Resolução do Conselho de 26 de Novembro de 2001, relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores

Considera que é necessário que uma eventual cooperação europeia em matéria de estudo e prevenção do sobre-endividamento possa basear-se em informações regulares e rigorosas, tanto estatísticas como económicas, jurídicas ou sociológicas, que poderiam apoiar-se, nomeadamente, nos dados recolhidos no âmbito dos trabalhos efectuados em matéria de indicadores sobre a pobreza e a exclusão social, bem como sobre os rendimentos e as condições de vida.

Com vista à realização de tal objectivo, convida os Estados-Membros e a Comissão a analisar as vias e meios para garantir o acompanhamento da evolução do endividamento e do sobre-endividamento dos consumidores no âmbito do mercado interno, graças a uma troca de informações, nomeadamente em relação ao nível de endividamento e às boas práticas.

DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 1999/44/CE PARA O DIREITO AUSTRIACO*

Lei Federal que altera o direito da garantia no Código Civil e na Lei de Protecção do Consumidor, bem como a Lei do Contrato de Seguro (Lei de alteração do direito da garantia [*Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz — GewRÄG*^{NT}])

O Conselho Nacional decidiu:

Artigo I Alterações ao Código Civil

O Código Civil (*JGS* n.º 946/1811^{NT}), alterado por último pela lei federal publicada na *Bundesgesetzblatt*^{NT} n.º 135/2000, é alterado da seguinte forma:

1. O § 922, incluindo epígrafe, passa a ter a seguinte redacção:

* Tradução realizada para o presente n.º dos *Estudos de direito do consumidor* pelo Dr. Paulo Mota Pinto.

^{NT} Designação abreviada do diploma, que consta da versão oficial publicada.

^{NT} Trata-se, como se sabe, do *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1811.

^{NT} Jornal oficial federal austríaco.

“Garantia**§ 922**

1 — Quem transmite onerosamente a outra pessoa uma coisa garante que ela é conforme com o contrato. O transmitente é também responsável por que a coisa tenha as qualidades convencionadas ou habitualmente pressupostas, por que ela corresponda à sua descrição, a uma amostra ou a um modelo, e por que possa ser utilizada segundo a natureza do negócio ou o acordo havido.

2 — A conformidade da coisa com o contrato é apreciada também segundo o que o adquirente pode esperar com fundamento nas declarações públicas sobre a coisa efectuadas pelo transmitente ou pelo produtor, sobretudo na publicidade e nas indicações que acompanham a coisa. Isto vale também para declarações públicas de uma pessoa que importou a coisa para o espaço económico europeu, ou que se apresentou como produtor pela aposição na coisa da sua firma, da sua marca ou de outro sinal distintivo. As declarações públicas referidas não vinculam, porém, o transmitente, se ele não as conhecia nem devia conhecer, se elas haviam sido corrigidas por ocasião da conclusão do contrato, ou se não podiam ter influenciado esta.”

2. O § 924, incluindo epígrafe, passa a ter a seguinte redacção:

“Presunção de defeito**§ 924**

A garantia do transmitente abrange os defeitos que existiam no momento da entrega. Tal existência presume-se se o defeito se manifestar dentro dos seis meses posteriores à entrega. A presunção não existe se for incompatível com o tipo de coisa ou de defeito.”

3. O § 932, incluindo epígrafe, passa a ter a seguinte redacção:

“Direitos resultantes da garantia**§ 932**

1 — Por causa do defeito, o adquirente pode exigir o aperfeiçoamento do cumprimento^{NT} (reparação ou entrega do que estiver em

^{NT} Trata-se da *Verbesserung*, incluindo tanto a *Nachbesserung* como o *Nachtrag des Fehlenden*.

falta), a substituição da coisa, uma redução adequada da contraprestação (redução do preço) ou a resolução do contrato (*Wandlung*^{NT}).

2 — Em primeiro lugar o adquirente pode exigir apenas o aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição da coisa, a não ser que um deles seja impossível ou acarrete para o transmitente custos desproporcionadamente elevados, em comparação com a outra solução. A desproporção é avaliada também segundo o valor da coisa livre de defeitos, a gravidade do defeito e os inconvenientes da outra solução para o adquirente.

3 — O aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição devem ser efectuados num prazo razoável e com os menores inconvenientes possíveis para o adquirente, devendo tomar-se em conta o tipo de coisa e o objectivo prosseguido com ela.

4 — Se tanto o aperfeiçoamento do cumprimento como a substituição forem impossíveis ou acarretarem para o transmitente custos desproporcionadamente elevados, o adquirente tem o direito à redução do preço, ou, desde que não se trate de um defeito insignificante, à resolução do contrato. O mesmo vale se o transmitente recusar o aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição ou não os efectuar em prazo razoável, se estas soluções acarretarem inconvenientes significativos para o adquirente ou se não lhe puderem ser exigidas por motivos fundamentados, relativos à pessoa do transmitente.”

