



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

A. Barbosa de Melo

A. Mota Pinto

A. N. Oliveira Neto

A. Pinto Monteiro

Carolina Cunha

Delminda Sousa e Silva

Edgar Taborda Lopes

J. C. Vieira de Andrade

J. O. Cardona Ferreira

Javier Lete Achirica

Joaquim Carrapiço

José Luis Arnaut

L. Menezes Leitão

L. Noronha Nascimento

L. Silveira Rodrigues

Mafalda Miranda Barbosa

Mário T. Mendes

P. Mota Pinto

Roberto Wider

Teresa Almeida

Tiago Machado de Freitas



**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

Nº 5 - 2003

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 5 – COIMBRA, 2003

## **Ficha Técnica**

**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

Título: Estudos do Direito do Consumidor – n.º 5

Ano: 2003

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

ISSN 1646-0375

Execução Gráfica: G. C. – Gráfica de Coimbra

## APRESENTAÇÃO

Eis o n.º 5 dos *Estudos de Direito do Consumidor*, relativo a 2003.

Vai-se tornando já um hábito, na apresentação de cada volume, fazer uma rápida e singela incursão pelo respectivo conteúdo. Repetimos o gesto. Com a esperança de correspondermos, também desta vez, às expectativas do leitor!

O destaque natural, em primeiro lugar, vai para a Cerimónia de Abertura do 6.º Curso de Pós-graduação em Direito do Consumidor, onde o Professor Barbosa de Melo nos distinguiu com uma conferência dedicada aos “Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores”, que publicamos a abrir o presente volume.

Também os Colóquios que o Centro de Direito do Consumo (CDC) vem realizando, em parceria com o Centro de Estudos Judiciários (CEJ) e com o Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, têm conhecido um assinalável êxito e contribuído para enriquecer estes **Estudos**. Desta vez, honrou-nos com a sua presença, no Colóquio que teve lugar, em 28 de Março de 2003, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), o Senhor Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, Dr. José Luís Arnaut, cuja intervenção, na respectiva Sessão de Abertura, aqui fica registada. O mesmo fazemos com a intervenção do Dr. Mário Mendes, Director do CEJ, na mesma Sessão.

Seguem-se os textos correspondentes a várias das conferências que tiveram lugar durante o Colóquio. O Dr. Joaquim Carrapiço, Presidente do Instituto do Consumidor, contribui com uma reflexão sobre os direitos do consumidor na habitação; o Conselheiro Noronha do Nascimento, Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura, escreve sobre as c.c.g. e o Dr. Edgar Tabora Lopes,

Juiz de Direito, sobre a protecção do consumidor e o comércio electrónico, ambos fazendo incidir a sua análise na jurisprudência portuguesa. Na sessão relativa à protecção do consumidor na União Europeia, registamos os contributos do Professor Javier Lete Achirica, da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, assim como da Dr<sup>a</sup> Teresa Almeida, Procuradora da República e Assessora do Gabinete do PGR, e do Dr. Luís Silveira Rodrigues, Advogado e membro do “European Consumer Law Group”.

Outros momentos importantes da vida do nosso Centro são documentados nos trabalhos dos Professores José Carlos Vieira de Andrade, respeitante aos direitos fundamentais dos consumidores, e Luis Menezes Leitão, sobre a protecção do consumidor contra práticas comerciais desleais e agressivas, assim como da Mestre Carolina Cunha, dedicado às vendas com prejuízo, todos eles relativos a matérias que os Autores leccionam no nosso *Curso de Pós-Graduação*.

É com muito agrado que registamos ainda outros trabalhos. O Conselheiro Cardona Ferreira continua a distinguir-nos com a sua participação nos nossos *Estudos*: desta vez escreve sobre “Julgados de Paz. Cidadania e Justiça”. O Mestre Paulo Mota Pinto publica o seu estudo sobre os “Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância”. O Mestre Alexandre Mota Pinto reflecte sobre “O contrato de trabalho de adesão no Código do Trabalho”. E nós decidimos incluir neste volume um trabalho recente, sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português, que mais não é do que a versão em língua portuguesa do texto a apresentar no Colóquio de Santiago de Compostela sobre “Garantias na venda de bens do consumo”, promovido pela “Europäische Rechtsakademie”, de Trier, a Universidade de Savoie e a Universidade de Santiago de Compostela.

Os estudantes do nosso *Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor* continuam a ocupar o seu lugar nesta Revista: neste número publicamos os trabalhos de Roberto Wider, de Arthur Narciso de Oliveira Neto, de Tiago Machado de Freitas e de Delminda de Assunção Costa Sousa e Silva.

Uma nota adicional, a este respeito: o primeiro dos referidos estudantes é Juiz Desembargador no Rio de Janeiro, o segundo é Juiz de Direito também no Rio de Janeiro, o terceiro é advogado em S. Salvador (Baía), e a quarta é advogada em Setúbal.

Pareceu-nos que era importante registar desta vez a significativa presença brasileira no nosso *Curso*, designadamente aquela que decorre de um Protocolo entre o nosso Centro e a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros, graças ao qual vimos franqueando as portas, ano após ano, a juízes brasileiros seleccionados por aquela Associação.

Por último, publicamos a habitual e sempre importante informação de índole legislativa e jurisprudencial na área do direito do consumidor, a cargo da Lic. Mafalda Miranda Barbosa, Assistente Estagiária da FDUC.

A fechar, renovamos ao *Instituto do Consumidor* o nosso grato cumprimento. E saudamos o Protocolo celebrado em 2003, subscrito pelo Dr. Joaquim Carrapiço, Presidente do IC, por nós próprios, como Presidente do CDC, e pelo Professor Manuel Lopes Porto, Presidente do Conselho Directivo da Faculdade, e depois homologado pelo Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, Dr. José Luís Arnaut. Protocolo que renova o anterior, de 1998, ainda que em termos não de todo coincidentes, mas que, no essencial, nos permitirá, assim o esperamos, seguir o nosso percurso tendo em vista a investigação, o estudo e o ensino do direito do consumidor. O que se mostra cada vez mais importante e urgente, quando se anuncia para breve o *Código do Consumidor!*

*Coimbra, Dezembro de 2003*

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 foi subscrito por 5 anos, tendo sido renovado em 2003. O Protocolo de renovação foi subscrito pelo actual Presidente do IC, Dr. Joaquim Carrapiço, pelo Presidente do Conselho Directivo da Faculdade, Prof. Doutor Manuel Lopes Porto, pelo Presidente do CDC, Prof. Doutor António Pinto Monteiro, e homologado pelo Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, Dr. José Luís Arnaut. 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

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

*Mestre José Eduardo Figueiredo Dias* – Secretário

### DIRECÇÃO

*Prof. Doutor António Pinto Monteiro* – Presidente

*Mestre Paulo Mota Pinto* – Vogal

*Mestre Pedro Maia* – Vogal

### CONSELHO FISCAL

*Prof. Doutor João Calvão da Silva* – Presidente

*Mestre Luís Pedro Cunha* – Vogal

*Mestre Paulo Henriques* – Vogal

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

### CDC – CENTRO DE DIREITO DE CONSUMO

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

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

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

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

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

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

A sua duração é por tempo indeterminado.

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

## Curso de Direito do Consumo

O CDC organiza anualmente um Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, encontrando-se a decorrer, no ano lectivo 2002-2003, o 5.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
  - *Prof. Doutor Augusto Silva Dias*
- Direitos Fundamentais do Consumidor
  - *Prof. Doutor Vieira de Andrade*

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

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

### **Outras intervenções**

#### CONFERÊNCIAS DE:

Procurador Geral da República  
Bastonário da Ordem dos Advogados  
*Prof. Doutor Antunes Varela*  
*Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*  
*Prof. Doutor Rui de Alarcão*  
*Prof. Doutor Oliveira Ascensão*  
*Prof. Doutor Menezes Cordeiro*  
*Prof. Doutor Menezes Leitão*

---

*Prof. Doutor Bernd Stauder*  
*Prof. Doutor Guido Alpa*  
*Prof. Doutor Enrique Rubio*  
*Dr. Newton de Lucca*  
*Prof. Doutor Gilles Paisant*  
*Prof. Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo*  
*Dr. Joaquim Carrapiço, Presidente do Instituto do Consumidor*  
*Dr.ª Manuela Flores*  
*Prof. Doutor Christian Baldus*

#### DEDATES COM:

Instituto do Consumidor  
Associações de Defesa do Consumidor





**Sessão de Abertura do 6.º Curso  
de Pós-Graduação em Direito do Consumo**



# DISCURSO NA SESSÃO DE ABERTURA DO 6º CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

ANO LECTIVO 2003/2004\*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

1. Começo por dirigir a todos palavras de saudação e boas vindas. O CDC está honrado com a presença de V. Exc<sup>as</sup> e particularmente feliz por saber ser essa uma presença amiga, que ano a ano se vai *repetindo*, ano a ano se vai *renovando*, num gesto de *reafirmada confiança* na acção que vimos desenvolvendo.

2. Para lá da referência particular ao Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra, ao Senhor Presidente do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados e aos Senhores Presidentes das Associações de Consumidores aqui presentes, dirijo-me agora, muito especialmente, ao Senhor Presidente do IC, Dr. Joaquim Carrapiço, que nesta cerimónia está também em representação do Senhor Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, que infelizmente não pôde vir, mas que nos transmitiu a sua confiança e reiterado apoio, indispensável à nossa actividade.

---

\* Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 14 de Novembro de 2003, na qualidade de Presidente da Direcção do CDC e Responsável Científico do Curso.

Aceite, Senhor Presidente, os nossos agradecimentos, e permita-me que uma vez mais enalteça o IC, que vem apoiando o nosso Centro e graças ao qual a nossa actividade tem podido desenvolver-se. Hoje mesmo, aliás, iremos renovar esse apoio do IC, renovando o Protocolo que subscrevemos há 5 anos, ainda que em termos não inteiramente coincidentes, mas que continuam a traduzir, no fundo, o *espírito de colaboração* que animou o passo que demos no passado. Sensibiliza-nos saber que podemos continuar a contar com o apoio do IC.

Por último, Senhor Presidente do Conselho Directivo da FDUC – e agradeço igualmente a sua presença, até porque sei de outros compromissos que teve de adiar! –, por último, dizia, é com particular satisfação que me dirijo ao Senhor Doutor Barbosa de Melo, por ter aceitado o convite que lhe dirigi, por ir enriquecer-nos com as suas reflexões, por ir ensinar-nos com a sua Lição.

3. Iniciamos, hoje, com a conferência do Senhor Doutor Barbosa de Melo, o 6º Curso de Direito do Consumo. E entregaremos os certificados aos alunos do Curso anterior. Como de costume, *festejamos o passado com os olhos postos no futuro*. *Parabéns* aos estudantes que concluíram, com sucesso, a sua pós-graduação – e palavras de *esperança* para os novos estudantes, na certeza de que para o ano serão eles os homenageados na cerimónia de abertura do próximo Curso...

Como nos anos anteriores, vêm de todo o lado os estudantes deste Curso, inclusive do Brasil. Uma saudação, neste contexto, à AMB, que vem acompanhando, desde o início, o nosso percurso. E uma *calorosa* e *amiga* palavra de reconhecimento e apreço aos Colegas do Curso, pela sua *dedicação* e *competência*.

4. Entre as *realizações* do CDC, para lá do Curso em Coimbra, registamos o começo, em breve, no Funchal, do 2º Curso na Madeira, depois do entusiasmo que constituiu a realização, há 2 anos, do 1º Curso, ambos integralmente suportados pelo Governo da Madeira, através do Serviço de Defesa do Consumidor da Secretaria Regional dos Recursos Humanos.

Registamos, neste período, a publicação de mais um volume, o 4º, dos “Estudos de Direito do Consumidor”, estando para breve o aparecimento do 5º volume, relativo a 2003.

E recordamos, ainda, o Colóquio realizado em Coimbra, em colaboração com o CEJ e a Ordem dos Advogados, em 28 de Março, sobre “O direito do consumidor em Portugal e na União Europeia”.

Falo de realizações do CDC – é justo cumprimentar os meus Colegas da Direcção, Drs. Paulo Mota Pinto e Pedro Maia, que comigo compartilham as responsabilidades da orientação do Centro.

5. Senhor Presidente, minhas Senhoras e meus Senhores, temos vindo a contribuir, como prometemos desde a 1ª hora, para o estudo do direito do consumidor, quer através do Curso de Pós-Graduação, quer através dos volumes que anualmente vimos publicando, quer, ainda, através das conferências e colóquios que promovemos e em que participamos. Temos vindo a contribuir, numa palavra, para a *formação jurídica* no âmbito do *direito do consumidor*.

O que se afigura tanto mais importante quanto é certo que se avizinha, a muito curto prazo, a apresentação do Anteprojecto do Código do Consumidor.

Outros países deram já este passo. Sabemos, evidentemente, que não é esta uma opção fácil nem é uma escolha pacífica. De alguns lados, reforçados pelo que sucedeu recentemente na Alemanha, ouvem-se vozes favoráveis à inclusão de matérias do direito do consumidor no Código Civil.

Pode ser essa uma opção, sem dúvida – mas uma opção que não se afigura a melhor, como a seu tempo teremos oportunidade de debater. Seja como for, por uma ou outra via, a verdade é que longe vão os tempos em que as tarefas da defesa do consumidor estavam praticamente remetidas às instituições a quem cabe esse papel prioritário, e que de resto tão bem o têm cumprido: o IC e as Associações de Defesa do Consumidor, desde logo, que merecem o nosso aplauso e saudação.

Mas hoje – e com orgulho lembro que fomos nós dar o 1º passo, fomos nós que tivemos um papel *pioneiro!* – o direito do consumidor *entrou na Universidade.*

6. É com este espírito que prometemos continuar, com o *apoio* dos Colegas e da Faculdade, com o *entusiasmo* dos Estudantes, com o *interesse* de todos quantos lidam com problemas do direito do consumidor, no tribunal, na empresa, nas associações, na Universidade. E com o Instituto do Consumidor a nosso lado.

Senhor Doutor Barbosa de Melo, honrados com a sua participação, iremos ouvir atentamente a Lição que vai proferir, e desde já lhe peço que nos permita enriquecer o nosso próximo volume dos “Estudos do Direito do Consumidor” com a sua publicação.

Muito obrigado a todos pela vossa vinda!

# ASPECTOS JURÍDICO-PÚBLICOS DA PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES

ANTÓNIO M. BARBOSA DE MELO  
Professor Catedrático da  
Faculdade de Direito de Coimbra

## I – Uma incumbência geral dos poderes públicos

1.1. Cabe prioritariamente ao Estado, no domínio económico e social, garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores e assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e a equilibrada concorrência entre as empresas, contrariando as formas de organização monopolistas e reprimindo as práticas ofensivas do interesse geral (art.º 81.º, *h*) e *e*) da CRP). Por sua vez, a Constituição inclui nos objectivos da política comercial do Estado a *protecção dos consumidores* (art.º 98.º, *e*)).

Estamos, assim, perante uma incumbência do Estado que é matriz de múltiplos deveres públicos – officios (*officia*) –, aos quais tenderão a corresponder, numa ordem jurídica inspirada na ideia de Estado de Direito Democrático, direitos ou interesses juridicamente protegidos na esfera dos consumidores. O art.º 60.º, 1, da CRP fala de direitos, designadamente:

- direito à qualidade dos bens e serviços consumidos;
- direito à formação e informação;
- direito à protecção da saúde e da segurança;
- direito à protecção dos interesses económicos;
- direito à reparação dos danos



O conteúdo normativo de cada um encontra-se detalhadamente enunciado nos art.ºs 3.º a 15.º da Lei n.º 24/96, 31.07, com as modificações introduzidas pelo DL n.º 67/2003, 10/04 (Lei da Defesa do Consumidor, LDC) e em termos que nos permitem concluir que o legislador os concebe como *direitos subjectivos*<sup>1</sup> em sentido próprio. Não se trata, por outras palavras, de fórmulas que exprimam regras meramente objectivas, institucionais, estruturais ou estruturantes dos mercados, mas, sim, de regras que tutelam, ou tutelam também, pretensões subjectivas na esfera jurídica de cada consumidor.

Por outro lado, a Constituição reforça em favor dos consumidores a liberdade de associação (art.º 46.º) e a liberdade de iniciativa cooperativa (art.º 61.º, 2, 3 e 4), garantindo às associações e às cooperativas de consumo, em termos a definir por lei, o direito ao apoio do Estado – ou, mais genericamente, dos poderes públicos –, o direito de audição nas questões respeitantes à defesa dos consumidores e, ainda, o direito de acção popular para defesa

---

<sup>1</sup> Que o legislador os concebe como direitos subjectivos infere-se do disposto no art.º 16.º da LDC. Com efeito, o artigo faz aplicar a *nullidade* às convenções ou cláusulas contratuais que violem os direitos do consumidor (salvo cláusula contratual geral em contrário), mas, ao mesmo tempo, em divergência com o regime do art.º 286.º do Cód. Civ., restringe ao próprio consumidor, ou seu representante, a faculdade de invocar a invalidade. O consumidor é, assim, senhor da posição jurídica garantida por tal sanção, como é norma no direito subjectivo *típico*. Aliás, mesmo as regras e princípios que regulam os mercados financeiros, aparentemente destinadas em primeira linha a servir a realização de interesses públicos objectivos indisponíveis para qualquer um (cfr. art.º 101.º da CRP), *também* protegem *subjectivamente* os interesses dos depositantes e demais credores das instituições de crédito, dos investidores em valores mobiliários e dos segurados e beneficiários de seguros: art.º 76.º, 1, *b*) do DL n.º 201/2002, 26.09 (REGIC); art.º 358.º, a), do Cód. dos Valores Mobiliários (CVM); e art.º 157.º, 1, c) do DL n.º 94 – B/98, alterado pelo DL n.º 8 – C/2002, após a rectificação de 26.01.02 (Lei dos Seguros, LS). A dimensão individual dos interesses juridicamente protegidos neste domínio projecta-se na questão da responsabilidade civil das autoridades da Administração Financeira pelas acções ou omissões ilícitas que os lesem. É o que decorre da teoria da protecção (“*Schutztheorie*”), assumida no art.º 2.º, 1, do DL n.º 48 051, 21 de Novembro de 1967 (as “pessoas colectivas públicas respondem perante terceiros pelas ofensas ... das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses”).

dos associados ou de interesses colectivos ou difusos no domínio das questões de consumo (art.º 60.º, 3, e art.º 52.º, 3, a)). O regime geral aplicável às associações e cooperativas, criadas ao abrigo dessas duas liberdades fundamentais, está minuciosamente regulamentado na LDC, sendo idêntico para ambas as espécies de organizações (art.º 17.º, 4). A lista dos seus direitos é muito extensa (art.º 18.º, 1, alíneas a) a p) da LDC).

1.2. Uma das maneiras de o Estado cumprir a incumbência constitucional em referência consiste em estabelecer políticas de protecção dos consumidores adequadas e em criar, à semelhança do que acontece na generalidade dos países europeus, uma entidade administrativa especial com a missão de as promover e coordenar, de executar as medidas destinadas a garantir os direitos dos consumidores e de prestar apoio às suas organizações. Tal é entre nós o papel do Instituto do Consumidor, IC.

Segundo o art.º 21.º, 1 e 2, da LDC e o art.º 2.º da respectiva lei orgânica (DL n.º 195/93, de 24.06, LO), o IC é uma pessoa colectiva pública qualificada como instituto público e autoridade pública, sob a tutela do Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente. A lei (art.º 21.º da LDC e art.ºs 1.º- 10.º do DL n.º 234/99, de 25-06) confere-lhe os mais amplos e fortes poderes de intervenção nos mercados, nomeadamente, o poder de ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição das prestações de bens ou serviços, sempre que estejam em causa danos ou, simplesmente, riscos para a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores. No domínio das suas atribuições, o IC dispõe de competências similares às que a Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11.06, RJC) dá à Autoridade da Concorrência.