4. O § 933, incluindo epígrafe, passa a ter a seguinte redacção:

“Prescrição

§ 933

1 — O direito à garantia tem de ser exercido no prazo de três anos, se se referir a coisas imóveis, e no prazo de dois anos, se se referir a coisas móveis. O prazo começa a correr no dia do envio da coisa. No caso de defeitos de direito, porém, só começa a correr no dia em que o adquirente tomar conhecimento do defeito. As partes podem convencionar um encurtamento ou um prolongamento destes prazos.

^{NT} O texto da lei refere-se à *Aufhebung des Vertrags* (que seria, à letra, “revogação do contrato”), precisando, entre parêntesis, que se trata da *Wandlung*. À falta de tradução exacta para este termo, optou-se por manter a designação em língua alemã.

2 — No caso de defeitos de animais, o prazo é de seis semanas. No caso de defeitos para os quais exista uma presunção durante um certo período de tempo, este prazo apenas começa a correr depois do seu termo.

3 — O adquirente mantém, em qualquer caso, a possibilidade de invocação do defeito por via de exceção, desde que o tenha denunciado ao transmitente dentro dos prazos referidos.”

5. A seguir ao § 933 são aditados os seguintes §§ 933a e 933b, incluindo epígrafes:

“Indemnização

§ 933a

1 — Se o transmitente for culpado pelo defeito, o adquirente pode também exigir uma indemnização.

2 — Com fundamento no próprio defeito, o adquirente pode em primeiro lugar exigir, também por via indemnizatória, apenas o aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição. Pode, porém, exigir uma indemnização em dinheiro quando tanto o aperfeiçoamento do cumprimento como a substituição forem impossíveis ou acarretarem para o transmitente custos desproporcionadamente elevados. O mesmo vale se o transmitente recusar o aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição ou não os realizar num prazo razoável, se estas soluções acarretarem inconvenientes significativos para o adquirente ou se elas não lhe puderem ser exigidas por motivos fundamentados, relativos à pessoa do transmitente.

3 — Decorridos dez anos a contar da entrega da coisa, incumbe ao adquirente o ónus de provar a culpa do transmitente para exercer uma pretensão indemnizatória por causa do próprio defeito e por causa dos danos subsequentes, causados por aquele.”

“Direito especial de regresso

§ 933b

1 — Se um empresário tiver respondido perante um consumidor em consequência da garantia, pode, mesmo depois de terminados os prazos do § 933, exigir a garantia ao seu transmitente, se este também for empresário. O mesmo vale para transmitentes anteriores em relação

aos respectivos transmitentes, se eles também tiveram de responder perante o adquirente por causa dos direitos resultantes da garantia para o último comprador. A pretensão é limitada ao montante das despesas que o próprio tiver efectuado.

2 — As pretensões referidas no n.º 1 devem ser exercidas judicialmente no prazo de dois meses a contar do cumprimento das obrigações resultantes da garantia. A responsabilidade do obrigado ao regresso prescreve, em qualquer caso, cinco anos depois da realização da sua prestação. O prazo suspende-se pela citação, durante o tempo da lide.”

6. O § 1167, incluindo epígrafe, passa a ter a seguinte redacção:

**“Garantia
§ 1167**

Em caso de defeitos da obra, são aplicáveis as disposições gerais relativas aos contratos onerosos (§§ 922 a 933b).”

ARTIGO II

Alterações da Lei de Protecção do Consumidor

A Lei de Protecção do Consumidor (*BGBL* n.º 140/1979), alterada por último pela Lei Federal publicada em *BGBL* I n.º 185/1999, é alterada da seguinte forma:

1. No § 8:

a) A primeira frase do n.º 1 passa a ter a seguinte redacção:

“Se o empresário estiver obrigado a aperfeiçoar o cumprimento ou à substituição (§ 932 do ABGB), tem de cumprir esse dever”;

b) O n.º 2 passa a ter a seguinte redacção:

“2 — O empresário pode exigir que o consumidor lhe envie a coisa, se isso lhe for possível. O empresário corre, porém, o risco do envio.”;

c) A seguir ao n.º 2 é aditado o seguinte n.º:

“3 — Os custos necessários para o aperfeiçoamento do cumprimento ou a substituição, em especial os custos de envio, de mão-de-obra e de materiais, são suportados pelo empresário.”

2. Os §§ 9 a 9b passam a ter a seguinte redacção:

“§ 9

1 — Os direitos de garantia do consumidor (§ 922 a § 933 do ABGB) não podem ser excluídos ou limitados antes do conhecimento do defeito. A convenção de prazos mais curtos do que o prazo legal de garantia é ineficaz, podendo, porém, em caso de alienação de coisas móveis usadas, o prazo de garantia ser reduzido a um ano, desde que tal seja objecto de negociação individual. No caso de automóveis tal redução apenas é eficaz se já tiver decorrido um ano a contar do dia da primeira matrícula.

2 — Os §§ 925 a 927 e 933 n.º 2 do ABGB, sobre defeitos de animais, não são aplicáveis à aquisição por consumidores.

§ 9a

Se o empresário estava obrigado à montagem, responde também por defeitos causados na coisa nessa ocasião, por causa da sua conduta inadequada. O mesmo vale se a coisa se destinava a ser montada pelo consumidor e a montagem inadequada se deve a um defeito das intruções de montagem.

Garantia contratual

§ 9b

1 — Se um empresário se obrigar perante um consumidor, para o caso de defeito da coisa, a repará-la, substituí-la, reduzir o seu preço ou encontrar outra solução (garantia), tem de remeter também para o dever legal de garantia do transmitente, e de chamar a atenção para que ele não é limitado pela garantia. O empresário fica vinculado aos termos da declaração de garantia e ao conteúdo da garantia divulgado na publicidade.

2 — A declaração de garantia tem de conter o nome e o endereço do garante, bem como, de forma simples e compreensível, o conteúdo da garantia, especialmente a sua duração e validade espacial, e, ainda, as restantes indicações necessárias ao seu exercício. Se as qualidades garantidas não resultarem da declaração, o garante responde por que a coisa possua as qualidades habitualmente pressupostas.

3 — A pedido do consumidor, a garantia deve ser-lhe entregue por escrito ou num outro suporte duradouro que lhe seja acessível.

4 — Se o garante violar os n.ºs 1 e 3, tal não afecta a validade da garantia e o garante responde também pelos danos culposamente causados pela violação.”

3. No § 13a n.º 1:

a) no ponto 2 *in fine*, a palavra “e” é substituída por um travessão;

b) no ponto 3, depois de “(5a)” é aditada a palavra “e”;

c) imediatamente a seguir, é aditado o seguinte ponto 4:

“4. A garantia legal e a garantia na compra e venda ou na empreitada da coisas móveis, no sentido dos §§ 8 a 9b bem como dos §§ 922 a 924, 928, 932 e 933 do ABGB”.

4. No § 28a n.º 1 as palavras “ou a convenção de cláusulas contratuais abusivas” são substituídas por: “a convenção de cláusulas contratuais abusivas, a garantia legal ou a garantia na compra e venda ou na empreitada de coisas móveis corpóreas ou em relação a serviços da sociedade de informação no comércio electrónico.”

5. É aditado o seguinte n.º 11 ao § 41a:

“11 — Os §§ 8, 9, 9a, 9b, 13a e 28a, na redacção da Lei Federal n.º 48/2001, entram em vigor em 1 de Janeiro de 2002, e, nessa redacção, são aplicáveis a contratos que sejam concluídos depois de 31 de Dezembro de 2001.”

ARTIGO III

Alterações à Lei do Contrato de Seguro

A Lei Federal de 2 de Dezembro de 1958, sobre o contrato de seguro (*BGBI.* n.º 2/1959), alterada por último pela Lei Federal publicada em *BGBI.* I n.º 150/1999, é alterada da seguinte forma:

1. No § 178g n.º 1 a primeira frase passa a ter a seguinte redacção:
“O segurador deve comunicar imediatamente a alteração do pré-

mio ou da cobertura pelo seguro à Câmara Económica da Áustria, à Câmara Federal do Trabalho, à União das Câmaras Estaduais do Trabalho, à Conferência de Presidentes das Câmaras Económicas Estaduais da Áustria, à União de Sindicatos Austríaca, ao Conselho Austríaco da Terceira Idade, à Procuradoria de Finanças e à Associação para Informação dos Consumidores^{NT}.”

2. É aditado o seguinte n.º 4 no § 191c:

“4 — O § 178g, n.º 1, na redacção da Lei Federal publicada em *BGBI. I* n.º 48/2001, entra em vigor em 1 de Setembro de 2001.”

ARTIGO IV

Entrada em vigor

O artigo I desta Lei Federal (alterações ao Código Civil) entra em vigor em 1 de Janeiro de 2002. As disposições assim alteradas são aplicáveis a contratos concluídos depois de 31 de Dezembro de 2001.

ARTIGO V

Transposição

Pela presente Lei Federal é transposta a Directiva 1999/44/CE sobre alguns aspectos da compra de bens de consumo e das garantias de bens de consumo, J.O. n.º L 171 de 7 de Julho de 1999, pág. 12.

^{NT} Trata-se, respectivamente, das seguintes entidades: *Wirtschaftskammer Österreich*; *Bundesarbeitskammer*; *Österreichischer Landarbeiterkammertag*; *Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs*; *Österreichischer Gewerkschaftsbund*; *Österreichischer Seniorenrat*; *Finanzprokuratur*; e *Verein für Konsumenteninformation*.

DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 1999/44/CE PARA O DIREITO ITALIANO *

Decreto Legislativo de 2 de Fevereiro de 2002, n.º 24.