Aliás, o IC poderá, porventura, ser qualificado como autoridade reguladora sectorial, no sentido dos art.ºs 15.º e 29.º do RJC<sup>2</sup>. A

<sup>2</sup> Porém o art.º 6.º, 4, do DL n.º10/2003, de 18. 01, que indica 9 entidades reguladoras sectoriais no sentido do RJC, não inclui o IC neste elenco. Em todo o caso, a enumeração legal é declaradamente exemplificativa (“entre outras”).

verdade é que a actividade económica submetida aos seus poderes de intervenção faz parte da actividade sujeita aos poderes de intervenção da Autoridade de Concorrência, uma vez que, nos termos da LDC, consumidor é todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios (art.º 2.º). No entanto, não há coincidência entre o universo das relações económicas abrangidas pela RJC e o das demarcadas pela LDC. Para a Autoridade da Concorrência são relevantes todas e quaisquer actividades económicas (DL n.º 10/2003, 18. 01 e, sobretudo, art.º 1.º, 1, Lei n.º 18/ /2003, 11.06, que explicita ser a Lei aplicável “a todas actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo”). Mas só uma parte delas interessa ao IC: a que é constituída pelas relações económicas, digamos assim, *terminais*<sup>3</sup>, isto é, pelas relações em que o adquirente é um consumidor (no sentido *supra* indicado). As relações económicas entre profissionais (v.g. produtores e intermediários), por exemplo, caem fora da alçada da LDC.

De qualquer modo, se o IC for uma autoridade reguladora sectorial, estará obrigado a articular as suas acções com a Autoridade da Concorrência, sempre que elas tenham a ver com violações das leis da concorrência. Em tal caso, por exemplo, o IC será obrigado a dar conhecimento a esta Autoridade do seu projecto de decisão para que ela, num prazo razoável, se pronuncie previamente (art.º 29.º, 4, da RJC). Mas a *decisão final*, essa, há-de caber sempre ao IC.

1.3. A prática legislativa vai no sentido de o órgão de direcção das autoridades administrativas de regulação económica e financeira

---

<sup>3</sup> Talvez possa designar-se como terminal a relação em que intervém o consumidor (entendido no sentido da LDC): af o bem, serviço ou direito transmitidos atingem o termo da sua cadeia económica e o uso deles passa para o domínio pessoal ou privado do adquirente.

ser colegial (Conselho de Administração, Conselho Directivo, Conselho), sob a presidência de uma personalidade relevante (Governador, Presidente, Presidente do Conselho). É o caso, por exemplo, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, do Instituto de Seguros de Portugal ou da Autoridade da Concorrência.

Apesar desta cedência à ideia de colegialidade, cara às concepções democráticas do poder político e da ordem jurídica, as entidades em referência têm de comum o possuírem, todas elas, um sistema de governança, a final, eminentemente *presidencialista*: os presidentes dos seus conselhos dispõem do poder de, em circunstâncias excepcionais e por razões de urgência, praticar quaisquer actos da competência do órgão colegial, com o encargo de os sujeitar posteriormente a ratificação deste. A Lei Orgânica do BP (Lei n.º 5/98, de 31.01), por exemplo, autoriza a Governador a praticar os actos da competência do Conselho de Administração “se estiverem em risco interesses sérios do País ou do Banco (art.º 30.º, 1) <sup>4</sup>.

O IC afasta-se, de algum modo, deste figurino. Em rigor, o exercício dos seus poderes de regulação cabe *ab origine*, não a um órgão colegial – apesar de existir na sua orgânica um Conselho Administrativo <sup>5</sup> –, mas a um *órgão individual*, o presidente (art.º

---

<sup>4</sup> Vejam-se os lugares paralelos: art.º10.º, 1, f) do Estatuto da CMVM (DL n.º 473/2000, alterado pelo DL n.º 183/2003, 19.08); art.º 17.º, 2, do Estatuto do ISP; art.º 20.º, 4, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (18.01.2003).

<sup>5</sup> Com funções apenas em matéria financeira e patrimonial (art.º 5.º LO). O outro órgão colegial do IC era o Conselho Geral que o DL n.º 154/97, de 20.06, extinguiu, criando em sua substituição o *Conselho Nacional do Consumo*, CNC, com a natureza de *órgão independente, integrado no Ministério do Ambiente, de consulta e acção pedagógica e preventiva nas matérias atinentes aos direitos dos consumidores*. Mas esta entidade não é órgão do IC: pertence à administração directa do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e do Ambiente; as suas funções, de natureza eminentemente consultiva, destinam-se a servir o Governo, o IC, as associações de consumidores e cooperativas de consumo, a ANMP, as associações empresariais e as associações sindicais.

3.º, 1, a) e art.º 4.º da LO). É o presidente quem dirige o IC, emitindo avisos e recomendações para a salvaguarda dos direitos dos consumidores, aplicando coimas e sanções acessórias, presidindo à Comissão para a Segurança dos Serviços e Bens de Consumo ou representando o IC em júízo e fora dele (cfr. art.º 4.º, e respectivas alíneas, da LO), exigindo às entidades públicas e privadas fornecedoras de bens, prestadoras de serviços e transmissoras de direitos, as informações, os elementos e as diligências que entenda necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores, e ordenando em despacho fundamentado as medidas cautelares de cessação, de suspensão ou de interdição de fornecimentos de bens, de prestação serviços ou de transmissão de direitos (art.ºs 2.º a 10.º do DL n.º 234/99).

O presidencialismo do IC, alargado face à generalidade das autoridades administrativas de regulação económica e financeira, fundar-se-á na ideia de ser este o modo mais eficaz de, em geral, garantir, no domínio da protecção dos consumidores, a rápida tomada de decisões e respectiva execução. A verdade é que a matéria é da maior relevância para a salvaguarda de bens e valores constitucionalmente protegidos (a saúde e a segurança física, a formação e educação para a cidadania e para a civilidade, a prevenção de danos patrimoniais e não patrimoniais) e diz respeito a um universo de pessoas praticamente ilimitado – os consumidores –, no qual podem ocorrer, e ocorrem com frequência nas “sociedades de risco”, situações da maior gravidade, em larga medida imprevisíveis, e em que a rapidez da intervenção dos poderes públicos faz lei (*salus populi suprema lex est*). Valerá aqui, de certo modo, a característica que, segundo Montesquieu, distingue a administração, face à legislação e à jurisdição. Lê-se, com efeito, em *De l'esprit des lois* que o poder executivo se exerce sempre sobre *coisas momentâneas* (“...la puissance exécutive s'exerce toujours sur des choses momentanées”) e que, por isso, de acordo com o célebre defensor do governo moderado através da divisão de poderes, a **função** executiva deverá pertencer, não a um corpo ou grupo social, mas a uma *pessoa* singular (*idem*, livro XI, Cap. 6).

## II – A regulação como actividade administrativa

2.1. O termo regulação é usado em todo o arco das ciências jurídicas e sociais (direito, política, economia, finanças, sociologia ...) e das ciências físicas e tecnológicas. Talvez por causa da multiplicidade de campos de aplicação e dos inevitáveis cruzamentos entre eles, o conceito apresenta, em qualquer dos domínios, um emaranhado de sentidos nem sempre destringível. De qualquer modo, o termo regulação atravessa a linguagem das leis e a dogmática jurídica e a sua multivalência torna difícil encontrar fios condutores susceptíveis de garantir a racionalização exigida pela certeza e segurança jurídicas.

2.2. A expressão mais simples do fenómeno da regulação encontrar-se-á, porventura, nos sistemas de acção da cibernética clássica.

Aqui o termo denota o conjunto constituído por um *regulador*, um objecto *regulando* (algo que deve ser regulado, o “ambiente” ou “mundo” do sistema) e *regras operativas* (dispositivo ou programa) por meio das quais o regulador influencia o regulando, mantendo os comportamentos dele sob o seu controlo. Em sentido cibernético, a regulação corresponde, por outro lado, ao trabalho de um sistema com capacidade para ler a influência das suas próprias acções no mundo e de converter o resultado desta leitura em novas premissas de acção para o regulador (mecanismo de “*feed-back*” ou de retroacção). Assim entendido, o trabalho regulativo subordina-se a parâmetros predeterminantes e é insusceptível de se adaptar ou de evoluir à margem do repertório das soluções pensadas para os diferentes “estados do mundo”, que se achem, de qualquer modo, ordenadamente armazenados na memória ou programa do sistema.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> M. Crozier/E. Friedberg, *L'Acteur et le système, Les contraintes de l'action collective*, ed. Seuil (1977), pp. 210. Segundo estes autores, o modelo do sistema-escravo, “retomado por politólogos imaginativos, desemboca em proposições...

Em todo o caso, a regulação na teoria dos sistemas sociais não pode confundir-se com o comando do respectivo mundo por meio de um controlo total e automático, mecanicista. Uma ideia assim não condiz com a função dos sistemas sociais em geral, e, muito menos, nas sociedades abertas. Dá-nos deles tão-só uma *caricatura*. Esquece a dimensão estratégica, dinâmica, autogerida e objectivamente indeterminável da acção humana. Depois, separa, para um lado, as situações e os requisitos abstractos de cada medida e as ordens ou comandos correspondentes, e, para o outro, os actores concretos, os sujeitos, as pessoas de carne e osso. Não trata dos homens como agentes singulares e como artífices e criadores da história; trata de funções, de relações e de circuitos de informação, de necessidades, de fatalidades. Numa palavra, não considera “*a radical imprevisibilidade do comportamento humano*”<sup>7</sup> ou o *princípio da indeterminação histórica*<sup>8</sup>.

2.3. Hoje no campo político e social a regulação – nota-o Luhmann<sup>9</sup> – surge como instrumento da compreensão racional da história e da sociedade para muitos que se desiludiram de concepções historicistas e naturalistas que fizeram lei em largos estratos da cultura europeia nos séculos XIX e XX, alimentando as maiores ambições quanto à *calculabilidade* e *moldabilidade* da evolução das sociedades concretas. A verdade é que, aparentemente pelo

---

*ultradeterministas ou ultravoluntaristas, umas e outras caracterizadas pela total ausência de captação da realidade*”, pp. 211. Por seu lado, Lucien Mehl, *Elementos de uma teoria cibernética da Administração*, trad. de Dá Mesquita Gonçalves, ed. pol. AEISCSP, Cap II (pp. 34-99), ao distinguir vários sentidos do termo regulação, inclui no sentido mais geral “*o assegurar a marcha regular do sistema comandado (conservação de um valor de referência; continuidade ou sucessão normal de operações)*”; o conceito abrangerá, assim entendido, por conseguinte, o “*comando do sistema*”, bem como a sua “*pilotagem e condução*”, cfr. pp. 13.

<sup>7</sup> Crozier/Friedberg, cit., pp. 210.

<sup>8</sup> A. Barbosa de Melo, *Democracia e utopia (reflexões)*, Porto (1980), pp. 34.

<sup>9</sup> Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Surkampff (1989), pp. 324-

menos, as duas grandes ilusões a tal respeito fracassaram, seja a ideia de uma natureza fixa e imutável, capaz de garantir a previsibilidade das mudanças, seja a ideia de uma planificação onisciente com a possibilidade de representar *ex ante* e fazer produzir, com todo o rigor, “o mundo que há-de vir”. Foram crenças – assentes numa certa autosuficiência, senão na arrogância, das elites sociais e políticas ocasionalmente dominantes em algumas sociedades –, que se tornaram à evidência absurdas nas sociedades “de risco”, nomeadamente quando, na comunidade científica, a normalidade passou a compreender, um tanto paradoxalmente, a catástrofe e o caos<sup>10</sup>.

Neste contexto, a única maneira de atenuar a incerteza sobre o futuro consistiria numa intervenção regular e contínua, no processo social, por parte do agente histórico – pessoa, grupo ou corpo político –, a fim de manter as variações do mundo (mercado, indústria, ecossistema) *dentro dos limites de tolerância considerados aceitáveis*. A regulação, assim entendida, seria o meio que resta, após as desilusões do cientismo, de evitar que a história flua às cegas, à total revelia da previsão e da acção humana conscientes.

2.4. De origem anglo-saxónica, o termo *regulação* (*regulation*) foi-se instalando entre nós na linguagem das leis – com destaque para as “leis burocráticas” de Bruxelas e suas traduções oficiais – e na doutrina jurídica (administrativística, jurídico-económica, comercialística), aparentemente sem que tivessem sido tomados em conta conceitos e institutos jurídicos que, na cultura continental-europeia, mais se aproximam do sentido daquele termo. Por outro

---

<sup>10</sup> A *catástrofe* e o *caos*, tradicionalmente concebidos como ocorrências ou singularidades impenetráveis para a razão e para a ciência, passaram, nas últimas décadas, a fazer parte também do domínio da razão científica. Mais: a sua *teorização* (vejam-se, v. g., René Thom, *Paraboles et catastrophes*, tr. franc., Flammarion, 1983, e Gleick, *La théorie du chaos. Vers une nouvelle science*, tr. franc. Flammarion, 1991) permitiu abrir à Ciência portas diante das quais ela parava (turbulências, flutuações, fenómenos complexos, isto é, não domináveis linearmente – uma população animal, o deslizar de um fluído, um órgão biológico, uma tempestade atmosférica, etc.).



lado, o termo supervisão<sup>11</sup> ganhou foros de cidade, quer nos textos legais, quer nas obras doutrinárias. Regulação e supervisão passaram a valer, ora como sinónimos, ora como nomes de realidades distintas, desacompanhadas, neste caso, de regras que permitam dilucidar com segurança as diferenças.

À partida teria sido, porventura, pertinente perguntar: conceitos como *dominância, orientação, direcção, tutela, controlo, superintendência, inspecção, verificação*, que relação têm com o dois principais conceitos (regulação e supervisão) agora adoptados nas leis para identificar as modalidades da intervenção dos poderes públicos nas actividades económicas <sup>12</sup>?

Para ilustrar as incertezas e flutuações, que pululam neste domínio, basta compulsar o CVM. As expressões *supervisão e regulação*, que figuram, a título principal, no art.º 353.º, 1, a) e b), apontam aí para distintas operações de intervenção das autoridades públicas nos mercados dos valores mobiliários. O preceito, porém, não precisa minimamente as características de ambos os tipos de intervenção. Por outro lado, o art.º 360.º explicita, a título exemplificativo, dez procedimentos incluídos no conteúdo normativo da supervisão (acompanhamento da actividade da entidade subordinada; fiscalização do cumprimento da lei e dos regulamentos; aprovações e autorizações; registos; instrução de processos e aplicação de punições; poder de dar ordens e formular recomendações; difusão de informações; publicação de estudos). Por sua vez, o

---

<sup>11</sup> Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. (2001), Vol. I, pp.718, reserva a expressão poder de supervisão para designar a faculdade de revogação que o superior hierárquico tem sobre os actos do subalterno, poder este tradicionalmente denominado na literatura portuguesa *poder de superintendência*, cfr. Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I (1956), pp. 320; Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I (1973), pp. 247.

<sup>12</sup> Em relação a qualquer destes conceitos da teoria da organização talvez acabe por ser verdade o que Gehrig escreveu em 1969 a respeito de controlo: “não é possível uma determinação material geral do conceito de controlo que possa valer para todos os controlos ocorrentes nos mais diversos campos da vida” (Cfr. *Parlament – Regierung-Oposition. Dualismus als Voraussetzung für eine parlamentarische Kontrolle der Regierung*, pp. 11).

art.º 361.º, 2, inclui neste mesmo conceito aquilo a que chama as *prerrogativas* para o exercício da supervisão, as quais envolvem poderes públicos muito fortes (v.g. a pesquisa nos livros e documentos das entidades sujeitas, a intimação de pessoas para serem interrogadas, o poder de substituição, em caso de inércia das entidades a ele sujeitas, para a prática de actos da competência destas). A expressão supervisão, como se vê, compreende a generalidade dos actos relativos à intervenção da Administração Pública nas actividades da sociedade civil. Depois, os textos falam de *supervisão contínua* (art.º 362.º), de *supervisão prudencial* (art.º 363.º), mas não dizem de que é que isso em rigor trata, salvo pela indicação dos princípios a que a supervisão prudencial obedece (solvabilidade e liquidez das instituições e prevenção de riscos próprios, prevenção de riscos sistémicos e controlo da idoneidade dos titulares dos órgãos de gestão e dos titulares de participações qualificadas, art.º 363.º). Por fim, o CMV também adopta o termo *regulação*, mas, surpreendentemente, faz coincidir *regulação* e *regulamentação*, considerando-as como expressões equivalentes para denotar o conjunto dos regulamentos da competência da CMVM (art.º 369.º).

Em suma, o CVM coenvolveu os conceitos tradicionais de “fiscalização”, “controlo”, “tutela”, na expressão *supervisão*. Em vez disso, talvez fosse melhor, aqui como noutras áreas do direito, seguir o caminho aberto pela ciências administrativas e políticas usando o conceito *regulação* no sentido genérico de intervenção pública nas actividades societárias e guardando o conceito de *supervisão* para a denotação de alguns dos poderes exercidos naquela intervenção. Ao contrário, o CVM e as leis invertem a ordem das coisas e tratam a *regulação*, quase sempre, como se ela devesse ser uma sub-espécie da supervisão.

2.5. O conceito de controlo<sup>13</sup> exprime, nas teorias jurídicas e administrativas, uma relação entre duas entidades (o controlado e

<sup>13</sup> Püttner, Günter – *Verwaltungslehre*, 3ª ed., V. C.H. Beck (2000), pp. 339; H. J. Wolff/O. Bachof/R. R. Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd. 3, §161; Chevallier, J. – *Science*

o controlador), supostamente autónomas entre si, até certo ponto distantes, mas reciprocamente interactivas, de tal modo que “*onde exista subordinação de uma entidade à outra falar-se-á de obediência, de instrução ou de tutela, mas não de controlo*”<sup>14</sup>. Tratar-se-á, no vasto campo do direito público (direito constitucional, direito administrativo e direito judiciário), de uma operação cuja estrutura interna se identifica por quatro elementos essenciais:

- 1.º – um *termo concreto*, sobre o qual ou a pretexto do qual se exerce o acto ou juízo de controlo (um mercado, por exemplo);
- 2.º – um *termo abstracto* (padrão, medida ou critério de valor), que servirá para a *comparação* inerente ao juízo de controlo;
- 3.º – a *aproximação* entre os dois termos (ao fim e ao cabo, o acto ou juízo de controlo);
- 4.º – a razão de ser ou a *finalidade* do acto de controlo.

Por outras palavras: o controlo definido como fenómeno compara ou relaciona dois factores da situação em foco – o *devido* (“Soll-Wert”) e o *acontecido* (“Ist-Wert”)<sup>15</sup>. Pressupõe um *critério*,

---

*administrative*, 2ª ed. (1994); Bergeron, Gérard – *Fonctionnement de l’Etat*, Paris, 1965, pp. 50; Krebs, Walter – *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen. Ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrolle*, 1984, pp. 4.

<sup>14</sup> Assim Scheuner, Ulrich – *Die Kontrolle der Saatsmacht im demokatischen Saat. Die Eingrenzung der Macht in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Hannover (1977), pp. 10. J. M. de la Cuétara põe em destaque também a ideia de a regulação económica “*partir da existência de um âmbito de liberdade que deve ser regulado*”, cfr. *La Regulación Subsiguiente a la Liberalización y Privatización de Servicios Públicos*, pp. 196, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora (2001).

<sup>15</sup> Etimologicamente parece que o termo “controlo” deriva de “rotulus”(lat.), “rôle” (fr. antigo) – isto é, “papel” – e “contra-rotulus” (“contre rôle”, “contrôle”) – isto é, “contra-papel”. “Contra rotulus” correspondia, nas finanças do Estado do “ancien régime”, a *confirmação* das contas pela autoridade e conseqüente *quitação* do devedor; cfr. W. Krebs, pp. 4.

um *objecto* e a *determinação* da relação existente entre ambos. O *processo básico de controlo* – por palavras de Wheirich e Koontz – compreende, onde quer que este tenha lugar e seja qual for o *objecto* controlado, três passos distintos: (1) a definição de padrões, valores ou critérios de aferição; (2) a avaliação do seu cumprimento na situação concreta; (3) uma actividade de correcção dos desvios aos padrões de referência<sup>16</sup>.

No passo (3) toma corpo o efeito do acto de controlo sobre a acção controlada – um efeito que pode ir, numa escala de intensidade descendente, de 1.º – *dominação*; 2.º – *directão*; 3.º – *limitação*; 4.º – *vigilância*; 5.º – *verificação*; até 6.º – *registo ou comparação* <sup>17</sup>.

Ora é flagrante a coincidência entre este conceito geral de controlo – com assento, nomeadamente, nas ciências política e jurídico-pública – e o conceito de regulação das ciências sociais acima apontado. Também nestas ciências a regulação é em geral concebida como operação que, partindo da constatação de uma *diferença* entre a *orientação verificada* e a *orientação desejada*, procura reduzir esta diferença, no limite, a nada. O processo é *contínuo*: a uma acção de redução da diferença detectada seguir-se-á, por regra, – seja em razão das circunstâncias externas, seja em razão da falta de precisão do movimento –, a necessidade de corrigir de novo o curso das coisas, a fim de se preservar o rumo pre-estabelecido dentro de uma margem tolerável de variação <sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Wehrich, H./Koontz, H – *Management a Global Perspective*, 10ª (1993), pp. 578.