“Transposição da Directiva 1999/44/CE relativa a alguns aspectos da venda e das garantias de bens de consumo”

publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 57, de 8 de Março de 2002 — suplemento ordinário n.º 40

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Considerando os artigos 76.º e 87.º da Constituição;

Considerando a lei de 29 de Dezembro de 2000, n.º 422 (lei comunitária de 2000), e em particular o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, e o anexo B;

Considerando a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, sobre alguns aspectos da venda e das garantias de bens de consumo;

* Tradução realizada para o n.º 3 dos *Estudos de direito do consumidor* pelo Dr. Paulo Mota Pinto. A circunstância de este n.º, relativo a 2001, sair com algum atraso permitiu incluir, na revisão de provas tipográficas, a tradução deste recentíssimo diploma italiano, já do início de 2002, mas respeitante a uma matéria que o presente n.º dos *Estudos* trata desenvolvidamente.

Considerando o artigo 14.º da lei de 23 de Agosto de 1988, n.º 400;

Considerando a deliberação preliminar do Conselho de Ministros adoptada na reunião de 21 de Novembro de 2001;

Recebidos os pareceres das comissões competentes da Câmara dos Deputados e do Senado da República;

Considerando a deliberação do Conselho de Ministros adoptada na reunião de 1 de Fevereiro de 2002;

Sob proposta dos Ministros para as Políticas Comunitárias e das Actividades Produtivas, com o acordo dos Ministros dos Negócios Estrangeiros, da Justiça e da Economia e das Finanças;

E m a n a
o seguinte decreto legislativo:

Art. 1.º

Disciplina da venda de bens de consumo

1. A seguir à divisão 1 da secção II do capítulo I do título III do livro IV do Código Civil é inserida a seguinte divisão:

“1-*bis*. — Da venda de bens de consumo.

1519-*bis* (*Âmbito de aplicação e definições*). — A presente divisão disciplina alguns aspectos dos contratos de venda e das garantias relativas aos bens de consumo. Para tal efeito, são equiparados aos contratos de venda os contratos de permuta e de fornecimento, bem como os de empreitada, de obra e todos os restantes contratos que visem o fornecimento de bens de consumo a fabricar ou produzir.

Para efeitos da presente divisão entende-se por:

a) consumidor: qualquer pessoa singular^{NT} que, nos contratos refe-

^{NT} No original italiano utilizam-se os termos “pessoa física” e “pessoa jurídica”. Optámos, porém, por, seguindo a terminologia do nosso Código Civil, empregar as expressões “pessoa singular” e “pessoa colectiva”.

ridos no início deste artigo, actua para fins estranhos à actividade empresarial ou profissional eventualmente desenvolvida;

b) bens de consumo: quaisquer bens móveis, incluindo a fabricar, excepto:

1) os bens objecto de venda forçada ou vendidos segundo outras modalidades pelas autoridades judiciárias, incluindo delegação no notário;

2) a água e o gás, quando não embalados para venda num volume delimitado ou em quantidade determinada;

3) a energia eléctrica;

c) vendedor: qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que no exercício da sua actividade empresarial ou profissional utiliza os contratos referidos no início deste artigo;

d) produtor: o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da União Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor apondo no bem de consumo o seu nome, marca ou outro sinal distintivo;

e) garantia convencional ulterior: qualquer compromisso de um vendedor ou de um produtor, assumido perante o consumidor sem custos suplementares, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou intervir de outra forma sobre o bem de consumo, quando este não corresponda às condições enunciadas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade;

f) reparação: no caso de defeito de conformidade, a reposição do bem de consumo para torná-lo conforme com o contrato de venda.

As disposições da presente divisão aplicam-se à venda de bens de consumo usados apenas quanto a defeitos não resultantes do uso normal da coisa, tendo em conta o tempo da utilização anterior.

1519-ter (Conformidade ao contrato). — O vendedor tem a obrigação de entregar ao consumidor bens conformes com o contrato de venda.

Presume-se que os bens de consumo são conformes com o contrato se, quando pertinentes, coexistirem as seguintes circunstâncias:

a) serem idóneos ao uso para que servem habitualmente bens do mesmo tipo;

b) serem conformes com a descrição feita pelo vendedor e possuírem as qualidades do bem que o vendedor apresentou ao consumidor como amostra ou modelo;

c) apresentarem as qualidades e as prestações habituais de um bem do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, tendo em conta a natureza do bem e, se for o caso, as declarações públicas sobre as características específicas do bem feitas a esse respeito pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu agente ou representante, em particular na publicidade ou em etiquetas;

d) serem além disso idóneos ao uso particular querido pelo consumidor que tenha sido levado ao conhecimento do vendedor no momento da conclusão do contrato e que este tenha aceite por factos concludentes.

Não existe defeito de conformidade se, no momento da conclusão do contrato, o consumidor conhecia o defeito ou não podia ignorá-lo actuando com diligência normal, ou se o defeito de conformidade deriva de instruções ou materiais fornecidos pelo consumidor.

O vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas referidas na alínea c) do 2.º parágrafo quando provar, mesmo que alternativamente, que:

a) não conhecia a declaração e não podia conhecê-la actuando com diligência normal;

b) a declaração foi adequadamente corrigida antes do momento da conclusão do contrato de forma a poder ser conhecida pelo consumidor;

c) a decisão de adquirir o bem de consumo não foi influenciada pela declaração.

O defeito de conformidade que deriva da instalação imperfeita do bem de consumo é equiparado ao defeito de conformidade do bem quando a instalação estava incluída no contrato de venda e foi efectuada pelo vendedor ou sob a sua responsabilidade. Tal equiparação aplica-se também no caso em que o produto, concebido para ser instalado pelo consumidor, seja instalado por este de forma incorrecta por causa de uma falta das instruções de instalação.

1519-*quater* (*Direitos do consumidor*). — O vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer defeito de conformidade existente no momento da entrega do bem.

Em caso de defeito de conformidade, o consumidor tem direito à reposição, sem despesas, da conformidade do bem mediante reparação ou substituição, nos termos dos parágrafos terceiro, quarto, quinto e sexto, ou a uma redução adequada do preço ou à resolução do contrato, nos termos dos parágrafos sétimo, oitavo e nono.

O consumidor pode exigir ao vendedor, à sua escolha, que repare o bem ou o substitua, sem despesas em ambos os casos, salvo se a solução exigida for objectivamente impossível ou excessivamente onerosa em comparação com a outra.

Para efeitos do parágrafo terceiro, considera-se excessivamente onerosa uma das duas soluções se impuser ao vendedor despesas desrazoáveis em comparação com a outra, tendo em conta:

- a) o valor que o bem teria se não existisse defeito de conformidade;
- b) a natureza do defeito de conformidade;
- c) a eventualidade de a solução alternativa poder ser realizada sem inconvenientes significativos para o consumidor.

A reparação e a substituição devem ser efectuadas num prazo razoável a contar do pedido e não devem acarretar inconvenientes significativos para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim para que o consumidor o adquiriu.

As despesas referidas nos parágrafos segundo e terceiros incluem os custos indispensáveis para tornar os bens conformes, designadamente as despesas com a expedição, a mão-de-obra e os materiais.

O consumidor pode exigir, à sua escolha, uma adequada redução do preço ou a resolução do contrato, quando se verifique uma das seguintes situações:

- a) a reparação e a substituição são impossíveis ou excessivamente onerosas;
- b) o vendedor não procedeu à reparação ou à substituição do bem dentro do prazo razoável referido no parágrafo sexto;
- c) a substituição ou a reparação precedentemente efectuada acarretou inconvenientes significativos para o consumidor.

Na determinação do montante da redução ou da quantia a restituir toma-se em conta a utilização do bem.

Após a denúncia do defeito de conformidade, o vendedor pode oferecer ao consumidor qualquer outra solução disponível, com os seguintes efeitos:

a) se o consumidor tiver exigido uma específica solução, o vendedor permanece obrigado a realizá-la, com as necessárias consequências quanto ao decurso do prazo adequado referido no parágrafo sexto, salvo aceitação pelo consumidor da solução alternativa proposta;

b) se o consumidor não tiver já exigido uma específica solução, o consumidor deve aceitar a proposta ou rejeitá-la escolhendo uma outra solução nos termos do presente artigo.

Um defeito de conformidade de ligeira natureza, para o qual não foi possível ou é excessivamente oneroso recorrer às soluções da reparação ou da substituição, não dá direito à resolução do contrato.

1519-quinquies (Direito de regresso). — O vendedor final, quando é responsável perante o consumidor por causa de um defeito de conformidade imputável a uma acção ou a uma omissão do produtor, de um precedente vendedor da mesma cadeia contratual distributiva ou de qualquer outro intermediário, tem direito de regresso, salvo convenção em contrário ou renúncia, contra o sujeito ou sujeitos responsáveis que façam parte da referida cadeia distributiva.

O vendedor final que tenha correspondido aos remédios exercidos pelo consumidor pode, no prazo de um ano a contar da execução da prestação, agir em regresso contra o sujeito ou sujeitos responsáveis, para obter a reintegração de quanto haja prestado.

1519-sexies (Prazos). — O vendedor é responsável, nos termos do artigo 1519-*quater*, quando o defeito de conformidade se manifesta dentro do prazo de dois anos a contar da entrega do bem.

Os direitos do consumidor previstos no artigo 1519-*quater*, parágrafo segundo, caducam se não denunciar ao vendedor o defeito de conformidade dentro do prazo de dois meses a contar da data em que descobriu o defeito. A denúncia não é necessária se o vendedor reconheceu a existência do defeito ou o ocultou.

Salvo prova contrária, presume-se que os defeitos de conformidade que se manifestam dentro de seis meses a contar da entrega do bem existiam já em tal data, a menos que tal hipótese seja incompatível com a natureza do bem ou com a natureza do defeito de conformidade.

A acção que se funda nos defeitos não dolosamente ocultados pelos vendedor prescreve, em qualquer caso, no prazo de vinte e seis meses a contar da entrega do bem; o consumidor a quem seja exigida a execução do contrato pode, porém, fazer valer sempre os direitos previstos no artigo 1519-*quater*, parágrafo segundo, desde que o defeito de conformidade tenha sido denunciado nos dois meses posteriores à descoberta e antes do decurso do prazo previsto no período anterior.

1519-*septies* (*Garantia convencional*). — A garantia convencional vincula quem a oferece segundo as modalidades indicadas na própria declaração de garantia ou na respectiva publicidade.