<sup>17</sup> Escala apresentada por Bergeron, Gérard, cit., pp. 50. É claro que o 1.º tipo de efeito (dominação) ultrapassa a relação de controlo, uma vez que a acção controlada passa, aí, a ser obra da entidade de controlo e do seu poder próprio. Ver sobre esta escala e o seu potencial explicativo, W. Krebs, cit., pp. 5.

<sup>18</sup> Cfr. Luhmann, cit., pp. 329, onde se utiliza, para exemplo prático da regulação, o mecanismo da retroacção (“feed-back”): “o objectivo é minimizar uma diferença (no caso do termostato, uma diferença de temperatura) e controlar continuamente o desvio que, aliás, se renovará sem cessar”.

A regulação – como diz Renate Mayntz<sup>19</sup> – consiste no agir de um *sujeito*, sobre um *objecto*, com vista à realização de um *fim*. Se a entendermos como “agir regulativo” (*Steuerungshandeln*) – por conseguinte, como obra de um sujeito guiada por uma intenção – fica claro o problema dos limites da regulação, isto é, os constrangimentos e riscos do seu desfecho: a actividade regulatória pode falhar – quer por causa de efeitos acessórios ou colaterais, inesperados ou indesejados, resultantes das medidas adoptadas, quer por deficiências ocorrentes na execução destas, quer, ainda, em consequência da chamada “auto-destruição das profecias” (o anúncio de um objectivo pode, só por si, vir a gerar a sua própria frustração). Trata-se, em suma, de uma actividade humana e, como tal, fatalmente dependente de margens de insucesso, mais ou menos significativas. Por isso é que Luhmann lembra a este propósito que quem põe no mundo um fim tem de o confrontar com o mundo – e isto pode correr bem ou não correr tão bem como se esperava.

2.6. Na nossa literatura jurídica os conceitos de supervisão, controlo ou regulação estão longe da univocidade de sentidos. Pelo contrário aparecem frequentemente amalgamados ou sobrepostos entre si a propósito da intervenção administrativa nos mercados, nomeadamente na área dos mercados financeiros<sup>20</sup>.

Assim, Menezes Cordeiro serve-se, a bem dizer apenas, do conceito de supervisão, distinguindo a supervisão geral, exercida sobre todo um sector e expressa através de normas gerais e abstractas, e a *supervisão stricto sensu*, correspondente ao controlo individual de cada instituição e traduzida em actos administrativos em sentido próprio. Tendo em vista os mercados financeiros, o

---

<sup>19</sup> Renate Mayntz, *Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma*, in *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, I (1987), cit. por Luhmann, pp. 399.

<sup>20</sup> Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário* (1999), pp. 126; Simões Patrício, *Aspectos Jurídicos da Supervisão Bancária*, in *Scientia Iuridica*, Vol. XLVIII, 1999, pp. 151-181; Nunes Pereira, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Valores Mobiliários*, in *Boletim de Ciências Económicas da FDUC*, 1997, pp. 13-65.

mesmo Autor define globalmente a supervisão como “actuação desenvolvida pelo Estado ou por outros entes públicos sobre os banqueiros, de modo a controlar a sua actividade” e associa-a ao *acompanhamento* das instituições supervisionadas por parte das entidades supervisoras.

Não muito longe anda Simões Patrício, para o qual a supervisão também é sinónimo de controlo ou fiscalização: um controlo exógeno, permanente, “vitalício” ou de “trato sucessivo”, onde estará incluída a própria regulamentação ou disciplina normativa da actividade a ela sujeita. Simões Patrício reconduz, por outro lado, a regulação ao “conjunto de regras que globalmente disciplinam o mercado e os serviços financeiros”, com vista, como propõe a OCDE, à prevenção de riscos sistémicos; acaba por fazer apelo à regulação prudencial (que abrangeria medidas de regulação propriamente dita e medidas de supervisão) e termina por dizer que “essencialmente é como supervisão prudencial que tal controlo se designa”.

Nunes Pereira, por seu lado, centra-se na *supervisão prudencial*. Esta abrangeria as actividades dos mercados financeiros e as suas relações com os clientes, tendo o objectivo de garantir a estabilidade e a consistência dos intermediários financeiros e, conseqüentemente, de proteger os clientes e investidores. De acordo com a lei, seja o CVM (art.º 363.º, 2), seja o RGIC (art.ºs 94.º ss), a supervisão prudencial visa manter a situação das instituições supervisionadas no respeito por determinados índices de fiabilidade estabelecidos na lei (capital social mínimo, composição dos fundos próprios, reservas, limites de assunção de responsabilidades, etc., etc.), para que as operações realizadas no mercado não ponham em risco intolerável a estabilidade financeira da própria instituição ou, mesmo, todo o sistema financeiro (*risco sistémico*). Certo é, também aqui, o facto de à supervisão se ligar a *ideia de continuidade*, isto é, a ideia segundo a qual a actividade supervisoras, reguladora ou controladora, como se queira, se exerce sem interrupções ou soluções de continuidade. A entidade administrativa – di-lo a lei para a CMVM (art.º 362.º CVM) – acompanha de *modo contínuo* a actividade das entidades sujeitas à sua supervisão, *ainda que não exista qualquer suspeita de irregularidade*.

Outra parte da doutrina jurídica prefere, para pórtico ou conceito-género, o conceito de regulação, compreendendo-o *como “organização e estabilização da acção de forças importantes mediante pequenos artificios capazes de as canalizar num ou noutro sentido”*, de tal maneira que o regulador económico mantém *“as forças poderosas derivadas da procura de lucro e da inovação tecnológica dentro de certos limites”* (J. M. Cuétara).

Vital Moreira, tomando a regulação<sup>21</sup> para ponto focal da sua construção, distingue, na linha da literatura americana, entre *regulação económica e regulação social* – a primeira terá por objecto a actividade económica, em si e por si, (v.g. o acesso à actividade, o mercado e preços, a quantidade e natureza dos produtos); a segunda com finalidades exteriores à actividade económica (protecção ambiental, segurança, ou outros interesses não-económicos dos consumidores). Em geral atribui à regulação, no campo do direito económico, o sentido operativo de actividade dirigida a *“alterar o comportamento dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores) em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado”*<sup>22</sup>.

Um conceito de regulação, assim amplo e dinâmico, permite racionalizar a *natural reversibilidade* das medidas regulatórias e denotar o conjunto de normas, de mecanismos e de actividades de controlo por parte da Administração Pública sobre as pessoas e instituições actuantes nos mercados.

### III – A actividade do IC como regulação

3.1. A intervenção administrativa na esfera das actividades económicas visa genericamente evitar ou minimizar as infracções à lei

---

<sup>21</sup> Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra 1997, esp. pp. 34.

<sup>22</sup> Cfr. Vital Moreira, cit. pp. 36.

e às regras de jogo próprias do respectivo mercado. Frequentemente toma a forma de controlo administrativo prévio ou preventivo.

É exemplar, mais uma vez, o que se passa no sector financeiro, nomeadamente com as entidades sectoriais nominadas (art.º 6.º, 4, do DL n.º 10/2003, cit.). Sujeitos a controlo estão aqui não só o acesso dos produtores e prestadores de bens e serviços ao mercado, como também a actividade diuturna das empresas e agentes que aí operam. Assim:

- 1.º – As instituições de crédito só podem constituir-se legalmente mediante autorização administrativa do BP ou do Ministro das Finanças (art.º 16.º do REGIC) e só podem iniciar a sua actividade após inscrição no BP (art.º 65.º do REGIC). Os actos jurídicos mais importantes na vida das instituições de crédito estão também sujeitos a autorização do BP, tais como as alterações estatutárias que digam respeito à firma, ao objecto, ao local da sede, que reduzam o capital social, que criem categorias de acções ou modifiquem as categorias existentes, que afectem a estrutura da administração ou da fiscalização ou limitem os poderes dos respectivos órgãos ou impliquem a dissolução da sociedade (art.º 34.º do REGIC). Compete ao BP, ainda, por exemplo, fixar os elementos e as características dos fundos próprios das instituições de crédito, a relação entre os fundos próprios e o total dos activos, os limites e formas de cobertura de responsabilidades perante terceiros, etc. etc. (art.ºs 94.º ss do REGIC).
- 2.º – Também a constituição de sociedades gestoras de mercados regulamentados carece de autorização do Ministro das Finanças, sob parecer da CMVM (art.º 15.º do DL 394/99, com rectificações, de 13.10), assim como o início da respectiva actividade depende de registo prévio na CMVM (art.º 21.º, *idem*). Por outro lado, a emissão de valores mobiliários, as ofertas públicas de distribuição (de venda, de subscrição), ou de aquisição e respectivos prospectos estão sujeitos a registo prévio na CMVM



(art.ºs 108.º ss, art.ºs 156.º ss, art.ºs 173.º ss, todos do CVM).

- 3.º – Do mesmo modo, o exercício da actividade seguradora está dependente de autorização do ISP e de um registo, aí organizado, de que conste a indicação actualizada de todas as vicissitudes que afectem a vida da empresa. Aliás, a actividade das companhias de seguro e de resseguro encontra-se sob contínua vigilância do ISP (cfr., por exemplo, os Títulos II e III do DL n.º 94-B/98, de 17.04, alterado pelo DL n.º 8-A/2002).

Também o IC realiza actividades de controlo administrativo que visam a prevenção de infracções e de desvios que afectem os valores determinantes (“causais”) da incumbência constitucional da protecção dos consumidores. Cabem nesta função preventiva, no âmbito da Lei n.º 24/96, por exemplo: o poder de solicitar e obter dos prestadores de bens e serviços as informações, os elementos e as diligências que entender necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores; o dever de participar na definição do serviço público de rádio e de televisão dirigido à informação e educação dos consumidores; o dever de promover acções de informação dos consumidores em geral e de apoiar as organizações destes (art.º 7.º); o poder de ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição da prestação de bens e serviços (cfr. art.º 21.º); o direito de acção judicial inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, quando estiverem em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos (art.ºs 10.º, 11.º e 13.º).

3.2. No leque das actividades de regulação também entra o controlo administrativo *repressivo* ou sancionatório.

A Autoridade da Concorrência e qualquer das entidades de regulação sectorial dispõem, em regra, de poderes sancionatórios *fortes* para reprimir as infracções das leis. Vejam-se os art.ºs 42.º ss da Lei da Concorrência, os art.ºs 232.º ss do REGIC, os art.ºs 407.º ss do CVM e os art.ºs 234.º ss do DL n.º 94.B/98.

O IC não faz excepção à regra: é da competência do presidente aplicar as coimas e sanções previstas na lei (art.º 4.º, 1, *b*) da LO). São, ao fim e ao cabo, as sanções correspondentes às contra-ordenações lesivas dos, ou perigosas para, os direitos dos consumidores.

3.3. O IC exerce, pois, uma actividade de regulação no âmbito da incumbência constitucional do Estado dirigida à protecção dos consumidores. É, assim, uma *autoridade administrativa de regulação*.

Mas será uma autoridade administrativa *independente* – como é moda reclamar-se, hoje e por muita parte, para instituições incumbidas deste tipo de funções? Não, claramente! É uma pessoa colectiva pública tutelada pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente (art.º 1.º da LO). Está, pois, sujeita ao *princípio da subordinação ministerial da actividade administrativa* (art.º 199.º, *d*) da CRP) e integra, assim, a administração indirecta do Estado.

E pergunto-me, em jeito de conclusão: seria *desejável* que o IC viesse a ser transformado numa *autoridade administrativa independente*?

Julgo que não. Por razões políticas, de que nos deu recentemente testemunho o Presidente Lula da República Federativa do Brasil, por considerações ligadas ao estilo europeu do *welfare state* e por princípios essenciais inerentes à tradição democrática do Ocidente.



**Doutrina**



## INTERVENÇÃO DE SUA EXCELÊNCIA O MINISTRO ADJUNTO DO PRIMEIRO-MINISTRO

DR. JOSÉ LUÍS ARNAUT

Exmo. Senhor Conselheiro Noronha Nascimento;  
Exmo. Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro;  
Exmo. Senhor Professor Doutor Menezes Cordeiro;  
Exmo. Senhor Dr. Joaquim Carrapiço;  
Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Quero começar por referir o grande prazer que tenho em estar hoje presente nesta cerimónia, organizada pelo Centro de Direito do Consumo, entidade integrada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que tem dado um inestimável contributo para a investigação e divulgação do Direito do Consumidor.

A crescente relevância económica, social e científica desta área do Direito, no seio da qual muitas questões se encontram ainda em aberto, tanto a nível nacional como a nível comunitário, tem suscitado um interesse crescente por parte da comunidade académica e obrigado a um tratamento cada vez mais rigoroso e exigente das matérias que lhe estão associadas.

A Faculdade de Direito desta Universidade tem assumido, nos últimos anos, essa missão, com um rigor e uma qualidade a que não posso deixar de fazer referência, pelo que felicito os seus responsáveis, hoje aqui presentes.

A política dos consumidores, cujos princípios basilares se encontram expressos no Programa do XV Governo Constitucional, estabelece como prioridade o reforço do exercício dos direitos dos consumidores e a aplicação efectiva da legislação em vigor.

Após anos consecutivos de intensa produção legislativa, que dotaram, já, o nosso ordenamento jurídico de um extenso e relativamente completo acervo normativo, tendente a tutelar as relações de consumo, impõe-se o início de um novo ciclo.

Sem embargo do reconhecimento da necessidade de uma reforma do direito constituído, torna-se imperioso investir em mecanismos que permitam que o exercício desses direitos se torne parte efectiva da vida dos cidadãos.

Trata-se de dar um impulso à justiça e ao equilíbrio que devem estar inerentes às relações de consumo e trata-se, acima de tudo, de incentivar nos consumidores uma maior consciência dos seus direitos e deveres de cidadania.

De entre as várias áreas identificadas como pontos-chave da actual política dos consumidores, permito-me destacar, hoje, o Acesso à Justiça e a Formação: reporto-me à formação dos consumidores para o consumo e à formação dos profissionais para esta área específica.

Um melhor e mais eficaz acesso à Justiça, através da criação e desenvolvimento de formas desburocratizadas, rápidas e pouco onerosas de resolução de conflitos de consumo, apresenta-se como um verdadeiro imperativo para a aplicação do Direito.

Neste sentido, foi já autorizado o alargamento da competência material do Centro de Arbitragem do Sector Automóvel, bem como o alargamento da competência territorial do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, ao qual aderiram os municípios que integram a Junta Metropolitana de Lisboa e, ainda, do Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Vale do Cávado (mais conhecido por Centro de Arbitragem de Braga) que viu estendida a sua competência aos Municípios de Barcelos, Esposende e Montalegre.

Mas pretendemos ir mais longe, incentivando e apoiando a criação de estruturas de informação, mediação e arbitragem, em zonas ainda não abrangidas e estendendo-as a sectores de actividade ainda não aderentes.

A formação específica dos profissionais da Justiça, bem como de todos aqueles que, no seu dia-a-dia, levam a lei ao conhecimento dos consumidores – refiro-me de um modo especial aos juízes, aos advogados, aos técnicos das estruturas autárquicas de apoio ao consumidor, aos profissionais dos Centros de Arbitragem e das Associações de Consumidores – representa uma aposta com uma importância acrescida no âmbito da actual estratégia.

As Universidades devem assumir, neste âmbito, um papel primordial, na abordagem das grandes questões legais em matéria de consumo, através da realização de estudos, da emissão de pareceres, numa palavra – através da Investigação – com a dignidade e a qualidade próprias da actividade universitária.

A realização de cursos de especialização académica, como é o caso da Pós-Graduação em Direito do Consumo, actividade que o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra inaugurou em Portugal e que tem vindo, aliás, a desenvolver com a excelência que sempre a caracterizou, representa um passo decisivo para a prossecução da actual política dos consumidores.

Não posso, também, deixar de referir as altíssimas expectativas que depositamos nos trabalhos da Comissão para a Reforma do Direito do Consumo, presidida pelo Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro.

Esta Comissão tem a seu cargo a importante missão de elaborar o Anteprojecto de Código do Consumidor.

Sem querer – nem dever! – ser exaustivo na concentração dos diplomas que regem os direitos dos consumidores – atenta a transversalidade própria desta matéria –, o Código do Consumidor apresenta-se como uma iniciativa tendente à racionalização e siste-



matização do núcleo central da legislação que tutela os direitos dos consumidores.

Esta codificação constituirá, estamos certos, um importante instrumento no sentido de aumentar a informação dos consumidores e intensificar, em geral, o acesso aos regimes reguladores das relações de consumo.

Termino, com uma palavra de especial apreço a todos aqueles que nesta casa têm dedicado o seu tempo e a sua atenção para as matérias próprias do direito do consumo, dedicação que, seguramente, dará frutos no nosso próprio quotidiano.

Assumindo-se a política dos consumidores como um esforço sério e permanente, tendente a garantir e a melhorar a qualidade de vida dos cidadãos, os seus protagonistas, onde quer que se encontrem, constituem uma importante realidade ao serviço dos outros.

Por isso, a minha especial felicitação a todos aqueles – entre professores e alunos – a quem o interesse por esta área tem reunido nesta Universidade, na esperança – digo mais: na certeza! – de que o seu trabalho e o seu empenho constituirão valiosos contributos para o incremento da qualidade, da lealdade e da justiça que devem acompanhar o dia-a-dia dos consumidores.

Muito obrigado!

MÁRIO TAVARES MENDES

Juiz Desembargador

Director do Centro de Estudos Judiciários

Magnifico Reitor da Universidade de Coimbra

Senhor Ministro Adjunto do Primeiro Ministro

Senhores Presidentes dos Conselhos Directivo e Cientifico da  
Faculdade de Direito

Senhor Presidente do Centro de Direito do Consumo

Senhor Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados

Senhor Presidente do Instituto do Consumidor

Senhores Conferencistas convidados

Minhas Senhoras, meus senhores

Uma vez mais este ano o Centro de Direito do Consumo e o Centro de Estudos Judiciários, em colaboração com o Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados organizam uma acção de formação permanente em matéria de direito dos consumidores sendo da mais elementar justiça começar por agradecer ao Prof. Dr. Pinto Monteiro todo o empenhamento que colocou na sua organização e toda a disponibilidade que sempre mostrou para

colaborar, de forma inestimável, com a Instituição que dirijo dessa forma enriquecendo, neste e noutros domínios do Direito, a formação inicial e permanente dos nossos magistrados.

Iguais agradecimentos são devidos ao Magnífico Reitor e aos senhores Presidentes dos Conselhos Directivo e Científico da Faculdade de Direito pela colaboração prestada na concretização desta acção e aos ilustres conferencistas que se disponibilizaram para, aqui, nos transmitirem o seu conhecimento.

Registo a presença do Senhor Ministro Adjunto do Primeiro Ministro como sinal do inquestionável empenhamento do Governo na concretização de uma política de defesa do consumidor cujo quadro geral se encontra definido tanto a nível interno como comunitário.

Na perspectiva do Centro de Estudos Judiciários, que aqui represento, é fundamental proporcionar aos magistrados portugueses a possibilidade de, de forma regular e actualizada, obterem formação no domínio do direito do consumo e da protecção dos consumidores, na medida em que só através dessa formação será possível, no exercício das suas funções, permitirem a concretização objectiva dos direitos inscritos no artigo 60.º da Constituição da Republica cujo conteúdo foi ampliado e enriquecido pela revisão constitucional de 1997.

Tanto no plano interno como no quadro mais vasto do espaço europeu em que estamos inseridos é necessário estabelecer e garantir um nível elevado de defesa da saúde e segurança dos consumidores sem, contudo, perder de vista a simultânea e equilibrada protecção dos interesses económicos legítimos que se lhe interligam.

O modelo desenhado para este Colóquio e, simultaneamente, acção de formação permanente, indo do tratamento de fundamentais aspectos desta temática à luz da ordem jurídica portuguesa até ao debate sobre as recentes tendências que se verificam, na União Europeia, reconhece a dimensão transnacional da protecção jurídica e judiciária dos direitos dos consumidores, num tempo de livre circulação de pessoas, capitais e mercadorias num tempo em que

o comércio electrónico de dimensão internacional e desconhecedor de fronteiras entrou, de forma irreversível no nosso quotidiano.