Por dever de quem a oferece, a garantia deve indicar, pelo menos:

a) a especificação de que o consumidor é titular dos direitos previstos na presente divisão e de que a própria garantia não prejudica tais direitos;

b) de forma clara e compreensível, o objecto da garantia e os elementos essenciais, necessários para a fazer valer, incluindo a duração e a extensão territorial da garantia, bem como o nome ou a firma e o domicílio ou a sede de quem a oferece.

A pedido do consumidor, a garantia deve estar disponível por escrito ou noutro suporte duradouro que lhe seja acessível.

A garantia deve ser redigida em língua italiana, em caracteres não menos evidentes dos de outras eventuais línguas.

Uma garantia que não corresponda ao requisitos referidos nos parágrafos segundo, terceiro e quarto permanece válida e o consumidor pode continuar a prevalecer-se dela e exigir a sua aplicação.

1519-*octies* (*Carácter imperativo das disposições*). — É nulo todo o pacto, anterior à comunicação ao vendedor do defeito de conformidade, que vise excluir ou limitar, ainda que de modo indirecto, os direitos reconhecidos pela presente divisão. A nulidade pode ser feita valer apenas pelo consumidor e pode ser suscitada officiosamente pelo juiz.

No caso de bens usados, as partes podem limitar a duração da responsabilidade referida no artigo 1519-*sexies*, parágrafo primeiro, a um período de tempo que não seja inferior a um ano.

É nula toda a cláusula contratual que, prevendo a aplicabilidade ao contrato de uma legislação de um país extracomunitário, tenha o efeito de privar o consumidor da protecção assegurada pela presente divisão, se o contrato apresentar uma ligação estreita com o território de um Estado-membro da União Europeia.

1519-*nonies* (*Protecção com base noutras disposições*). — As disposições da presente divisão não excluem os direitos que são atribuídos ao consumidor por outras normas do ordenamento jurídico.”

Art. 2.º

Disposições transitórias

1. As disposições do artigo 1.º não se aplicam às vendas de bens e aos contratos equiparados em que a entrega ao consumidor tenha ocorrido anteriormente à data de entrada em vigor do presente decreto.

2. Até 30 de Junho de 2002 as disposições do artigo 1519-*septies* do Código Civil, introduzido pelo artigo 1.º do presente diploma, não se aplicam aos produtos introduzidos no mercado antes da entrada em vigor do presente decreto.

Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE NA ÁREA DO DIREITO DO CONSUMO¹

2001

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.03.2001

Cláusulas contratuais gerais

Tratando-se de um contrato de adesão com cláusulas contratuais gerais — no caso, um contrato de seguro a favor de terceiro —, há duas regras interpretativas a respeitar: o teor das cláusulas particulares prevalece sobre o das cláusulas gerais e, em caso de dúvida, deve optar-se pelo sentido que não favorece o contraente que fixou o conteúdo do contrato.

Se, na definição do contrato, «acidente» é o «acontecimento fortuito, súbito, violento ou não, devido a causa exterior e estranha à vontade do beneficiário aquando do exercício duma actividade desportiva», o que daqui resulta, para o declaratório normal situado na posição do homem comum que lê o contrato, é a ideia de que o seguro abrange o facto inesperado não querido pelo atleta segurado, que este não provocou dolosamente e que o atingiu fisicamente no exercício de uma prova de atletismo, *in casu*, uma lesão súbita do foro cardiológico causadora da morte do beneficiário.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo I, pp. 135-136

¹ Recolha elaborada por Carolina Cunha, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.03.2001

Cláusulas contratuais gerais

O controle prévio por parte do Instituto de Seguros de Portugal do clausulado dos seguros obrigatórios não subtrai, actualmente, esses contratos ao regime do DL n.º 446/85, de 25.10.

São nulas as cláusulas de contratos de seguro facultativo, simultaneamente contratos de adesão, que permitem a sua resolução pela seguradora, sem a invocação de fundamento legal ou contratual para tanto.

São igualmente nulas as cláusulas penais desses contratos que permitem, em caso de resolução por iniciativa do tomador do seguro, a retenção pela seguradora de 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo I, pp. 154-159

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.03.2001

Responsabilidade do produtor

Sendo a Ré simples distribuidora de fio de aço defeituoso, fabricado por outrem, não é responsável pelos prejuízos provocados à Autora pela sua má qualidade.

O DL n.º 383/89, de 06.11, não considera o intermediário-distribuidor responsável independentemente de culpa, a não ser nos casos excepcionais do artigo 2.º: produtor presumido ou fornecedor de produto anónimo.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo I, pp. 192-194

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.04.2001

Responsabilidade do produtor

Fora do regime da responsabilidade do produtor, de natureza objectiva, o intermediário ou revendedor só responderá por danos causados por produtos defeituosos se agir com culpa.

Assim, não será obrigado a indemnizar o lesado se desconhecia, sem culpa, o vício ou a falta de qualidades de que a coisa padecia.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo I, pp. 196-199

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.05.2001

Cláusulas contratuais gerais

Se uma empresa de aluguer de veículos sem condutor (*rent-a-car*) contrata com uma companhia de seguros a cobertura do risco de desaparecimento do veículo por motivo de furto, roubo ou furto de uso, e nada se tendo clausulado no sentido de excluir o desaparecimento do veículo por outros motivos, tal risco deve considerar-se como abrangendo o desaparecimento por motivo de abuso de confiança praticado pelo locatário, por se tratar igualmente de crime contra o património consistente na apropriação indevida de coisa alheia.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo II, pp. 40-43

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.05.2001

Cláusulas contratuais gerais

A norma do DL n.º 446/85, de 25.10, que permite ao Tribunal mandar publicar a sentença de proibição de uma cláusula contratual geral não é inconstitucional nem orgânica, nem materialmente.

O DL n.º 446/85 tem por objectivo a defesa do consumidor em relação a cláusulas contratuais gerais, enquanto que o DL n.º 176/95, de 26.07, tem por objectivo a transparência na actividade seguradora; assim, o segundo diploma não contém regime jurídico especial em relação ao primeiro, cujas disposições, por esse motivo, não prejudica nem afasta.

Uma cláusula geral que, num contrato de seguro obrigatório, permita ao predisponente resolver livremente o contrato, sem motivo justificado, fundado na lei ou em convenção, deve considerar-se proibida (artigo 22.º, n.º 1, alínea b), do DL n.º 446/85, de 25.10).

Uma cláusula penal, estabelecida num contrato de seguro para o caso de resolução unilateral pelo segurado, que não se relaciona nem com o risco nem com os custos, deve considerar-se desproporcionada ao dano a ressarcir (artigo 19º, alínea c), do DL n.º 446/85, de 25.10).

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo II, pp. 76-80

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.05.2001

Cláusulas contratuais gerais

Por força do artigo 10º do DL n.º 446/85, de 25.10, a metodologia a seguir na interpretação das cláusulas contratuais gerais é homóloga à prevista nos artigos 236º e seguintes do Código Civil. Atendendo ao artigo 11º do mesmo DL n.º 446/85, as cláusulas ambíguas têm o sentido que lhes daria o contraente indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição do aderente real; na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente.

O seguro de mercadorias transportadas pode abranger riscos subsumíveis a um seguro de responsabilidade civil.

Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ, 2001, tomo II, pp.82-87

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.01.2001

Compras em grupo

Às quotas de amortização das compras em grupo não se aplica o regime dos artigos 310º e 317º do Código Civil, mas sim o regime geral da prescrição ordinária.

É usurária, e como tal passível de redução, a taxa de 2,5% ao mês convencionada para os juros moratórios respeitantes às mensalidades devidas pelo participante (que abrangiam, designadamente, as referidas quotas, atento o nível da taxa de juro em vigor ao tempo da celebração do contrato de adesão (15% ao ano)).

Integra abuso de direito a actuação da sociedade gestora da compra em grupo que, não tendo usado dos meios legais referentes ao

incumprimento pelos participantes, previstos nos artigos 25º e seguintes do Regulamento Geral do Funcionamento dos Grupos, aprovado pela Portaria n.º 317/88, de 18.05, então em vigor, demorou mais de 6 anos a intentar a acção para cobrança da dívida, fazendo com que esta se agravasse substancialmente por via dos juros de mora. Daí que, no caso, os juros de mora devam ser contados apenas a partir da citação do Réu e não desde o vencimento dessas prestações.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo I, pp. 81-84

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.02.2001

Direito real de habitação periódica

O direito de habitação periódica é um direito real menor, oponível *erga omnes*, susceptível de transmissão hereditária, facilmente negociável, com isenção de sisa, cujo regime não carece de ser complementado por convenções ou cláusulas de natureza negocial e é titulado por um certificado predial, transmissível ou onerável por simples endosso ou averbamento.

Para haver erro essencial era necessário que a vendedora soubesse ou não devesse ignorar que a outra parte considerava essencial que as semanas adquiridas em direito real de habitação periódica respeitassem a um apartamento de um «aparthotel» turístico classificado de 5 estrelas.

As Rés usaram artifício (através de publicidade enganosa), expediente e omissão para enganarem e manterem os Autores no engano de que as semanas que haviam adquirido em direito real de habitação periódica respeitavam a um apartamento de um «aparthotel» turístico com a classificação de cinco estrelas.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo I, pp. 117-121

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.03.2001

Cláusulas contratuais gerais

Relativamente aos termos empregados numa apólice de seguro, «grosso modo» poder-se-á dizer que «inundações» dizem respeito a

rupturas ocorridas no exterior de um edifício e «danos por águas» às ocorridas no interior do mesmo.

Estão cobertos por uma apólice de seguro multiriscos, nomeadamente pela cláusula onde se referem inundações provocadas por rebentamento de adutores, colectores, drenos, diques e barragens, os danos causados num estabelecimento situado em cota inferior ao de uma artéria por motivo de entrada de água proveniente de uma ruptura ocorrida na rede de distribuição de águas da EPAL na mesma artéria.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo II, pp. 88-91

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.06.2001

Cláusulas contratuais gerais

A sentença de inibição de determinadas cláusulas contratuais constitui caso julgado oponível em outra acção posterior na qual seja formulada a mesma pretensão.