Todo o valioso contributo dos ilustres conferencistas aqui presentes ajudará, por certo a que, numa acção formativa que tem por destinatários magistrados dos nossos Tribunais, se reforce a ideia da dimensão transnacional das decisões proferidas no exercício da actividade judiciária.

O objectivo de concretização de um elevado nível comum de defesa do consumidor, enquanto objectivo definido na Estratégia da Política dos Consumidores para 2002/2006, definida pela Comissão Europeia, pressupõe, como se reconhece no texto da própria Estratégia, um outro objectivo, paralelo, de aplicação efectiva das regras de defesa dos consumidores, na perspectiva de que nenhuma lei é boa se não for devidamente aplicada. E mais reforçada é a necessidade de concretização deste objectivo pela realidade de um, muito próximo, alargamento do espaço da União Europeia que não deixará de ter um sensível impacto nas regras do mercado interno.

Dirigindo-se, em primeira linha, este seminário para magistrados e advogados, procurámos contribuir para a crescente sensibilização da imperiosa necessidade de reforço da formação desses operadores judiciários para esta complexa e dispersa matéria visando, como objectivo ultimo, a verdadeira concretização prática da defesa do consumidor.



REFLEXÕES EM TORNO DA QUALIDADE  
E DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES  
NA COMPRA DE HABITAÇÃO

JOAQUIM CARRAPIÇO

Presidente do Instituto do Consumidor

*Não sabia, por exemplo  
Que a casa de um homem é um templo*

**Vinícius de Moraes**

*No princípio  
A casa foi sagrada =  
Isto é habitada  
Não só por homens e por vivos  
Mas também pelos mortos e por deuses*

**Sophia de Mello Breyner**

***Introdução***

O parque habitacional português era constituído em Março de 2001 por 5.044.919 alojamentos, num total de 3.149.973 edifícios. Estes números divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística

representam um crescimento superior a 20% entre 1991 e 2001, ao nível dos alojamentos, e de cerca de 10% no que respeita aos edifícios.

A dimensão média dos edifícios também aumentou, passando, na última década de 1,46 para 1,6 alojamentos por edifício.

Dos alojamentos recenseados em 2001, 3.567.983 constituem residência habitual, 929936 são de uso sazonal e 547 000 estão vagos.<sup>1</sup>

O acesso a habitação própria teve na última década um acréscimo significativo na generalidade do país devido principalmente à aquisição de novos alojamentos.

Por outro lado, *“a compra ou construção de casa própria para residência permanente constituem para a grande parte das famílias portuguesas o maior investimento que realizam em toda a sua vida”*<sup>2</sup> sendo a principal fonte de endividamento.

No Quinquénio 84/89, em Lisboa, uma família precisava em média de seis anos de salário para adquirir a habitação, enquanto em 1990, em Madrid precisaria de 3,7 anos; em Paris 4,2; em Londres 7,2; em Amsterdão 4,8; em Viena 4,7; em Atenas 3,8.<sup>3</sup>

As despesas com habitação, água, electricidade e gás têm vindo a crescer e em 2000 constituíam 19,8% do total das despesas médias dos agregados familiares, atingindo na área metropolitana do Porto os 21%, enquanto na área metropolitana de Lisboa se ficaram pelos 17%, conforme resultado do Inquérito aos Orçamentos Familiares, promovido pelo INE.

Os dados referidos comprovam aquilo que já resulta do conhecimento empírico – a problemática da habitação, seja qual for a

---

<sup>1</sup> Cf. Instituto Nacional de Estatística (2002) Censos 2001, resultados provisórios, Lisboa.

<sup>2</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão et al (2002), o Endividamento dos Consumidores, Coimbra, Livraria ALmedina, p. 80.

<sup>3</sup> Cf. *ibid*, anotação, p. 81.

perspectiva, tem uma importância que não pode ser escamoteada, nem minimizada.

Em contrapartida a consideração dos interesses dos consumidores neste sector não acompanhou a evolução verificada, nem foi suficientemente aprofundada, subsistindo um conjunto de problemas a exigir a adopção de medidas de salvaguarda da posição do contraente mais débil.

São pois algumas reflexões que nos propomos partilhar convosco, embora abordemos as questões apenas superficialmente, esperando que outros, mais qualificados, as retomem e aprofundem.

### *Comprar casa é um tiro no escuro?*

*“Comprar casa é um tiro no escuro”* afirmava em título um jornal diário, em meados do ano passado. De facto, há que reconhecer-lo, as queixas dos consumidores são recorrentes. Aqui ficam alguns exemplos:

- *Adquiri uma casa em 18.Dez.97. A casa era nova e começou logo nesse Inverno a ter problemas de infiltrações. Desde então não tenho largado o construtor para me tentar resolver os problemas. Mas embora a vontade dele seja “aparentemente” boa não é suficiente. Os problemas nunca foram combatidos. A situação das infiltrações cada vez está pior e tem aparecido cada vez mais humidade e em sítios diferentes. Já não sei o que fazer.*
- *Adquiri há um ano uma fracção nova de habitação. Reclamei junto do construtor deficiências de construção e até à data ainda não foram eliminadas na totalidade, apesar de envio por carta registada, não obtive resposta.*
- *Em toda a casa as paredes têm fendas (umas maiores que outras) que segundo o construtor “irão desaparecer com uma pintura” (o que não me parece suficiente na medida em que alguns azulejos também estão rachados). Na medida*



*em que a casa ainda se encontra em garantia, contactei com o construtor indicando-lhe todos os problemas. Por sua vez, o construtor já tentou solucionar o problema mais de uma vez, testando várias formas de isolamento nas caleiras que recebem a água do telhado, o que não se mostrou eficaz na medida em que o problema subsiste.*

- *A licença de habitabilidade não sabemos como foi concedida pois as partes comuns encontram-se em fase de construção.*

O jornal “Portugal Diário” noticiava há alguns meses “Sete anos depois da derrocada de um prédio na Rua Alferes Malheiro, que provocou a morte de uma criança de 10 anos e ferimentos em 10 pessoas, o tribunal de São João Novo, no Porto, condenou dois empreiteiros a três anos de prisão, com pena suspensa, e ao pagamento de cerca de 10 mil contos (50 mil euros) por violação das regras de construção da obra.” (...)“Recentemente, foi a vez de um prédio de habitação, com cerca de três anos de vida, ruir parcialmente, na freguesia de Vilar de Andorinho, Vila Nova de Gaia. Uma derrocada que, felizmente, não deixou vítimas a lamentar mas que, em contrapartida, levou a casa de algumas dezenas de famílias. As causas do sinistro estão, neste momento, a ser investigadas pela autarquia de Gaia.”

A habitação, como qualquer outro bem, pode padecer de vícios ou defeitos aparentes e imediatamente reconhecíveis ou ocultos. Estes apenas se revelam em momento posterior ao da compra, muitas vezes anos após a aquisição. Entre estes podemos salientar:

- fundações deficientes, originando assentamentos diferenciais;
- estruturas mal dimensionadas, provocando fendas;
- drenagem deficiente das caves, provocando infiltrações;
- isolamento deficiente de terraços, originando infiltrações;
- isolamento térmico e acústico inexistente ou deficiente, originando desconforto e quebra de intimidade;
- instalações sanitárias e ligações à rede de esgotos mal executadas, dando origem a maus cheiros e problemas de escoamento;

- deficiente comportamento face às vibrações do trânsito ou acções sísmicas;
- instalações eléctricas insuficientes para o equipamento instalado;
- deficiente escoamento de fumos e gases.<sup>4</sup>

### *Apostar na qualidade*

O quadro assim traçado mostra-nos que, independentemente do custo da habitação, há que apostar na qualidade e nos mecanismos de garantia dos consumidores, enquanto compradores de habitação.

O conceito de qualidade de que partimos é um conceito alargado. Consideramos aqui não só a qualidade do espaço interno da habitação, mas também do envolvimento, a qualidade dos equipamentos e serviços urbanos que servem a habitação e a sua integração na cidade.

A qualidade do local onde foi construída a habitação há-de ter em conta as condições naturais do sítio, a eventual existência de linhas de água, ventos, o relevo, a orientação e exposição ao sol, as vistas, mas também do conjunto em que se integra – as condições de segurança, a aparência da zona, as acessibilidades, a eventual existência de fontes de poluição. Todos estes são elementos constituintes da qualidade de um alojamento. Todavia deter-me-ei, mais detalhadamente, na qualidade física do edifício que, na perspectiva do consumidor, se traduz em conforto, espaço, solidez e durabilidade.

A qualidade física do edifício nasce com o projecto, que desempenha um papel fulcral. A qualidade depende de vários factores:

---

<sup>4</sup> Cf. Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (1991) Guia do Comprador de Habitação, Lisboa, p. 104.

- da qualidade do projecto;
- da qualidade da estrutura que, sendo o esqueleto da obra dela depende a segurança e o comportamento do edifício em relação ao solo e às solicitações internas (sobrecargas de utilização) e externas (ventos e sismos);
- da execução criteriosa da obra;
- dos materiais utilizados.

A sua durabilidade depende para além da qualidade intrínseca, obviamente, também da manutenção de que for objecto ao longo do período de vida útil.<sup>5</sup>

### *Os direitos do consumidor*

Os direitos do comprador da habitação ou do consumidor que mandou construir uma habitação estão balizados pela Constituição da República Portuguesa, desde logo pelos artigos 65.º (Direito à Habitação) e 60.º (Direitos dos Consumidores). O primeiro reconhece o direito a uma habitação com dimensão e condições adequadas de habitabilidade e o segundo consagra os direitos dos consumidores entre os quais, e logo à cabeça, o direito à qualidade, o direito à informação, à protecção da saúde, segurança e interesses económicos, bem como à reparação de danos.

As exigências de qualidade na habitação e a regulação da relação jurídica entre empreiteiro e consumidor encontram a sua base em legislação diversa, nomeadamente no Código Civil e no Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

Todavia vamos deter-nos, por agora, na Lei da Defesa do Consumidor que, quer na sua versão de 1981, quer na actual, aprovada em 1996,<sup>6</sup> aprofunda o normativo constitucional, no que aos direitos do consumidor diz respeito.

---

<sup>5</sup> Cf. *ibid* pp. 89 e ss.

<sup>6</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (LDC).

De reter é, desde logo, o Art. 4.º que, sob a epígrafe “Direito à Qualidade dos Bens e Serviços” estatui que os bens e serviços devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na sua falta, de acordo com as expectativas legítimas do consumidor. A garantia para os imóveis é estabelecida no período mínimo de cinco anos, suspendendo-se esse prazo durante o período em que o consumidor se achar privado do uso dos bens, em virtude das operações de reparação resultantes de defeitos originários.

Por seu lado o Art. 7.º tem uma disposição que tem aplicação directa no comércio imobiliário. Decorre dele que as informações concretas e objectivas contidas em mensagens publicitárias ou folhetos promocionais da habitação se consideram integradas no conteúdo dos contratos que se venham a concluir.

A informação, quer nas fases da negociação, quer na fase de celebração dos contratos, é um dever que impende sobre o construtor e o vendedor, nomeadamente sobre as características, garantias e prazos de entrega. A falta de informação ou informação deficiente, se comprometerem a utilização adequada da habitação, atribuem ao consumidor o direito de retractação no prazo de sete dias úteis a contar da recepção do bem.<sup>7</sup>

### *Como garantir os direitos dos consumidores?*

Mas como efectivar os direitos dos consumidores, face aos possíveis atropelos ou vicissitudes que tem de defrontar quando pretende obter uma casa nova? Vamos deixar de lado os problemas, e também são muitos, associados à compra de habitação em segunda mão. Deixaremos também para mais tarde a questão da informação relevante que o comprador necessita para se determinar e poder exercer o seu direito de escolha, comparando objectivamente as diversas opções que o mercado lhe oferece. Sem informação clara

---

<sup>7</sup> Cf. Artigo 8.º da LDC.

e rigorosa o mercado não poderá funcionar com transparência. Mas a esse tema voltaremos.

O consumidor que pretende uma casa nova poderá optar por mandar construir a habitação, de acordo com os seus gostos e preferências, espelhados no projecto elaborado por um profissional contratado para o efeito. Depois recorre a um empreiteiro que, respeitando as regras da arte e os conhecimentos técnicos e os normativas legais, deverá realizar a obra.

Neste quadro colocam-se os problemas clássicos do cumprimento pontual do contrato, isto é, de acordo com o prazo convenicionado e também em conformidade com as suas cláusulas e especificações, sem vícios que excluam ou reduzam o valor da obra, ou a sua aptidão para o uso habitacional.<sup>8</sup> E levanta-se a questão da existência, ou não, de fiscalização adequada dos trabalhos. Estamos, aqui, no quadro clássico do contrato de empreitada.

A eventual existência de defeitos, a sua denúncia e eliminação estão regulados no Código Civil, em sede de empreitada, sendo relevante reter aqui o estabelecido no Art. 1225.º que, em relação aos imóveis destinados a longa duração (e todos os destinados a habitação se incluem nesta categoria), prevê uma garantia de cinco anos a contar da entrega, abrangendo vícios estruturais que ponham em causa a solidez e segurança da construção, mas também os outros defeitos que se vierem a revelar. O empreiteiro é responsabilizado por esta garantia legal, tal como o vendedor do imóvel que o tenha construído.

A compra é o mecanismo mais frequentemente utilizado pelo consumidor que pretende uma habitação. Este contrato de compra e venda pode ter várias configurações. O consumidor pode comprar um apartamento ou edifício já terminado, em construção, (tendo como referência um andar piloto), ou em projecto a construir no futuro. Qualquer destas modalidades levanta problemas específicos.

---

<sup>8</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, João (2002) *Compra e Venda de Coisas Defeituosas Conformidade e Segurança*, Coimbra, Livraria Almedina, p. 100.

A compra de edifício ou fracção em construção ou a construir suscita desde logo a questão do prazo para a finalização da obra e do ressarcimento de prejuízos, caso haja atraso na sua conclusão. Outro problema tem a ver com o próprio acabamento da obra. O recurso a um seguro ou uma garantia bancária para garantia da sua finalização reforçaria indubitavelmente os direitos dos compradores, quantas vezes defraudados por profissionais que, a meio da obra, entram em falência, desaparecem ou, pura e simplesmente, não têm os meios para finalizar a obra.

Para assegurar a posição do comprador de habitação em construção ou a construir a obrigatoriedade de afectação das verbas entregues a uma conta consignada à realização daquela obra específica é um outro mecanismo possível.

Este tipo de compra coloca, ainda, a questão da conformidade do edifício ou fracção com o que foi publicitado ou acordado. Não raro surgem questões relacionadas com a utilização de materiais de qualidade diversa da anunciada ou, por exemplo, uma densidade maior de construção na envolvente do prédio ou ainda a inexistência dos equipamentos colectivos prometidos.

E depois há o problema da garantia que, aliás, é comum à compra de casa já construída.

A garantia deve cobrir não só os defeitos graves, mas também os demais defeitos.

Sendo os imóveis para habitação destinados a longa duração, e sendo um dado adquirido pelo “saber de experiência feito” que os vícios ocultos se podem revelar ao fim de cinco, seis ou mais anos, fácil é concluir que o período de garantia deverá ser alargado. Só assim se não frustrarão as legítimas expectativas dos compradores.

A garantia decenal é amplamente praticada na Europa. A França já tem esta garantia desde 1804. Nos termos da mesma architectos e construtores são responsáveis pela qualidade construtiva durante 10 anos.

A qualidade tem de ser garantida pelos intervenientes na obra e pelo vendedor. A exigência do seguro que cubra as responsabili-

dades do projectista, do construtor e do promotor é uma prática usual em Espanha, na França, no Reino Unido e na Bélgica, para só citar alguns exemplos.

A garantia da garantia é, se me permitem a redundância, uma questão chave na protecção dos interesses dos consumidores. Porque é aí que muitas vezes falham os remédios para a resolução dos problemas dos consumidores. O arrastamento na solução dos problemas, o desinteresse, o virar as costas, quando não o absoluto desprezo pelos direitos elementares são práticas documentadas em relatos pungentes de consumidores, quantas vezes desesperados face à incapacidade de fazer valer, em concreto, os seus direitos.

Esta questão remete-nos para uma outra que é a necessidade de resolução de litígios entre compradores, vendedores e construtores de habitação.

A criação de organismos extra-judiciais de resolução de conflitos, nomeadamente através de arbitragem voluntária institucionalizada, poderá dar um poderoso impulso na superação da litigiosidade que grassa neste sector, libertando os Tribunais e facilitando, de uma forma expedita, a composição de interesses entre as partes desavindas. Estou convicto que um centro de arbitragem especializado, assente numa plataforma que reunisse representantes dos consumidores, dos profissionais (projectistas, construtores, vendedores) e seguradoras seria um instrumento fundamental para a confiança dos consumidores, para o reforço da qualidade e para modernização do próprio sector.

Por outro lado, questionamo-nos, porque os consumidores nos têm feito chegar também essa dúvida, se o mecanismo para atribuição de licença de habitação será o mais adequado. A concessão a entidades idóneas, tecnicamente apetrechadas, exteriores às autarquias, da possibilidade de emitirem a licença de utilização poderá ser, eventualmente, um caminho. Naturalmente que exigiria das autarquias o controlo destas entidades e pressupõe responsabilidade solidária destas entidades com o vendedor/construtor, a garantir mediante seguro de responsabilidade civil a celebrar para o efeito. Este é um assunto que deve merecer também a nossa reflexão.

### *Transparência e informação – uma medida concreta*

Referimos atrás que a transparência do mercado e a informação aos consumidores constituem questões fulcrais. Neste âmbito foi recentemente anunciado pelo Sr. Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro uma medida legislativa que visa, precisamente, preencher uma lacuna do nosso ordenamento jurídico.

Para assegurar a informação adequada dos compradores estabelecem-se algumas obrigações a cargo dos profissionais que se dedicam à actividade de construção e venda de imóveis destinados à habitação.

Desde logo, importa referir a obrigação a cargo destes agentes, em especial a cargo dos promotores, de elaborarem e disponibilizarem aos consumidores adquirentes um documento explicativo das características técnicas e funcionais da habitação, características estas que se reportam ao momento da construção.

Este documento explicativo, designado “Ficha Técnica da Habitação”, deve conter um conjunto mínimo de informações, redigidas em língua portuguesa, de forma clara e perceptível ao destinatário.

Da Ficha Técnica da Habitação constam obrigatoriamente os seguintes elementos:

- a identificação do vendedor, bem como a identificação do técnico autor do projecto de arquitectura e do construtor;
- descrição e constituição do prédio urbano;
- condições de acesso para deficientes motores, caso existam;
- dimensão total da habitação, incluindo partes exteriores se for caso disso, e de cada uma das divisões com a identificação da medida tomada como referência: área bruta, área útil ou área habitável;
- tipo e qualidade dos materiais utilizados na construção, especialmente, aqueles que estejam em contacto directo com os moradores e lista discriminada de fornecedores e respectivos contactos e moradas.



- descrição dos equipamentos de cozinha e sanitários incorporados na habitação;
- discriminação das linhas passíveis de ligação à rede de serviço de telefone e à rede de distribuição de sinal de televisão e rádio;
- descrição do sistema de segurança contra intrusão;
- planta simplificada da habitação, incluindo partes comuns e serviços acessórios;
- a localização do ramal de água, descrição da rede de água e plantas simplificadas das redes de água e de esgotos da habitação;
- a localização da coluna de alimentação eléctrica do edifício e dos respectivos contadores de electricidade e planta simplificada da rede eléctrica da habitação;
- a localização da coluna de canalização do gás e dos contadores de gás e planta simplificada do abastecimento de gás da habitação;
- localização da central e rede de detecção de incêndios e qual a sua cobertura;
- a localização das bocas de incêndio, das tomadas de água e dos extintores portáteis de incêndios;
- descrição e traçado da rede de climatização e aquecimento.

A Ficha Técnica da Habitação deve ainda descrever com rigor e clareza:

- o regime da garantia do imóvel, bem como o seu modo de accionamento em caso de detecção de defeitos;
- os estatutos e normas de funcionamento do condomínio, caso existam, e de informação relativa aos contratos de prestação de serviços que tenham sido celebrados com os condóminos;
- regras de manutenção dos equipamentos instalados que requerem tratamento especial.

Ainda no que se refere à Ficha, compete ao técnico responsável da obra comprovar a correspondência das informações cons-

tantes nessa Ficha com as características da habitação à data da construção. A comprovação é feita na própria Ficha através de declaração devidamente assinada pelo mesmo responsável.

Por outro lado, determina-se que a não apresentação de Ficha Técnica da Habitação implica a não celebração da escritura pelo notário.

Acresce também que o diploma prevê, a cargo do proprietário do imóvel, o dever de conservar a Ficha Técnica da Habitação e também consigna regras a que deve obedecer a publicidade sobre imóveis para habitação e a informação que deve estar disponível nos estabelecimentos de venda.

Conforme se referiu esta iniciativa visa garantir uma maior transparência do mercado, permitindo a comparação das diversas opções, e, por essa via, assegurar uma maior protecção dos interesses económicos e da segurança dos consumidores.

Gostaria que o estudo desta temática – da qualidade da habitação e da salvaguarda dos direitos dos consumidores – fosse aprofundado e conto, naturalmente, com os contributos e a excelência dos juristas desta, justamente, prestigiada Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do seu Centro de Direito do Consumo.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Coimbra, 28 de Março de 2003

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Teresa (2001) *Lei da Defesa do Consumidor Anotada*, Lisboa, Instituto do Consumidor
- ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS (1976) *Construire sa maison*, Bruxelles

- CALAIS – AULOY, STEINMETZ, Frank (1980), *Droit de la Consommation*, Paris Dalloz
- CALVÃO DA SILVA, João (2002) *Compra e Venda de Coisas Defeituosas Conformidade e Segurança*, Coimbra, Livraria Almedina
- DEPARTAMENTO DE COMÉRCIO, CONSUMO Y TURISMO (1994), *Manual para la adquisición de vivienda*, Bilbao
- DUARTE, Diogo (1991) *Acesso à Habitação Própria - Alguns problemas Jurídicos*, Lisboa, Instituto Nacional de Defesa do Consumidor
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (2002) *Censos 2001, resultados provisórios*, Lisboa
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (1991) *Guia do Comprador de Habitação*, Lisboa
- INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO (1987) *ABC..... de la vivienda*, Madrid
- MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. (2002), *O Endividamento dos Consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina
- SECRETARIA DE ESTADO DA HABITAÇÃO (2001), *Guia Prático da Habitação*, Lisboa

# EL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER LETE ACHIRICA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. La Política de Protección de los Consumidores en la Unión Europea. – II. El Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea: Planteamiento y Objetivos: 1. *Situación actual*. 2. *Perspectivas de futuro*. III. Derecho Europeo de Consumo y Derecho Europeo de Contratos. 1. *Estado de la cuestión*. 2. *La Comunicación de la Comisión y sus consecuencias*.

## I. La política de protección de los consumidores en la Unión Europea

Es hoy un lugar común comenzar el estudio de la protección de los consumidores afirmando que la versión inicial del Tratado de Roma no contenía ninguna disposición concreta dirigida a la defensa de sus intereses económicos y jurídicos, sino sólo algunas referencias de carácter tangencial a propósito de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos europeos, de la política agraria común o de las normas sobre defensa de la competencia<sup>1</sup>. Esta situación era coherente con las circunstancias

---

<sup>1</sup> Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, 2003, pp. 7-8.

que habían dado lugar a la creación de la entonces Comunidad Económica Europea como articulación de un mercado común ente sus miembros. De hecho, la política de protección de los consumidores tiene su origen en una resolución del Consejo de 1975, que aprobó un programa preliminar al respecto con el fin de “efectuar una política comunitaria que se ocupe de proteger a los consumidores y que reagrupando, intensificando y completando los trabajos de la Comunidad en este sector, afirme el interés de ésta por la mejora cualitativa de las condiciones de vida de sus nacionales”<sup>2</sup>. A esta resolución le siguieron otras posteriores que, además de configurar nuevos aspectos sobre la protección de los consumidores, establecieron la necesidad de integrar dicha protección con las demás políticas de la Comunidad<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, la política de protección de los consumidores careció de fundamento jurídico concreto hasta la entrada en vigor del Acta Única Europea, que introdujo en el Tratado de Roma el artículo 100 A, en cuyo apartado tercero se habla de la protección de los consumidores como un objetivo específico de la Comunidad. Si bien es cierto que en esta época dicha protección

---

<sup>2</sup> La resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 (DOCE núm. C 92, de 25 de abril de 1975, pp. 65-80) contiene el mencionado “programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores”, donde pretende delimitar el ámbito de actuación de la Comunidad y señala como objetivos de su política cinco derechos fundamentales de los consumidores: derecho a la protección de la salud y de su seguridad; derecho a la protección de sus intereses económicos; derecho a la reparación de los daños; derecho a la información y educación y derecho a la representación.

<sup>3</sup> Se trata de la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 (DOCE núm. C 133, de 3 de junio de 1981, p.6), que trata de un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores; la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986 (DOCE núm. C 167, de 5 de julio de 1986, p.1), relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores, considerado el “tercer programa” y la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 (DOCE núm. C 294, de 22 de noviembre de 1989) sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor o cuarto programa comunitario destinado a la protección de los consumidores.

no aparece reconocida como una política comunitaria propiamente dicha, no lo es menos que “se ha convertido en un objetivo de la política normativa de la Comunidad tendente a conseguir el mercado interior”. Por tanto, la protección del consumidor no es un fin en sí misma considerada, sino un medio para conseguir un fin, consistente en la efectiva realización del mercado interior, lo cual explica que aparezca vinculada a la libre circulación de mercancías y servicios y a la política de defensa de la competencia. En este contexto, se trata de hacer equivalentes los requisitos que se imponen a los consumidores para acceder a la adquisición de bienes o servicios y las cargas u obligaciones que los suministradores de tales bienes o servicios deben asumir como consecuencia de dichos requisitos<sup>4</sup>.

Actualmente, el artículo 153 del Tratado de Roma, determina en su apartado primero que con el fin de promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, “la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”. De hecho, al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias, también “se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”, tal y como determina el apartado segundo del mismo precepto. Se pone así de relieve la “interrelación” entre la política de protección de los consumidores y otros ámbitos normativos de competencia de la Comunidad. En todo caso, según el apartado tercero, “la Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior. b) Medidas que apoyen, complementen y supervisen las política llevada a cabo por los Estados miembros”. En este contexto, los Estados miembros podrán adoptar medidas de mayor protección, que, en todo caso, deben ser compatibles con el propio Tratado (apartado cuarto).

---

<sup>4</sup> Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 10.

## **II. El Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea: planteamiento y objetivos**

### **1. Situación actual**

El Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 ha sido elaborado con la plausible intención de iniciar una amplia consulta pública sobre la futura orientación que debe tomar la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, no supone una novedad respecto de la forma de trabajar de la Comisión Europea de acuerdo con la experiencia que viene desarrollándose a lo largo de los últimos años, ya que los libros verdes son documentos de reflexión sobre un determinado ámbito político, especialmente destinados a las partes interesadas, a las que se invita a participar en dicho proceso de consulta y debate. En numerosas ocasiones estos libros han terminado desembocando en ulteriores desarrollos legislativos por parte de la Comisión, por lo que su lectura y subsiguiente reflexión suelen aportar interesantes pistas acerca de por dónde pueden desarrollarse futuras iniciativas regulatorias.

El Libro Verde se divide en dos partes claramente diferenciadas. La primera, en la que se expone de forma general el estado de la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea, tanto desde el punto de vista de la normativa y jurisprudencia comunitarias, como por lo que se refiere a las respectivas reglamentaciones nacionales. La segunda, titulada “la futura orientación de la protección de los consumidores en la Unión Europea”, plantea, con una clara vocación de futuro, diversas opciones que pudieran tenerse en cuenta con vistas a lograr una mayor armonización de las normas de protección de los consumidores o, lo que es lo mismo, de un verdadero “mercado interior de consumo”: un enfoque específico, a través de nuevas Directivas sobre materias concretas, o un enfoque mixto, mediante la elaboración de una Directiva marco amplia con el fin de armonizar las normas nacionales de equidad en las prácticas comerciales entre empresas y consumidores. A continuación, se plantean otras cuestiones que tienen que ver

con este último enfoque denominado mixto, dedicándose un último apartado al problema de la aplicación en la Unión Europea de las normas sobre protección de los consumidores. No resulta desdeñable el hecho de que la Comisión tenga en cuenta, a la hora de abordar los temas que incluye en el Libro Verde, la ampliación de la Unión a veinticinco Estados a partir del 1 de mayo de 2004, especialmente si se repara en la circunstancia de que la mayoría de los nuevos Estados miembros han tenido que pasar por complejos y todavía no resueltos procesos de adaptación de sus respectivos sistemas jurídicos y económicos. Lo cual plantea la oportunidad de debatir acerca del verdadero alcance de la eficacia y aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores en la actualidad con el fin de poder determinar su necesaria adaptación a una realidad cada vez más compleja.

Como muy bien se indica en el Libro Verde, las Directivas sobre protección de los consumidores pueden calificarse de normas de ámbito o aplicación general, como son las Directivas de publicidad engañosa, modificada por la de publicidad comparativa, sobre indicación de precios, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo y normas sectoriales, que afectan a sectores o métodos específicos de venta, tales como las Directivas sobre productos alimenticios, cosméticos, denominaciones textiles, medicamentos para uso humano, viajes combinados, contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, crédito al consumo, venta a distancia, instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático y adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Mientras que las Directivas pertenecientes a la primera categoría se caracterizan primordialmente por su carácter “transversal”, lo que las hace aptas para ser aplicadas a muy diversos ámbitos de la actividad económica en que intervienen consumidores<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> Entre todas ellas destacan, por su importancia, la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE núm. L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29) y la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12).



las del segundo grupo se refieren a ámbitos muy concretos de la contratación de productos o servicios, si bien también regulan materias que tienen que ver con la información adecuada que se suministra a los consumidores. A todas las anteriores hay que añadir también la Directiva sobre acciones de cesación, que introduce un mecanismo de aplicación de muchas de las Directivas mencionadas, así como igualmente otras, que, sin tener como objetivo principal la protección del consumidor, también contienen algún tipo de norma de protección o regulan la competencia de las autoridades nacionales para introducir normas de protección de los consumidores. Tal es el caso de la Directiva sobre comercio electrónico, que afecta a la publicidad y venta a los consumidores por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información, y la Directiva sobre la televisión sin fronteras, que coordina ciertos aspectos de las comunicaciones comerciales a través de los medios de radiodifusión. Por último, en materia de litigios transfronterizos en que intervengan consumidores, no puede dejar de aludirse tanto al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, convertido actualmente en el Reglamento de 22 de diciembre de 2000<sup>6</sup>, como al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, contienen normas relevantes para determinar la jurisdicción o Estado miembro competente y la legislación nacional aplicable al contrato. Naturalmente, la labor que viene desarrollando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a propósito de la compatibilidad entre el Derecho comunitario y ciertas normas nacionales de protección de los consumidores es de primordial importancia para determinar el verdadero alcance de muchas de las Directivas mencionadas.

---

<sup>6</sup> Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La Comisión es plenamente consciente en el Libro Verde del hecho de que las ya numerosas Directivas sobre protección de los consumidores constituyen un entramado incompleto y, en cierto modo, fragmentario, al menos si se compara con la regulación existente sobre el particular en muchos de los Estados miembros de la Comunidad. Por otra parte, algunas de tales Directivas tienen un origen muy concreto “como una respuesta muy precisa a problemas específicos”, lo que plantea la cuestión de su inevitable obsolescencia frente a la evolución de las prácticas comerciales<sup>7</sup>. Por todo ello, la relación entre la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores y los respectivos Derechos nacionales resulta ser cada vez más complicada y, lo que es peor, de difícil comprensión para profesionales y consumidores. De nuevo habría que recordar en este punto la doctrina del Tribunal de Justicia acerca del reconocimiento de la eficacia vertical de las Directivas comunitarias, pero no del denominado “efecto directo horizontal”, justamente el que podría ser relevante sobre esta materia de protección de los consumidores. El Tribunal no reconoce el efecto directo de las Directivas no transpuestas en plazo por los Estados miembros, cuando aquéllas tienen por objeto relaciones entre particulares<sup>8</sup>, y sólo reconoce una cierta aplicación horizontal de las Directivas a través del reconocimiento del denominado “efecto indirecto”, que consiste en la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a las Directivas no transpuestas<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> En palabras de la Comisión, “esto podría hacer superfluas las normas comunitarias, restringir innecesariamente la innovación o permitir que los comerciantes poco honrados vayan por delante de la ley. El tiempo necesario para modificar estas Directivas y adaptarlas al progreso tecnológico manteniendo al mismo tiempo el mismo nivel de protección de los consumidores viene a sumarse a dicha falta de flexibilidad”.

<sup>8</sup> Dicha doctrina aparece en la sentencia *Marshall I*, [sentencia TJCE de 26 de febrero de 1986 (M.H. Marshall/Southampton-West Hampshire Area Health Authority, 152/84, Rec., p. 723)], y fue posteriormente detallada, en materia de protección de los consumidores en la sentencia *Faccini Dori* [sentencia TJCE de 14 de julio de 1994 (Paola Faccini Dori/Recerb Srl, C-91/92, Rec. I, p. 3325)].

<sup>9</sup> Sentencia *Faccini Dori*, fundamento 26.

## 2. Perspectivas de futuro

Ante esta situación insatisfactoria, que implica que las normas de protección de los consumidores y su consiguiente armonización no ha logrado un nivel desarrollo similar al alcanzado por otras disposiciones que tiene que ver con el tráfico empresarial y comercial, la Comisión se plantea las posibles alternativas que pudieran existir para intentar mejorar esta situación. En definitiva, para que el denominado "mercado interior del consumo" pudiera alcanzar todo su potencial, aumentando el grado de confianza de los consumidores y el nivel de seguridad jurídica. En este contexto, la discusión se ha centrado en discutir el tipo de enfoque que podría adoptarse para conseguir un mayor grado de armonización, un enfoque específico o concreto, o un enfoque mixto.

El denominado "enfoque mixto" consistiría en adoptar nuevas Directivas sobre materias específicas, tal y como se ha venido haciendo habitualmente en materia de protección de los consumidores al regular cuestiones concretas. De esta manera, habría que proceder primero a delimitar el ámbito de aplicación de tales Directivas para dotarlas a continuación de contenido. Entre las ventajas que la Comisión señala al respecto destaca de manera preponderante el hecho de que su aprobación sería mucho más factible que en el caso de Directivas de ámbito general. Si esto puede ser cierto en una Unión Europea limitada a quince Estados, mucho más lo será en otra ampliada a veinticinco. De hecho, la mayor parte de las Directivas aprobadas hasta ahora no sólo se referían a materias concretas, sino que además han sufrido en muchos casos una notable "rebaja" de su contenido desde su versión inicial, normalmente siempre más ambiciosa, hasta su aprobación definitiva<sup>10</sup>. Sin embargo, los inconvenientes de este sistema no

---

<sup>10</sup> Este es el caso, entre otras, de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 280, de 29 de octubre de 1994, p. 83). Su título, verdaderamente farragoso, pone claramente de

son pequeños, porque la adopción de normas lo más concretas y limitadas posibles, en el sentido de su ámbito de aplicación, también conlleva un riesgo evidente, cual es el de quedar superadas como consecuencia de la evolución del mercado o incluso por haberse cumplido las previsiones legales de las propias Directivas. En este sentido, no cabe duda que cuantas más Directivas existan, mayor será el problema de su actualización o reforma para intentar adaptarlas a las nuevas circunstancias que pudieran plantearse. Es significativo que el propio Libro Verde afirme rotundamente que “todo esto representa un programa de envergadura formidable, quizás inalcanzable, a largo plazo”.

Por otra parte, resulta llamativo, y me gustaría ponerlo de relieve, que la Comisión parece manifestarse en contra de las denominadas “cláusulas mínimas” incluidas en las Directivas de protección de los consumidores, lo que conlleva, evidentemente, una mera armonización “mínima” de tales materias cuando aquéllas son transpuestas en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Aunque en primer lugar se reconoce que los propios límites del ámbito de aplicación de la regulación existente sobre protección de los consumidores justifican dicha armonización “mínima” o limitada, a continuación añade que “la decisión de continuar con el planteamiento de legislación selectiva y específica requeriría un compromiso claro de los Estados miembros para cambiar esta política, tanto en lo que se refiere a las Directivas ya existentes como a las de nueva creación”. Esta última afirmación me parece una declaración de intenciones evidentemente arriesgada, que, al margen de otras consideraciones, implicaría cambiar el enfoque utilizado hasta ahora en las Directivas de protección de los consumidores. Además, quizás no se presta demasiada atención

---

relieve la voluntad del Parlamento y de la Comisión de limitar de manera consciente el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Lo mismo puede decirse de la más reciente Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12), que limita su contenido a “determinados aspectos” de la compra y garantías de bienes de consumo.

a la disparidad existente en esta materia entre los distintos Estados miembros, algunos de los cuales podrían no estar interesados en acordar un nivel demasiado elevado de protección, mientras que otros podrían ser favorables como consecuencia de contar con una legislación interna más desarrollada y exigente que la propia normativa europea<sup>11</sup>. En cualquier caso, la Comisión reconoce que resulta difícil de calcular cuál sería el número de Directivas necesarias para cumplir con el ambicioso objetivo de lograr un mercado único en materia de consumo, si bien especifica, algunos de los posibles ámbitos de actuación, tales como la publicidad, las prácticas de comercialización, los pagos y los servicios postventa.

La otra alternativa consistiría en elaborar una Directiva marco comunitaria amplia, “tecnológicamente neutra” con el fin de armonizar las normas nacionales sobre equidad en las relaciones comerciales entre empresarios y consumidores. En palabras de la Comisión, “se basarían en modelos similares a los existentes en algunos Estados miembros y terceros países para la protección de los consumidores, y escala de la Unión Europea para la seguridad de los productos y la propuesta para la seguridad alimentaria. Una Directiva marco general no anularía Directivas relativas a sectores específicos como la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos, ni una futura legislación, como el Reglamento propuesto sobre las promociones de ventas y futuras modificaciones de esta legislación (por ejemplo, la Directiva sobre la televisión sin fronteras). La Directiva marco constituiría una red de seguridad para las prácticas en las que se han detectado restricciones transfronterizas y que no entran dentro de los ámbitos de aplicación coordinados de las Directivas dirigidas a sectores específicos. Cuando fuera necesario, la Directiva marco iría acompañada, en su momento, por una reforma de las Directivas de protección de los consumidores existentes, para garantizar la coherencia general del sistema de protección de los consumidores. Una reforma de este tipo podría

---

<sup>11</sup> El planteamiento de la Comisión en el Libro Verde parece dejar de lado la idea de compromiso que subyace en las cláusulas de armonización mínima incluidas en las Directivas sobre protección de los consumidores.

abordarse una vez establecida la Directiva marco, y cuando su funcionamiento en la práctica haya permitido adquirir cierta experiencia". Las características de esta Directiva marco permitirían obviar la necesidad de contar al menos con un conjunto muy numeroso de Directivas más detalladas sobre protección de los consumidores.

Como a continuación matiza la Comisión, para obtener un adecuado grado de certeza e intentar evitar diferencias de interpretación entre los tribunales de los diferentes Estados, dicha Directiva marco debería ser algo más que un simple principio general de regulación de las prácticas comerciales entre empresarios o profesionales y consumidores, aspirando a lograr establecer normas claras a escala de la Unión Europea. Este planteamiento conlleva también, sin embargo, un mayor grado de dificultad a la hora de ponerse de acuerdo sobre su contenido, así como también en la tarea de lograr el consenso necesario para su posterior aprobación. No cabe duda que este segundo enfoque supone un cierto "cambio de tendencia" en la forma utilizada hasta ahora para legislar sobre estas materias por la Comunidad, si bien surgen dudas sobre su verdadera capacidad para lograrlo.