A eliminação de determinadas cláusulas abusivas ou a ocorrência de outras modificações subjectivas ou objectivas não determinam a inutilidade superveniente da lide, uma vez que a sentença favorável pode aproveitar aos que celebraram contratos de adesão e evitar a sua futura repetição.

É abusiva a cláusula de distribuição do risco segundo a qual os proponentes, em caso de extravio do cartão de crédito, «providenciarão a rápida inibição do uso do cartão, após a recepção do aviso (de extravio), sendo que serão sempre da responsabilidade do titular as operações efectuadas até às 24 horas do primeiro dia útil seguinte ao da recepção do aviso».

São abusivas as cláusulas de onde resulta para os Bancos proponentes a dispensa da demonstração do acerto das operações electrónicas, por constituírem uma antecipada valoração de um meio de prova que viola o princípio irrenunciável da livre apreciação do julgador.

É abusiva a cláusula segundo a qual «as comunicações enviadas pelo Banco para o endereço postal que lhe foi comunicado pelo titular ter-se-ão por recebidas pelo destinatário».

É abusiva a cláusula de aforamento segundo a qual «para todos os conflitos entre o Banco e o titular decorrentes da utilização de cartão multibanco, em que seja necessário recorrer à via judicial, caberá ao Banco escolher o foro onde os mesmos são dirimidos».

São abusivas as cláusulas que permitem ao proponente denunciar livremente o contrato sem justificação.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo III, pp. 127-132

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.09.2001

Serviços de audiotexto

No âmbito do Regulamento do Serviço Telefónico Público, a utilização do Serviço Telefónico Público por terceiros, com ou sem autorização do assinante, considera-se sempre efectuada por este último para todos os efeitos contratuais ou regulamentares das suas relações com as empresas operadoras.

Estando os serviços de audiotexto sujeitos a um específico regime legal, não podem considerar-se inseridos no «pacote» de prestação de serviços gerais telefónicos. Reconhece-se, assim, a autonomia negocial deste particular tipo de serviços, ainda que a sua prestação se efectue em simultâneo com a dos demais serviços telefónicos: o utente do serviço telefónico público apenas estará obrigado a pagar os serviços de audiotexto se houver solicitado expressamente o seu fornecimento.

Consequentemente, à luz do artigo 7º, alínea c), da Lei n.º 29/81, de 22.08, é inexigível o pagamento dos serviços de audiotexto que tenham sido prestados por intermédio da linha telefónica do utente sem que este houvesse previamente aderido à sua prestação.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo IV, pp. 98-106

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.09.2001

Vendas ao domicílio

As sociedades comerciais estão excluídas da protecção conferida ao consumidor pelo DL n.º 272/87, de 03.07, na vertente das vendas ao domicílio.

Colectânea de Jurisprudência, 2001, tomo IV, pp. 106-108

ÍNDICE

Apresentação	3
O CDC – Centro de Direito do Consumo	5
Sessão de Abertura do 3.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo	15
Discurso na sessão de abertura do 3.º curso de direito do consumo. Ano lectivo 2000/2001 <i>António Pinto Monteiro</i>	17
A informação como direito fundamental do consumidor <i>Paulo Luiz Netto Lôbo</i>	23
Doutrina	47
A transposição da directiva sobre compra de bens de consumo para o direito alemão <i>Claus-Wilhelm Canaris</i>	49
El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés <i>Gilles Paisant</i>	69

A marca comunitária <i>José de Oliveira Ascensão</i>	93
Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais <i>António Pinto Monteiro</i>	131
Anteprojecto de diploma de transposição da directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado <i>Paulo Mota Pinto</i>	165
Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo <i>Alexandre Dias Pereira</i>	281
Algumas questões sobre o ALD <i>Paulo Duarte</i>	301
Discurso de abertura das II Jornadas sobre consumo <i>Eduardo António Brazão de Castro</i>	331
O papel do juiz na arbitragem de conflitos de consumo <i>João Carlos Trindade</i>	335
A resolução extrajudicial de conflitos de consumo transfronteiriços <i>Maria Cristina Portugal</i>	345
Arbitragem de conflitos de consumo — a experiência de Lisboa <i>Isabel Mendes Cabeçadas</i>	373
Trabalhos de Estudantes do Curso	387
Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor <i>Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa</i>	389

Legislação Nacional e Comunitária	425
Legislação relevante na área do direito do consumo 2001	
<i>Carolina Cunha</i>	427
Diploma de transposição da directiva 1999/44/CE para o direito austriaco	
<i>Paulo Mota Pinto</i>	435
Diploma de transposição da directiva 1999/44/CE para o direito italiano	
<i>Paulo Mota Pinto</i>	443
Jurisprudência	451
Jurisprudência relevante na área do direito do consumo	453