En el caso de decidirse por este enfoque denominado mixto, la Comisión considera que podría establecerse un principio o cláusula general consistente en no recurrir a prácticas comerciales desleales, que debería completarse con pruebas generales de equidad y normas específicas que permitieran eliminar las diferencias existentes en las distintas reglamentaciones nacionales. Tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como las legislaciones internas de los Estados miembros podrían servir de modelos para formular la citada cláusula general. En el planteamiento de la Comisión parece existir la convicción de que una Directiva marco o general, bien con una formulación positiva de "prácticas comerciales leales" o "buen comportamiento comercial", bien en sentido negativo de prohibición de prácticas fraudulentas y engañosas, serviría para allanar el camino de introducir un mayor grado de seguridad jurídica para empresarios y consumidores. Este planteamiento resulta, cuando menos, discutible, como

la propia Comisión pone de relieve al aludir al riesgo de divergencia a la hora de interpretar la Directiva marco por los tribunales nacionales. Por lo cual plantea la idea de elaborar un conjunto de orientaciones prácticas no obligatorias, en un lenguaje fácilmente comprensible, dirigidas a empresarios, consumidores, jueces y funcionarios competentes. “Tales orientaciones podrían adoptar la forma de recomendaciones de la Comisión o de lista indicativa de ejemplos de prácticas comerciales generales y específicas de un sector. Una lista de este tipo, similar a la utilizada en la Directiva sobre las cláusulas abusivas de los contratos, presentaría la ventaja de estar más formalmente ligada a la legislación en la que se inspira. Cabría también la posibilidad de que la Comisión y los Estados miembros pudieran actualizar la lista, mediante un comité regulador, para prevenir su obsolescencia. En cualquier caso, las orientaciones tendrían que elaborarse en un entorno de máxima transparencia y consulta”. Lo cual implica, naturalmente, un cierto nivel de participación de las partes interesadas en la elaboración de dichas orientaciones prácticas, que podría venir diseñada en la propia Directiva marco<sup>12</sup>.

### **III. Derecho europeo del consumo y Derecho europeo de contratos**

#### **1. Estado de la cuestión**

El debate sobre una posible armonización del Derecho privado de los Estados miembros y, más concretamente, del Derecho de contratos tiene su origen en sendas Resoluciones del Parlamento

---

<sup>12</sup> Sin embargo, la Comisión indica que “para que esto sea posible, la Directiva marco tendría que establecer un marco para esta participación y criterios para los organismos interesados, y los organismo de tipo comunitario deberían estar mejor organizados y financiados y tener más capacidades que las actuales, y su financiación tendría que revisarse”.

Europeo de 1989 y 1994, en las que se propuso la idea de armonizar el Derecho privado de los Estados miembros, y, más concretamente, la de elaborar un verdadero Código europeo de Derecho privado<sup>13</sup>. Posteriormente, en su Resolución de 16 de marzo de 2000<sup>14</sup>, sobre el programa de trabajo de la Comisión para el año 2000, solicitó a la misma que elaborase un estudio en dicho ámbito. No obstante, el Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, ya había tomado nota de los trabajos realizados por la Comisión para elaborar un Derecho contractual europeo, y la había invitado a llevarlos a la práctica. Es más, en sus propias conclusiones había afirmado que “en un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos”<sup>15</sup>. En coherencia con este planteamiento, incluyó un Capítulo VII sobre una “Mayor convergencia en Derecho Civil”, en el que se indica que “por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001”<sup>16</sup>. Como fácilmente puede observarse, los objetivos a alcanzar resultan ser muy ambiciosos, pues dicha referencia a la “legislación civil” *a priori* podría englobar con naturalidad todas las materias propias del Derecho privado (Derecho de obligaciones, Derecho de bienes, Derecho de familia, Derecho

---

<sup>13</sup> Resolución A2-157/89 (DOCE núm. C 158, de 26 de junio de 1989, p. 400) y Resolución A3-0329/94 (DOCE núm. C 205, de 25 de julio de 1994, p. 518). En estas Resoluciones el Parlamento Europeo afirmó que la armonización de determinados sectores del Derecho privado era esencial para lograr la plena realización del mercado interior, proponiendo en este sentido la adopción de un Código Civil europeo.

<sup>14</sup> Resolución B5-0228, 0229-02230/2000, p. 326, apartado 28 (DOCE núm. C 377, de 29 de diciembre de 2000, p. 323).

<sup>15</sup> Punto 28 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

<sup>16</sup> Punto 29 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.



de sucesiones, etc)<sup>17</sup>. Semejante planteamiento no deja de ser una auténtica quimera, dadas las diferencias que existen entre las tradiciones jurídicas de los distintos Estado miembros por lo que se refiere, por ejemplo, a los sistemas de transmisión de la propiedad<sup>18</sup>.

Ahora bien, ha sido a partir de la elaboración de la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001<sup>19</sup> que se ha generado un vivo debate doctrinal en el seno de la Unión Europea acerca de la conveniencia de armonizar, o incluso unificar, el Derecho europeo de contratos. En efecto, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de noviembre de 2001, sobre aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros<sup>20</sup>, tras criticar a la Comisión por limitar sus actividades al mencionado Derecho contractual, propuso a su vez un programa de trabajo que hiciera posible una verdadera aproximación de la normativa Civil y Mercantil. Particularmente, requirió a la Comisión a que presentara “propuestas para revisar las actuales Directivas sobre protección de los consumidores relativas al Derecho contractual para suprimir las cláusulas de armonización mínima que han impedido el establecimiento de una normativa uniforme a nivel de la Unión Europea en detrimento de la protección de los consumidores y de un funcionamiento adecuado del mercado interior”<sup>21</sup>. Aunque más adelante será objeto de análisis la viabilidad y consecuencias de semejante propuesta, baste indicar en este momento que dichas cláusulas son coherentes con diversos niveles de protección ya existentes en los Estados miembros, así como también con la propia naturaleza normativa de las Directivas comu-

---

<sup>17</sup> Proyecto de informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil (Bruselas, 29 de octubre de 2001), p. 2

<sup>18</sup> No es de extrañar, por tanto, que la Comunidad Europea carezca de competencias específica acerca de los mismos.

<sup>19</sup> COM(2001) 398 final.

<sup>20</sup> Resolución A5-0384/2001 (DOCE núm. C 140, de 13 de junio de 2002, p. 538).

<sup>21</sup> Resolución A5-0384/2001, punto 12, p. 541.

nitarias<sup>22</sup>. Por otra parte, dicha Resolución de 15 de noviembre de 2001 señala de forma expresa que muchas cuestiones relativas a la armonización del Derecho de contratos no podrían ser estudiadas de forma coherente sin tener en cuenta al mismo tiempo algunas materias más generales del mismo ámbito o incluso otras instituciones distintas. Pues, “los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales”<sup>23</sup>.

Por último, el Plan de acción de la Comisión de 12 de febrero de 2003<sup>24</sup> ha supuesto una nueva etapa en el complejo *iter* de reflexión y posible elaboración de un Derecho contractual europeo. Se trata, evidentemente, de continuar reflexionando sobre esta materia, si bien la Comisión ha propuesto un conjunto de medidas, reguladora y no reguladoras, para resolver los diversos problemas que se plantean. De lo que se trata es de aumentar principalmente la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario y analizar si otros problemas relativos al Derecho contractual europeo pueden exigir soluciones no sectoriales, tales como un instrumento facultativo. Por todo ello, la Comisión ha querido suscitar el mayor número de reacciones al respecto “con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y de la población, incluidas las empresas, las asociaciones de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia”, invitando a todos los que quisieran participar en el debate a enviar sus contribuciones a más tardar el 16 de mayo de

---

<sup>22</sup> Como ya se ha apuntado a propósito del comentario a opiniones idénticas suscitada en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea.

<sup>23</sup> Resolución A5-0384/2001, punto 13, p. 541.

<sup>24</sup> DOCE núm. C 63, de 15 de marzo de 2003, p. 1.

2003<sup>25</sup>. Por tanto, puede afirmarse sin temor a exagerar que el debate acerca de la posible existencia de un Derecho contractual europeo no ha hecho más que esperar.

## **2. La Comunicación de la Comisión y sus consecuencias**

El objetivo explícito de la Comunicación de 11 de julio de 2001 consiste en plantear el debate necesario para intentar lograr una mayor aproximación que la existente en la actualidad en el ámbito del Derecho contractual. La Comisión Europea pretende definir su futura política en este ámbito tras identificar las divergencias y problemas existentes entre las distintas legislaciones de los Estados miembros sobre Derecho de contratos. El objetivo, en sí mismo plausible, encierra, no obstante, formidables desafíos y no pocas dudas. En primer lugar, porque, como no podía ser menos, la propia Comunicación reconoce que el Derecho contractual abarca variados ámbitos normativos vinculados a diferentes tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros, aunque todos ellos pudieran compartir al mismo tiempo conceptos y normas de formulación y alcance parecidos. Por eso no es de extrañar que la Comunicación incorpore en su primer Anexo el acervo comunitario relevante en el ámbito del Derecho privado, en el que ocupa un lugar destacado la regulación relativa a la protección de los consumidores, si bien dicho acervo se refiere también a otras muchas cuestiones como los sistemas de pagos, los agentes comerciales, el desplazamiento de trabajadores, la responsabilidad por productos defectuosos, el comercio electrónico, la firma electrónica, los servicios financieros, los seguros, el mercado de valores, la protección de datos personales, los derechos de autor o la contratación pública. Esta evidente amplitud de las normas comunitarias

---

<sup>25</sup> Plan de acción (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente), p.16.

existentes en la actualidad con repercusión en el ámbito del Derecho contractual en sus múltiples facetas plantea ya inmediatamente una característica importante que debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar este debate que plantea la Comisión, que no es otra que la complejidad de la materia en cuestión.

La Comunicación plantea cuatro opciones diferentes a la hora de definir la posible actuación futura de la Comisión: la no actuación de la Comunidad Europea, el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales, la mejora de la calidad de la legislación ya en vigor y la adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario. La primera opción parece *a priori* inadecuada, al menos en su formulación más general, porque implicaría dejar en manos exclusivamente del mercado la solución de los problemas que pudieran plantearse o, como mucho, confiar en la autorregulación de los agentes económicos<sup>26</sup>. Sólo las normas sobre conflictos de leyes propias del Derecho Internacional Privado servirían para determinar que legislación podría en todo caso aplicarse, lo que conllevaría distintos niveles de protección en cada caso. Este planteamiento quizás podría ser efectivo en algunos sectores económicos concretos, pero no parece probable que pueda decirse lo mismo de las transacciones contractuales celebradas entre profesionales y consumidores. Especialmente, si se tiene en cuenta que las normas comunitarias existentes sobre esta materia, con todas sus imperfecciones y con todos los problemas que pudieran plantear, han supuesto una evidente mejora del nivel de protección de los particulares.

---

<sup>26</sup> Si bien la mayoría de los Gobiernos se manifestaron en contra de la opción I, el Gobierno británico manifestó que el mercado ofrece un margen considerable para buscar soluciones a posibles problemas. Por su parte, la Comisión Bancaria y Financiera de Bélgica menciona un buen ejemplo de autorregulación (información precontractual sobre los préstamos para vivienda), mostrándose favorable a que la Comisión apoye la autorregulación como primera opción y la intervención del legislador comunitario como segunda opción si fracasa la autorregulación.

La segunda opción, elaborar principios comunes de Derecho contractual, implicaría fomentar la investigación en materia de Derecho comparado y la cooperación entre académicos y profesionales del Derecho, particularmente jueces y magistrados. A tal fin, la Comisión plantea una asociación de cuya coordinación se ocuparían las instituciones comunitarias, en particular la Comisión. Esta postura, sugestiva y ambiciosa, parece especialmente adecuada para que el mundo académico participe activamente en la formulación de un Derecho europeo de contratos de extrañar, por tanto, que en las contestaciones a la Comunicación los Profesores de Derecho se mostraran ampliamente partidarios de esta opción. Elaborados dichos principios comunes, podrían servir tanto a los legisladores como a las instancias judiciales con el fin de aproximar los Derechos nacionales y estructurar la legislación europea. De nuevo hay que indicar que esta opción, quizás adecuada para abordar una regulación uniforme de la teoría general del contrato, no parece adaptarse tampoco a los problemas que se suscitan en el marco de la protección de los consumidores. Este sector del ordenamiento se nutre en muchos casos de conceptos y elementos procedentes del Derecho "clásico" de contratos, pero dotándolos de una cierta flexibilidad. No es de extrañar, por consiguiente, que las respuestas de las organizaciones de consumidores a esta opción II no sean favorables con carácter general, aunque algunas de ellas se manifiesten partidarias de elaborar una serie de principios comunes de Derecho en materia de consumo.

La tercera opción, la mejora de la calidad de la legislación ya en vigor, no plantea problemas a la hora de concitar un asentimiento prácticamente unánime de todas las partes implicadas en su formulación y aplicación. Ahora bien, dicho esto, no puede obviarse la dificultad de llevar a la práctica una idea tan sencilla de expresar, sobre todo si se parte de la situación actual, caracterizada por el carácter fragmentario e inconexo de numerosa legislación comunitaria. En el ámbito de los consumidores, una mejor formulación de la regulación ya existente podría pasar por intentar aclarar, por ejemplo, el propio término de consumidor y armonizar las obligaciones de información, las vías de recurso y el derecho a desistir

*ad nutum* que reconocen muchas de las Directivas comunitarias. La propia terminología podría ser mejorada a efectos de evitar confusiones, intentando conseguir al menos que no existan divergencias lingüísticas dentro de una misma norma en la lengua nacional de que se trate.

La cuarta opción se refiere a la adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario, lo que conlleva la necesidad de determinar qué tipo de norma podría ser la más adecuada en este caso. Decidirse por la Directiva implicaría, naturalmente, un menor grado de armonización, pues daría a los Estados miembros margen de maniobra para adaptar las disposiciones respectivas a sus distintos sistemas jurídicos y a sus diferentes situaciones económicas. Por otra parte, en el ámbito de los consumidores, las Directivas poseen cláusulas "mínimas", que han suscitado numerosas críticas al permitir diferentes niveles de transposición en los Estados miembros. Optar por un Reglamento, en cambio, reduciría el margen de los Estados miembros para incorporar las normas comunitarias, pues en este caso no sería necesaria ninguna labor de transposición. Como es obvio, este instrumento normativo plantea muchos mayores problemas a la hora de determinar su ámbito de aplicación y su contenido. No ha sido hasta ahora utilizado en la materia de protección de los consumidores y no parece tampoco que vaya a serlo en el futuro, por lo que, en mi opinión, cobra mayor relieve el tema de la posible supresión de las cláusulas "mínimas" que suelen contener las Directivas de protección de los consumidores. No creo que su uso reiterado tenga por qué ser un obstáculo para plantear un cambio al respecto, si bien eso implicaría tenerlo en cuenta no sólo para futuras normas que puedan aprobarse, sino también para las existentes que sean susceptibles de modificación<sup>27</sup>.

En todo caso, mejorar la legislación europea en materia de consumo pasa, indefectiblemente, por una mejor formulación termi-

---

<sup>27</sup> Las Directivas existentes en la actualidad incorporan plazos para su revisión e incluso plantean en ocasiones propuestas concretas que pudiera ser objeto de incorporación en el futuro.

nológica y conceptual de la regulación en vigor, teniendo en cuenta, además, los problemas que en la práctica se suscitan y los cambios que se vayan operando en el mercado. La posible obsolescencia de dicha legislación es una consecuencia de la propia complejidad y cambio de la materia que se pretende regular y debe abordarse desde una óptica realista y práctica.

## JULGADOS DE PAZ CIDADANIA E JUSTIÇA

J. O. CARDONA FERREIRA

Juiz Conselheiro Jubilado  
Presidente do Conselho de Acompanhamento  
dos Julgados de Paz

Ex.mo Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro  
Ilustre Vice-presidente do Conselho Directivo da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Ilustres Restantes Membros da Mesa  
Minhas Senhoras e Meus Senhores

Cumprimento e felicito tantos quantos se interessaram e promoveram esta oportuna 3.<sup>a</sup> Conferência sobre Meios Alternativos de Resolução de Litígios (ou de Diferendos). Sei que a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra abraçou esta ideia, realizada com o empenho do Ministério da Justiça.

A ambas as Entidades, agradeço o convite para intervir.

Faço-o com o duplo prazer de, mais uma vez, ter o privilégio de falar nesta Casa de Cultura que é a egrégia Universidade de Coimbra, e de intervir a propósito de um tema a que me tenho dedicado com entusiasmo.

Sei que devo ser breve o que, para mim, é sempre difícil quando o local e o tema me atraíem, mas vou *sintetizar* alguns apontamentos.

Visitemos, então, a problemática inserível nos Meios Alternativos de Resolução de Diferendos em escassos minutos, mormente no que concerne aos Julgados de Paz.



### 1.º apontamento

Mais uma vez, procuro evidenciar que os Meios Alternativos de Resolução de Diferendos e, em especial, os Julgados de Paz, são, no contexto do nosso tempo e do nosso espaço, *tão essenciais, como naturais e complementares* dos Meios Comuns de Justiça.

E estou tão à vontade para dizer isto quanto é certo que o venho dizendo desde que comecei a presidir ao Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz, em Agosto de 2001, e *já o dizia* quando era Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, designadamente na cerimónia de abertura do ano judicial, em Janeiro de 2000 e num texto, entre outros, dito “Há soluções Para os Problemas da Justiça”, inserto no livro “O Debate da Justiça”, organizado pelos Doutores Barbas Homem e Bacelar Gouveia.

*Tudo arranca da Constituição da República Portuguesa*, mormente dos seus arts. 20.º, 202.º n.º 4, 209.º n.º 2 e – no que se reporta ao Conselho a que, hoje, tenho a honra de presidir – 217.º n.º 3.

A *Lei das Leis*, que é a CRP, do mesmo passo que reflectiu um princípio, aliás, de Direito Internacional, qualificando-o como *fundamental*, a saber, o direito de acesso ao Direito e à tutela jurisdiccional efectiva, mediante processo equitativo e em prazo razoável, previu que, além dos *Meios Comuns de Justiça*, que *são, e continuarão a ser*, a *trave-mestra* portuguesa realizadora da garantia da relação jurídica, previu, dizia, a existência dos chamados Meios Alternativos – que, aliás, só são novidade para quem não goste de estudar História do Direito, posto que a sua origem é *mais antiga que a própria nacionalidade portuguesa*<sup>1</sup>.

No tempo presente, a previsão dos Meios Alternativos consta, expressamente, do art. 202.º n.º 4 da CRP, e os Julgados de Paz vêm mencionados no n.º 2 do respectivo art. 209.º, no âmbito de uma *noção ampla de Tribunais, ainda que não Judiciais*, tal como os Arbitrais. E, como disse, tudo isto tem importância reflectida no art. 217.º da mesma CRP.

---

<sup>1</sup> V. g. Galhardo Coelho, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, 13; com reflexos nas próprias Constituições Políticas, desde logo, a de 1822

Logo, *natural seria, como natural foi* que, perante as patentes dificuldades dos Tribunais Comuns e tendo, o Estado, o dever de garantir o direito fundamental dos Cidadãos a uma Justiça que sintam como sua, mormente em proximidade e prazo razoável, a CRP tenha viabilizado que o Estado criasse e instalasse Julgados de Paz que começaram por ser ditos experimentais, em Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal de Vila Nova de Gaia, tendo como Lei-quadro a Lei n.º 78/2001, de 13.07.

A “soit disant” experiência, começada, de facto, nos alvares de 2002, correu de tal modo bem, que só pecou, a meu ver, por escassa.

E, em 4 de Junho de 2002, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz elaborou um relatório fundamentado, propondo, à Assembleia da República e ao Governo, o prosseguimento da instalação dos Julgados de Paz por forma a, progressivamente, virem a cobrir todo o país, quer no Continente, quer nas Regiões Autónomas, ponderando-se, também, o aumento das respectivas competências.

Na decorrência desse relatório, a Assembleia da República manifestou-se, através de um douto Parecer, no mesmo sentido.

Tudo coincidente com o Programa do Governo e até com a Lei 32-A/2002, de 30.12, sobre as Grandes Opções do Plano para 2003.

Bem se pode dizer que *os Julgados de Paz unem*. Repare-se que, quer a nova redacção do n.º 2 do art. 209.º da CRP quer a consequente Lei 78/2001, de 13.07, tiveram aprovação por unanimidade, a actual experiência começou com o Governo anterior e está a ser desenvolvida pelo actual.

## 2.º apontamento

Gostaria de chamar, a este 2.º apontamento, parafraseando, com o devido respeito, fenómeno social português muito significativo, *os “três segredos” dos Julgados de Paz*, vale dizer, na circunstância, três factores do êxito que tenho por muito relevantes: a *humanidade*, a *simplicidade*, a *celeridade*.

A propósito – ou a despropósito – do primeiro “segredo”, deixem-me ler-lhes uma passagem, acerca da chamada “Justiça

*formal*” – que, a meu ver, de Justiça, tem só o nome – é referida (não subscrita) por um ilustre pensador, polaco, que viveu e escreveu na Bélgica, Chaïm Perelman,<sup>2</sup> “O indivíduo não é nada para ela (a Justiça); ela só deve ver nele um elemento do conjunto”.

Isto está nos antípodas do que se pratica nos Julgados de Paz. Aqui, pratica-se que a sociedade humana só tem sentido enquanto factor de realização de cada Pessoa. Como escreveu Mia Couto, “A Pessoa é uma humanidade individual.”<sup>3</sup> A Justiça, nos Julgados de Paz, tem os olhos bem abertos para ver e compreender cada Pessoa não as inserindo, formal ou estaticamente, numa categoria ou num sistema.

A Pessoa, o Cidadão, é a causa-final do Direito, melhor dizendo, da Justiça. Nos Julgados de Paz, esse é um factor essencial. Mais do que os processos, mais do que o rigor dos papéis, mais do que as questões jurídicas, atende-se e atenta-se nas pessoas. Estas são recebidas e acompanhadas solidariamente, antes, durante e depois dos processos.

Sem quebra das funções de cada um, Juízes de Paz – Juiz de Paz é Juiz, ainda que não Magistrado – Mediadores e Funcionários todos têm importância específica; mas uns e outros estão preparados para evidenciar que os Cidadãos interessados são chamados à procura *conjunta de soluções que não sejam simples desfechos jurídicos mas, tanto quanto possível, motivo de pacificação, de tranquilização pessoal e social*. Todos quantos trabalham nos Julgados de Paz devem acompanhar as Pessoas desencontradas, demonstrando-lhes que os Julgados de Paz são mais “de Paz” do que “Julgados”. O que conta é, assim, o direito à felicidade, mais do que à vida, à *qualidade de vida*.

*Tudo é simples*. A tramitação basta-se, basicamente, com: uma demanda e uma resposta – havendo necessidade de saber, atenção e tempo, designadamente, para os serviços de Atendimento, se necessário, reduzirem a escrito exposições verbais; uma fase de mediação, que só ocorrerá se ambas as partes a quiserem como,

<sup>2</sup> Ética e Direito, 51.

<sup>3</sup> Cada Homem é uma Raça, 9.

aliás, é desejável; se necessária, a fase do julgamento onde, numa mesa comum, sem becas nem togas, as Pessoas se juntam para procurarem e, na medida do possível, encontrarem soluções, em última hipótese através de uma sentença, que deve ser explicada e compreendida, e pode basear-se na equidade – aliás, *instituto que deve ser mais desenvolvido*.

E tudo isto tem ocorrido numa média temporal de cerca de um mês, às vezes menos, raramente e por motivos excepcionais, mais.

### 3.º apontamento

Reporto-me, agora, ao futuro.

Já foram protocolados significativos aumentos das competências *territoriais* dos Julgados de Paz de Vila Nova de Gaia, Lisboa e Seixal, de forma a abrangerem a totalidade dos respectivos concelhos. Não podemos esquecer que os Julgados de Paz têm uma *significativa componente municipalista*.

Espera-se algo diferente quanto ao Julgado de Paz de Oliveira do Bairro, que sempre abrangeu todo o correspondente concelho.

Por outro lado, vai ser protocolado, dentro de 2 dias, um novo Julgado de Paz, o de Terras de Bouro. E estão anunciados mais para este ano de 2003.

Em todo o caso, uma prevenção.

Os Julgados de Paz, nesta sua *reinstalação* em Portugal, já provaram que são, não só, uma boa mas, também, uma indispensável solução para, *em conjunto com outras*, contribuírem para a realização do direito fundamental à Justiça.

Mas o aumento das competências tem de ter em atenção as *capacidades de resposta*, para que não aconteça nada de negativo quanto aos ditos resultados. E, quanto a estes, *o problema não pode ser visto em termos simplesmente quantitativos: por exemplo*, os Julgados de Paz não podem ser perspectivados no sentido de se saber quantos processos podem, em termos de tempo, ser julgados num dia. Há um determinante *factor humano*, como comecei por sublinhar, para o qual tem de haver, sempre, disponibilidade. A “rentabilidade”, num Julgado de Paz, *tem de ser, acima de tudo, solidariedade e humanismo*.

O Conselho de Acompanhamento *está crente de que tudo isto está bem presente* nos Órgãos de Soberania a quem competem as decisões.

#### 4.º apontamento

E já que falei em Conselho de Acompanhamento, permitam que diga algo sobre este Órgão inserido na Instituição Julgados de Paz e de que eu próprio, apesar de ser, dele, presidente – “et pour cause” – pouco ou nada tenho falado.

Mas, em verdade, penso que também deve ser referido quando se fala em Julgados de Paz.

Os Julgados de Paz são Tribunais (art. 209.º da CRP), mas, como os Arbitrais, são *Meios Alternativos*, vale dizer, *não* são Tribunais Judiciais e, muito menos, Administrativos ou Fiscais.

A meu ver, “jure constituto”, o art. 217.º da Lei Fundamental, a CRP, quer na sua letra, quer na sua “ratio”, distingue, claramente, Juízes, Tribunais e Conselhos, entre Judiciais (n.º 1), Administrativos e Fiscais (n.º 2) e Restantes (n.º 3).

*Os Julgados de Paz cabem nestes Outros Restantes (n.º 3).*

E, porque ofenderia o princípio constitucional da separação de Poderes (arts. 110.º/111.º da CRP) a eventual dependência, mormente dos Juízes de Paz, do Poder Executivo, creio que, não havendo um Conselho único *para todos* os Tribunais do País, faz sentido que haja um Conselho do tipo do Conselho de Acompanhamento, com a actual estrutura ou outra, com a actual composição ou outra, que possa exercer, basicamente, duas funções ainda que, agora e aqui, *muito genericamente* reflectidas:

1. Por um lado, tudo o que respeita a nomeações e disciplina (“lato sensu”) própria dos Juízes de Paz.<sup>4</sup>
2. Por outro lado, acompanhar a *criação, instalação e funcionamento dos Julgados de Paz*, relatando, periodicamente, à Assembleia da República e ao Governo o que for caso

---

<sup>4</sup> Arts. 25.º e 27.º n.º 2 da Lei 78/2001, de 13.07.

disso, tendo em atenção as competências próprias destes Órgãos de Soberania do Estado e sugerindo o que tenha por adequado.<sup>5</sup>

A actual composição do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz reflecte o empenhamento do Estado na Instituição Julgados de Paz, bem como dos Municípios, a conjugação com os Tribunais Comuns e, fundamentalmente, o entendimento que tem sido alcançado quanto a opções do Estado, à luz de um sentido de Direitos, Liberdades e Garantias. Assim, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz tem uma Entidade designada pelo Presidente da Assembleia da República, que preside; um representante de cada Grupo Parlamentar representado na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República; um representante do Ministério da Justiça; um representante do Conselho Superior da Magistratura; um representante da Associação Nacional de Municípios Portugueses.<sup>6</sup>

Relativamente a este Órgão do Estado, há pormenores a reconsiderar, como a sua *composição* (na qual faltam, creio, representantes dos Juizes de Paz e dos outros Profissionais que trabalham nos Julgados de Paz), a sua *estruturação*, os seus *meios de actuação*, etc.

Para além do acompanhamento que, de todo o projecto, o Conselho de Acompanhamento tem feito permanentemente, realizou o relatório de 4 de Junho de 2002, bem como propostas concretas e globais referentes à revisão de *toda* a moldura legal dos Julgados de Paz, em 8 de Outubro de 2002; e, neste momento, estamos a preparar um novo relatório a apresentar à Assembleia da República e ao Governo.

Aliás e bem vistas as coisas, os Julgados de Paz já provaram os seus méritos, em Portugal como em muitos outros Países. *Mas*

---

<sup>5</sup> Art. 65.º n.ºs 1 e 3 da Lei 78/2001. Os Conselhos Superiores não são Órgãos de Soberania, embora sejam Órgãos do Estado.

<sup>6</sup> Art. 65.º n.º 2 da Lei 78/2001, de 13.07.

*até acontece que uma fase experimental, “lato sensu”, continua<sup>7</sup>, na medida das modificações dos vários tipos de competências, até à solidificação e total implementação, não tanto da Instituição, mas dos seus limites concretos, por todo o País.<sup>8</sup>*

### 5.º Apontamento

Julgo saber que, nesta mesma dinâmica Universidade, vai ter lugar, de 29 a 31 deste mês, um oportuno colóquio sobre Direito e Justiça no Século XXI, com distintíssimos intervenientes.

É uma matéria sobre a qual tenho pensado muito, designadamente no tempo em que exerci outras funções.<sup>9,10</sup>

Se trago este circunstancialismo a terreiro é, *apenas*, para *frisar que a temática desse colóquio é, manifestamente, interactiva com a deste, ou seja, tudo isto tem a ver, também, com Julgados de Paz.*

E é assim que desejaría assinalar alguns pormenores significativos.

O formalismo jurídico-judiciário que sucedeu ao autoritarismo do “ancien régime”, na primeira metade do século XIX, com o Liberalismo, descambou para uma burocracia que não foi preparada, a tempo e horas, para responder aos anseios democráticos de Justiça. Valeu, durante muito tempo, o *anteparo* da Família, da Escola, da Religião. Mas tudo se perturbou quando a crise societária irrompeu generalizadamente.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Que também concorre para a necessidade do Conselho de Acompanhamento da Criação, Instalação e Funcionamento dos Julgados de Paz.

<sup>8</sup> “Ex abundantí”, recordei que, em acto semelhante, nesta mesma Universidade, ouvi defender a existência de um Conselho semelhante ao de Acompanhamento dos Julgados de Paz, para os Tribunais Arbitrais.

<sup>9</sup> Cf. Livro “Justiça em Crise? Crise da Justiça”, organizado por António Barreto, pág. 209 e segs.

<sup>10</sup> Cf. Livro “O Debate da Justiça”, organização de Barbas Homem e Bacelar Gouveia, 39 e segs., já referenciado neste texto.

<sup>11</sup> Vg. Antoine Garapon, “O Guardador de Promessas”.

Só que, após a conquista do Estado de Direito Democrático, há que insistir e persistir pela realização, ou por estarmos tão perto quanto possível, da sua sublimação que é o Estado de Justiça.<sup>12</sup>

E, aqui, assumindo que, em Sociedade, tem de haver *interactividade* sob pena de cairmos em artificiais compartimentos estanques, *a realização do Estado de Justiça não pode deixar de contar com instituições como são os Meios Alternativos de Resolução de Diferendos, designadamente os Julgados de Paz*. E, isto, *por duas razões*:

*Primeiro*: porque podem resolver, directamente, muitas questões que, podendo não ser juridicamente muito complicadas, *são importantes para os cidadãos a quem as questões estragam a qualidade de vida* e, no que concerne a qualidade de vida, não há “bagatelas” ou “não bagatelas”; pode havê-las *juridicamente*, mas isso nada tem a ver com qualidade de vida.

*Segundo*: e, este, é um ponto que gostaria de ver concretizado, porque a organização e, especialmente, a tramitação processual nos Julgados de Paz são modelos de simplicidade, de linearidade, rasgando de vez os esquemas redundantes, formalistas, burocratizados que ainda pululam nos nossos vários (vários!) Direitos Processuais. A tramitação encontrada para os Julgados de Paz só peca nos pontos em que, a meu ver, ainda não é suficientemente linear, como nos pormenores da prova pericial, dos incidentes ou, mais profundamente, nos recursos e nas exequibilidades. Mas as linhas gerais, o espírito e não só, a própria concretização, tudo é de uma simplicidade, que até espanta como tal foi possível no nosso Portugal geralmente prolixo!

Repare-se que, como tenho procurado sublinhar, a existência de Julgados de Paz baseia-se na CRP, que é a base incontornável da acção de todos, desde o mais modesto Cidadão até ao próprio Estado Português.

E veja-se este circunstancialismo, que não é mera coincidência. *A revisão constitucional de 1997 marca um tempo de especiais*

---

<sup>12</sup> Veja-se o citado art. 20.º da CRP.



*preocupações com a Justiça*, diria, da perspectiva de que o Direito não é mais que um *meio* para se procurar um *fim* que é a Justiça para todos. *Foi a mesma revisão constitucional que aprovou a inserção de Julgados de Paz no n.º 2 do art. 209.º que, também por unanimidade, aprovou a maioria das alterações ao art. 20.º, designadamente a substituição da expressão acesso “aos Tribunais” por acesso a “tutela jurisdicional efectiva” e a explícita referência a “decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.*<sup>13</sup> Naturalmente, isto já seria considerável, mormente à luz do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas os constituintes portugueses enfatizaram estas ideias, clarificando a redacção constitucional. Repare-se, por exemplo, na substituição, a que já aludi, de simples recurso à instituição “Tribunais” por “tutela jurisdicional efectiva”: o que implica acção concreta e “*jurisdicional*”, *de Juiz*, não meramente judicial. Juiz de Paz, como Juiz Arbitral, podem não ser Magistrados, mas *são Juizes*: sublinho o que já foi referenciado.

Em simples palavras: a ênfase posta nos Julgados de Paz, com as suas características de muito especiais Meios Alternativos de Resolução de Diferendos, adequa-se, como uma luva, às preocupações constituintes com a Justiça, sempre reflectidas na CRP de 1976, mas sublinhadas em 1997.

Não hesitemos em ir, *sustentadamente*, por aí.

E, em ambiciosa mas – creio – legítima conclusão:

Mais do que vindos do Passado, constituindo no Presente, *como já lhes tenho chamado, uma nova Fronteira* apostados no Futuro da Justiça, possam, os Julgados de Paz modernos, ter evidenciado que é *desejável, possível e necessária* uma nova linha organizativa e processual *nos vários tipos de sistemas de Justiça*; e que, tal como o século XIX marcou o fim – genericamente *falando* – do despotismo do “ancien régime”; o século XX primou pela defesa dos Direitos substantivos, em especial na sua segunda metade; o século XXI seja a aurora de uma autêntica simplicidade

---

<sup>13</sup> Vg. Luís Marques Guedes, “Uma Constituição Moderna para Portugal”.

---

processual que viabilize a efectiva realização dos Direitos substantivos, que deixe para as histórias da História, as voltas e voltinhas, os actos e actozinhos, que ainda enxameiam os Direitos Processuais, *mormente o Cível. E, para tudo isto, tenha servido de exemplo e de experimentação, o que acontece, em geral, nos chamados Meios Alternativos e, em particular, nos Julgados de Paz.*

Apetece-me terminar, dizendo, *com todo o respeito: Amen.*

Muito obrigado pela vossa paciência.

Coimbra, 21 de Maio de 2003



# AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO  
Conselheiro do STJ  
Vice-Presidente do Conselho Superior  
da Magistratura

O regime das cláusulas contratuais gerais (c.c.g.) está previsto no Dec. Lei n.º 446/85 alterado por sua vez pelo Dec. Lei n.º 220/95 (diploma a que nos referiremos sempre que não indicarmos outro diploma).

Como quase tudo no mundo do direito, o regime geral destas cláusulas apareceu quando a existência delas tinha anos de idade e se mostrava cada vez mais premente colocar um travão à onipotência de contraentes fortes que impunham a sua vontade à dos contraentes mais débeis.

Na verdade, o processo de industrialização que se fixou como imagem de marca do mundo moderno com o aumento constante da concorrência empresarial e a necessidade premente de potenciar ou manter em níveis elevados as taxas de lucro para relançar periodicamente a modernização empresarial, levou ao início da estandardização contratual.

Com esta surgiram os contratos-tipo, elaborados pelo fornecedor-vendedor-produtor a quem o mais débil ou o público indiferenciado se dirigia para adquirir. A este não restava senão aderir ao que lhe era apresentado já como modelo acabado de um contrato cujo conteúdo não podia por isso sequer discutir.

Os contratos de adesão representam, assim, uma violentação ou anulação da autonomia privada para o aderente: quem os elabora goza de uma vontade contratual incontrolada; quem os aceita não tem autonomia contratual a não ser apenas quanto à pretensão de negociar já que a discussão do conteúdo lhe está vedada.

Com a pós-industrialização contemporânea os contratos de adesão invadem as esferas de comportamento social ao penetrarem nos fornecimentos massificados de bens e serviços básicos.

Os fornecimentos de água, gaz e electricidade, os seguros, transportes públicos e colectivos, são disso exemplo: nesta área de serviços massificados, os contratos estão pré-determinados cabendo ao utilizador apenas “pegar ou largar”.

É neste enquadramento social que nos surgem os diplomas que regulam as cláusulas contratuais gerais (sobre toda esta problemática, cfr. duas obras incontornáveis do panorama jurídico nacional: “Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil” de Pinto Monteiro, e “Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas” de Almeno de Sá) na sequência da exigência sentida em todos os países altamente desenvolvidos.

A lei não define o que são c.c.g. limitando-se a elencar as suas características básicas: são pré-elaboradas unilateralmente, rígidas e gerais.

São pré-elaboradas unilateralmente para servir uma multiplicidade de pessoas ou contratos; são rígidas porque a sua inegociabilidade pelo utilizador as torna imodificáveis, e são gerais porque vocacionadas e destinadas a um conjunto indeterminado de utilizadores e aderentes.

O reagrupamento empresarial que a evolução económica provocou, permite-nos perceber, hoje, que os contratos de adesão não partem tão-só do contraente-fornecedor; podem ser (e são-no as mais das vezes) elaborados por associações empresariais segundo a óptica dos interesses dos seus associados para, no fim da linha, serem propostos uniformemente por todo o sector aos utilizadores que o demandam.

Esta nova realidade projecta-se já no nosso diploma regulador das c.c.g. em termos de legitimidade processual passiva: o seu art.º

27.º n.º1 b) permite a dedução das acções inibitórias contra as associações profissionais quando estas recomendam a terceiros a utilização de c.c.g. passíveis de nulidade.

\*            \*            \*            \*  
\*            \*            \*            \*

Antes de abordar mais pormenorizadamente o tema que nos foi proposto (a jurisprudência do S.T.J. sobre as c.c.g.), vejamos, sucintamente, alguns dos princípios informadores do diploma normativo que, entre nós, as rege.

Um deles é o dever de comunicação e o de informação.

As cláusulas devem ser comunicadas com antecedência ao utilizador que – usando de diligência normal – as possa, assim, conhecer completamente de modo a obviar a qualquer surpresa inesperada relativa ao seu conteúdo. Com isto, pretende-se evitar as cláusulas-surpresa, ou seja, aquelas que de forma inesperada surgem inopinadamente ou com um teor invulgar ao destinatário a que se dirigem (art.º 5.º).

De outro lado, o utilizador deve ser informado do conteúdo das cláusulas nomeadamente daquelas cuja aclaração se justifique. A tal ponto a lei enfatiza o cumprimento destes deveres que a sua violação acarreta, como sanção, a “inexistência” das referidas cláusulas (art.ºs 6 e 8) que se consideram excluídas do contrato celebrado.

Concomitantemente, impõe-se legalmente a prevalência de cláusulas negociadas sobre as c.c.g., ou seja hegemoniza-se a negociação concreta à negociação abstracta ou à ausência de negociação – (art.º 7).

Daí que na hipótese de um contrato de adesão conter (além da sua formulação típica e genérica aplicável a todos os utilizadores) cláusulas manuscritas que revelam um acordo concretamente consensualizado, há que dar prevalência exclusiva a estas últimas porque são elas que revelam a existência de um consenso reciprocamente aceite e de uma autonomia negocial efectivamente existente.

Por último, referir-se-á que o sistema de nulidades das c.c.g. previsto na lei está cindido segundo critérios diversos.

Prevê-se, por um lado, nulidades das c.c.g. nos contratos celebrados com consumidores finais (art.ºs. 20 e segts.) e, por outro, nulidades em contratos que, com carácter geral, insiram aquele tipo de cláusulas.

De outra parte, a lei distingue (em ambos os casos atrás referidos) entre cláusulas absolutamente proibidas e relativamente proibidas.

Nas primeiras, o legislador utiliza conceitos fechados que o intérprete não pode preencher e que vivem e se impõem na decisão do julgador por si mesmo. A sua simples comprovação implica a nulidade imediata.

Nas segundas, ao invés, o “quadro negocial padronizado” referencia um conjunto de conceitos normativos abertos e indeterminados que o julgador deve valorar e preencher em função da métrica legal abstracta e do condicionalismo do caso concreto.

\*            \*            \*            \*

      \*                        \*                        \*

                              \*                        \*

Antes da regulamentação legal das c.c.g. inseridas em contratos de adesão, difícil se mostrava a defesa judicial dos interesses que aquela regulamentação visa hoje salvaguardar.

Não havia um corpo coerente de normas vocacionado para tanto, não havia uma teorização sistémica dos contratos de adesão, e, durante longo tempo, a filosofia liberal e individualista que impregnava o discurso social dificultava a limitação imperativa da vontade contratual e dos direitos subjectivos a ela inerentes.

Apenas através dos princípios gerais do direito se encontrava um caminho que nos levasse a algum lado; e mesmo aí as dificuldades eram evidentes se nos lembrarmos da tendência juspositivista que dominou tanto tempo o nosso mundo judiciário.

Podemos elencar cinco grandes princípios estruturantes do direito que, nessa época, podiam servir de guia e de limite à inter-

pretação negocial vocacionada para a eliminação dos abusos que o emprego das c.c.g. acarretava consigo.

Desde logo o da ordem pública (art.º 280.º n.º 2 do C. Civil) que, uma vez violado, provocava a nulidade do negócio.

Em segundo lugar, o da boa-fé contratual que o C. Civil consagra quer na celebração negocial (art.º 227) quer no cumprimento subsequente (art.º 762); boa-fé que mais não é senão a lealdade, a lisura que os contraentes devem reciprocamente assumir em todo o decurso do trajecto negocial e que tem no diploma regulador das c.c.g. assento reservado em várias normas (arts. 9 n.º 2, 14, 15, 16).

Em terceiro lugar, o do mútuo consenso, essencial à existência de qualquer acordo contratual (art.º 232 do C.C.).

Dá que fosse possível questionar, por vezes, se se teria efectivamente formado acordo consensual de vontades sobre cláusulas de contratos de adesão que não tinham sido discutidas e, menos ainda, conhecidas em toda a sua extensão pelo contraente a quem aquele pronto-a-vestir havia sido apresentado.

Em quarto lugar, a teoria da impressão do destinatário (art.º 236 do C. Civil) que dá prevalência à visão interpretativa que o destinatário faz do contrato (o diploma das c.c.g. refere-se-lhe também nos art.ºs 10 e 11).

Por último, a norma imperativa do art.º809 do C.C. que, pouco lembrada embora, podia desempenhar por vezes um papel similar ao que hoje está reservado a algumas proibições que encontramos nos art.ºs 18 a 22.

É de 1978 o primeiro acórdão rastreado que iremos citar e que, situado ainda na proto-história das preocupações jurídicas relativas aos contratos de adesão, lança mão da teoria da impressão do destinatário para encontrar uma solução equilibrada e moderna.

Em Fevereiro/75, na sequência de um comício político de um partido de direita, ocorrido em Lisboa, e após tumultos diversos que se sucederam à volta do Pavilhão dos Desportos, foi incendiado o veículo de uma pessoa e que se encontrava estacionado nas redondezas.

O proprietário do veículo tinha celebrado um contrato de seguro que garantia os danos sofridos por aquele “em consequência



de incêndio casual, por acção directa ou contígua, raio ou explosão, quer parado quer em marcha...” (sic).

Demandada a Seguradora para o pagamento da indemnização respectiva, veio esta a defender-se dizendo que o incêndio não fora casual, mas provocado por arruaceiros que, nessa noite, andaram à solta nas ruas envolventes ao local onde o comício tivera lugar.

Tudo se cifrava, pois, na interpretação da cláusula contratual que garantia a indemnização por danos do veículo advenientes de “incêndio casual”.

Para o segurado, o incêndio fora casual porque não fora causado por ele, directa ou indirectamente. Incêndio casual era, pois, na óptica do segurado, o que provinha de causa que ele não condicionava, não dominava nem coordenava.

Inversamente, para a seguradora, incêndio casual era o que surgia por acaso sem conduta humana que o fizesse eclodir.

O S.T.J. em acórdão de 9/11/78 deu razão ao segurado e à leitura que este fazia da cláusula (B.M.J. n.º 281).

Para tanto, trouxe à colação a teoria da impressão do destinatário: qualquer destinatário naquela situação contratual, perante uma cláusula daquelas, interpretava-a como se ela quisesse cobrir todos os danos sofridos pelo automóvel e advenientes de incêndio totalmente estranho à vontade do segurado.

Lida hoje em dia essa mesma cláusula, à luz do diploma que regula as c.c.g., podemos ainda acrescentar que ela é também ambígua; ambiguidade que se torna demasiado patente com a leitura jurídica que a seguradora (que a elaborou) lhe deu.

Tanto bastava para que tal ambiguidade jogasse contra a seguradora. Mas o que sobressai no teor do acórdão do S.T.J. datado de há 25 anos, é a modernidade da solução numa época em que a problemática das c.c.g. era, ainda, assunto do futuro.

\*            \*            \*            \*

      \*                    \*                    \*

                  \*                    \*

A teoria da impressão do destinatário é, em boa verdade, um dos critérios recorrentes da interpretação das c.c.g.

No diploma regulador destas, aquela teoria encontra expressão particularizada nos seus art.ºs 10 e 11. Este último (relativo a cláusulas ambíguas) consagra afinal, como intérprete pivot, o contraente médio colocado na situação de aderente real.

A jurisprudência do S.T.J. com muita frequência lança mão dos critérios que aquela teoria fornece para solucionar casos duvidosos que lhe vão surgindo.

Vejam os alguns.

O primeiro conexiona-se com um contrato de seguro de vida onde se questionava o sentido exacto da expressão "*morte natural*" que estava na base de todo o conflito levado a juízo (Ac. S.T.J. de 6/2/97, relatado por Miranda Gusmão).

Um casal com três filhos outorgara contrato de seguro com uma seguradora, do qual eram beneficiários aqueles filhos, no caso de morte do segurado-pai.

Se essa morte fosse natural, o capital a pagar era de 2.500 contos; se a morte se devesse a "facto acidente" o montante a pagar triplicava.

O segurado e mulher vieram a ser assassinados; e uma vez demandada, a seguradora defendeu-se dizendo que a morte não havia sido causada por acidente, mas sim por homicídio que não estava coberto nos riscos do seguro.

A leitura que o S.T.J. fez neste caso é muito similar àquela que já havia feito no acórdão de 78.

O que estava, aqui, em causa era saber se a seguradora devia pagar uma indemnização em singelo ou tripla; e o S.T.J. optou pelo triplo.

Para tanto, invocou não apenas a interpretação contratual que um destinatário-aderente médio faria ao ler a cláusula apontada, como ainda também o teor da norma que sanciona as cláusulas ambíguas (art.º 11).

Na verdade, a redacção literal da cláusula era de tal modo ambivalente, permitindo uma leitura polivalente e ambígua, que a dúvida interpretativa teria que ser resolvida contra a seguradora.

Pois se fora esta a redigi-la ambigualmente teria que ser ela a suportar os ónus da ambiguidade.

Hipótese quase igual, onde as questões colocadas e as leituras interpretativas são basicamente as mesmas, temo-la no acórdão relatado pelo autor deste escrito (C.J. AcS. S.T.J., 2001, I tomo, pág. 135).

Bem diferente é o caso da “Almagre”.

A “Almagre” que fabricava e comercializava artigos da indústria têxtil vendeu para França mercadoria de sua produção.

Para tanto socorreu-se dos serviços de uma empresa transitária (“Transmasa”) que, nessa qualidade, agiu como sua mandatária.

As instruções rigorosas que a “Almagre” deu não foram cumpridas pela transitária a ponto de, apesar de o destinatário da mercadoria a ter recebida, nunca o preço do fornecimento ter sido pago à “Almagre”.

Demandada a pagar a indemnização por incumprimento contratual a “Transmasa” defendeu-se com as c.c.g. do contrato de adesão que todas as transitárias apresentavam universalmente aos seus clientes.

Nessa conformidade, a “Transmasa” sublinhava que a sua responsabilidade estava contratualmente limitada nessas cláusulas a montantes muito inferiores aos que lhe eram peticionados e que a “Almagre” tinha obrigação de as conhecer porque as cláusulas-tipo dos contratos de adesão dos transitários tinham sido publicadas no Diário da República.

Por acórdão de 2/7/91 (relatado por Cura Mariano) o S.T.J. deu razão à “Almagre” e não à empresa transitária.

Considerou basicamente o seguinte:

- a) a “Transmasa” não provou que tivesse cumprido o dever de comunicação e era a ela que cabia fazê-lo (art.º 5); além de que a publicação do teor das c.c.g. no D.R. não prova só por si que elas se tornassem conhecidas de quem quer que seja;
- b) os dizeres impressos dessas cláusulas eram tão reduzidos que se deviam ter por não escritos (art.º8 c));

- c) a limitação da responsabilidade do transitário por culpa grave, como sucedia nesse caso, era nula nos termos do art.º18 c).

Este último raciocínio argumentativo do acórdão introduz-nos já numa outra sede de preocupações: a das cláusulas limitativas de responsabilidade.

Cláusulas, aliás, frequentes nos contratos de adesão como meio de sacudir a água do capote por parte de quem oferece o negócio e fixa as regras do jogo.

Exemplo significativo temo-lo no acórdão que julgou o caso do cão “Joy” (de 28/3/95 relatado por Miranda Gusmão).

Joy, pastor alemão, “atropelou” um velocipedista, provocando-lhe danos.

O dono do cão havia celebrado seguro do cão pelos danos que causasse a terceiros; do seguro constava uma cláusula segundo a qual a falta de licença do animal e do certificado de vacina actualizados tornavam nula a cobertura daquele.

O cão estava com as vacinas em ordem e o cartão de identificação do animal foi emitido um mês depois do “atropelamento” referido.

A seguradora, uma vez demandada para pagar os danos, eximiu-se com um argumento literal: à data da lesão nem havia certificado de vacinas nem licença do animal mau grado este estar devidamente vacinado.

O S.T.J. não levou minimamente em conta a defesa da seguradora.

Para além de lançar mão da boa-fé e do não cumprimento do ónus de informar, o Supremo fez uma leitura restritiva importante da cláusula de exclusão da responsabilidade: só se podem considerar excluídos os danos advenientes do facto que justifica a exclusão.

Vale isto por dizer que não é possível ler as cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade sem fixar o nexos causa=efeito entre o facto gerador e o efeito danoso.

In casu, a exclusão da responsabilidade da seguradora só faria sentido à luz do clausulado se, por exemplo, os danos do lesado proviessem de um cão não vacinado e por facto lesivo decorrente da inexistência da vacina.

\* \* \* \*

Esta tem sido, aliás, uma das questões recorrentes, presente insistentemente nos contratos de seguro, e que os Tribunais superiores vão sendo chamados prementemente a decidir.

Cláusulas de reversão de responsabilidade no seguro automóvel obrigatório, quando se abandona o sinistrado, se conduz com álcool ou se conduz sem carta, são “menu” diário dos Tribunais.

Porque se trata de seguro obrigatório, a seguradora terá sempre que responder perante o lesado nos casos de responsabilidade do lesante; inflecte porém a sua responsabilidade através de cláusulas que permitem o exercício do direito de regresso sempre que ocorra algum dos factos acima enunciados.

A jurisprudência recente do S.T.J. tem sido (supomos por grande maioria) a de restringir a leitura daquelas cláusulas através do nexu causal atrás sublinhado: só pode haver regresso se os danos suportados pela seguradora provierem do facto previsto na cláusula limitativa.

Nem de outro modo faria sentido, sem embargo de reconhecermos que, aqui, a prova do nexu causal assumirá por vezes o *facies circumspecto* de algo quase diabólico.

Simplemente, a dificuldade com que se debate quem tem sobre si o ónus probatório também se diaboliza noutras condições que canibalizam o cidadão comum sem que este a possa esgrimir como forma de argumentação jurídica.

A tendência jurisprudencial referida cristalizou-se recentemente no acórdão uniformizador que versou o caso da condução com álcool, consagrando aliás a posição maioritária do S.T.J. e permitindo uma visualização extensiva para os demais casos elencados.

\* \* \* \*

Fazendo uma ligeira pausa na temática directa que nos foi proposta, mas abrangendo apesar de tudo um ponto que indirectamente se conecta com aquela, diremos que é altura de se repensar em Portugal toda a teoria indemnizatória que, a nosso ver, se mostra ultrapassada em pontos especificamente determinados.

Diremos mesmo que entre nós – e a fazer fé na nossa experiência vivida durante longos anos nos Tribunais portugueses – a teoria indemnizatória revela três buracos negros que são o seu calcanhar de Aquiles.

O primeiro reporta-se aos limites da responsabilidade pelo risco (art.ºs 508 e 510 do C. Civil) que, nos tempos modernos, se justifica cada vez menos.

Entronca ela na dicotomia primitiva da existência de culpa ou existência de risco sem culpa que nos remete para as épocas e os primórdios do liberalismo para quem o conceito de culpa era pressuposto essencial a qualquer direito indemnizatório.

A evolução tecnológica em progressão quase geométrica nas décadas recentes, o risco acrescido de tecnologias de ponta com perigos acrescidos ou com efeitos gravosos desconhecidos e mal (ou não) testados, e a complexidade tecnológica de longos processos causais que mal dão para perceber (muitas vezes) onde se pode indexar o momento e o facto corporizador da culpa, tornam cada vez mais questionável a distinção entre responsabilidade por facto ilícito e pelo risco, base dos limites indemnizatórios desta última.

Se a indemnização visa reparar, reconstituir o que foi lesado, tornar indemne, repor, então a ideia sancionatória que preside subliminarmente à distinção entre aqueles dois tipos de responsabilidade terá que ser lentamente enviada para o baú das recordações; o que importa é indemnizar por inteiro o que se danificou ainda que a lesão seja sem culpa mas provenha de uma actividade de risco de que o lesante foi o grande, e normalmente, o único, beneficiário.

Diremos ainda mais: com a referida evolução tecnológica assistimos hoje a casos concretos em que a intensidade de risco assumido por quem lesou atinge patamares muito maiores do que a culpa de outro lesante em condutas sem risco.

Nada justifica, por isso, um desequilíbrio de prestações em benefício de actividades de risco que podem ter cargas lesivas enormes, a ponto de se poder questionar seriamente a teoria generalizada de que a existência de culpa excluirá sempre por natureza a responsabilidade pelo risco. É que bem pode suceder (e estamos em crer que irá suceder cada vez mais) que o julgador tenha que compatibilizar e conjugar – em termos indemnizatórios – uma conduta lesiva média ou levemente culposa com outra não culposa mas de alto ou exacerbado risco.

Em segundo lugar, há que repensar a questão do nexo causal em sectores sociais-chave.

Provar o nexo causal é um dos busfilis de diversos tipos de acções, nomeadamente quando o lesado não domina o conhecimento de certas tecnologias, de certas ciências, de certas actividades.

Os desastres ambientais que de tempos a tempos poluem os rios, danificando terrenos marginais ou provocando lesões a pessoas que frequentam as áreas ribeirinhas (como, ciclicamente, a imprensa noticia), os acidentes com armas de guerra abandonadas e que atingem menores indefesos, as lesões de saúde por deficiência de equipamento hospitalar (público ou privado), são alguns dos exemplos que se podem perfilar na matéria; impor, aqui, ao lesado o ónus da prova de algo que ele não controla não domina nem condiciona, é impor-lhe a procura de uma agulha no palheiro.

Significa isto, por conseguinte que há sectores de actividade humana onde o legislador deve prever presunções de causalidade como forma de obviar às sequelas corrosivas que se apontaram.

Ambiente, saúde, armas de guerra, transportes públicos e colectivos, sistemas de tecnologia avançada que importem risco são alguns desses sectores (sobre a problemática do nexo causal, cfr. Leite de Campos, “Poluição industrial e responsabilidade civil”, Rev. O.A., ano 42, pág. 703 e sgts.).

Note-se que as presunções de culpa previstas nos art.ºs. 492 e 493 do C. Civil nada adiantam para o problema que nos ocupa.

A definição da culpa (presumida ou efectiva) só se coloca depois de definida a causalidade; de sorte que aquelas presunções

de culpa apenas funcionam depois de se saber quem foi o autor do facto e se este foi a causa adequada do dano.

Em termos lógicos, a presunção de causalidade precederá sempre, por isso, qualquer aplicação feita a partir das presunções dos art.ºs. 492 e 493.

Em alternativa ao sistema de causalidade presumida poder-se-ia também pensar num modelo mais flexível onde – nesses mesmos sectores-chave – fosse possível ao julgador determinar previamente qual a parte processual onerada com a prova a fazer ou a excluir para obter ganho de causa, em função da maior facilidade concreta que cada uma delas tiver no acesso aos elementos probatórios.

Por último, a teoria indemnizatória deverá ser repensada sempre que forem violados direitos de personalidade através de órgãos da comunicação social (C.S.) nomeadamente através da televisão.

Os efeitos danosos das lesões nesses direitos quando cometidos por órgãos de comunicação de massas não têm correspondência com os danos advenientes das formas clássicas de lesar; daí que as soluções encontradas não possam ser clássicas, também.

Há que introduzir – principalmente a nível de violações praticadas através da televisão – a indemnização punitiva do transgressor como forma de dissuadir a prática continuada de lesões.

Se continuarmos atados a vias tradicionais de quantificação indemnizatória, concluiremos que a transgressão compensa: o lucro televisivo será sempre superior à indemnização paga ao lesado.

A indemnização punitiva tem uma dupla vertente: ressarcir quem foi ofendido e sancionar quem tem à sua disposição um meio de destruição massiva da personalidade alheia usando-o e beneficiando lucrativamente disso. Daí que, nestes casos, a indemnização deva ser sempre bem superior aos lucros que o lesante televisivo obteve com o processo noticioso que conduziu à lesão do cidadão; só assim não deverá ser naqueles (poucos) casos em que o lucro do lesante ficou aquém dos danos do lesado.

No fundo, se a lesão é praticada através de um meio que potencia a lesão e simultaneamente os lucros que o conhecimento público pode induzir, há que retirar ao lesante o móbil lucrativo



que o moveu; entre lucrar o lesante ou o lesado, que lucre este já que o lucro foi obtido a partir da ofensa à sua pessoa.

Repare-se que existe no C. Civil uma norma que contém na sua base esta preocupação conjunta de ressarcir e sancionar: o art.º 806.

Prevê-se neste dispositivo um ilícito civil autónomo decorrente de um incumprimento anterior; no novo ilícito, a reparação é fixada *em regra* através da indemnização moratória porque os juros de mora *são quase sempre superiores à taxa de inflação*.

Assim, o legislador coloca nesta indemnização fixada abstractamente uma dupla face: a da reparação porque ocorreu um novo ilícito de incumprimento, e a da sanção porque lhe aplica uma taxa de juro intencionalmente superior à da inflação.

Só assim não será, no caso (raro) de os danos efectivos superarem a “dècalage” das taxas em confronto.

\*                    \*                    \*                    \*

                  \*                    \*                    \*

O S.T.J. tem sido chamado a pronunciar-se sobre um conjunto de temas conexonados com as c.c.g. a ponto de a jurisprudência firmada ser significativa e relativamente homogénea no seu conteúdo decisório.

Vejamos, a esse nível, o que se passa nos casos de venda de veículos com reserva de propriedade, locação financeira, seguros facultativos e na fiscalização abstracta da validade daquelas cláusulas através das acções inibitórias.

Na venda de veículos a prestações e com reserva de propriedade surgem, com alguma insistência, dois tipos de cláusulas: um, segundo o qual o vendedor pode ir buscar o veículo onde quer que ele se encontre, caso o comprador não pague uma só prestação; outro, segundo o qual, resolvido o contrato pelo vendedor por incumprimento do comprador, a indemnização a pagar por este será igual pelo menos a 50% do preço total ajustado.

O Supremo não tem dado luz verde a estes dois tipos de cláusulas.

O primeiro é nulo porque viola não só a norma imperativa do art.º 934 do C. Civil como também a do art.º 19 c) já que atinge os interesses da parte negocialmente mais fraca (cfr. o Ac. de 2/3/94, relatado por Rosa Raposo).

O segundo contém uma cláusula penal desproporcionada em função dos danos ressarcíveis que é relativamente proibida por aquele mesmo art.º 19 c). Sendo também nula esta cláusula, o S.T.J. decidiu, no caso concreto sobre que se debruçou, que os danos indemnizáveis sofridos pelo vendedor – já que havia efectivo incumprimento da contraparte – deviam ser quantificados de acordo com as regras gerais aplicáveis (cfr. o Ac. de 4/12/97, relatado por Nascimento Costa).

A locação financeira é objecto recorrente de arestos do S.T.J.

Podemos distinguir, na jurisprudência corrente, dois tipos de c.c.g. que surgem habitualmente nos contratos-tipo de adesão: um, de natureza penal, que fixa em termos abstractos a indemnização a pagar pelo locatário (quando o contrato é resolvido por culpa deste) quantificada em função de certa percentagem das rendas vincendas e do valor residual; outro que – se o locatário incumprir – permite ao locador a resolução contratual acrescida da subsequente indemnização correspondente ao montante das rendas vencidas, vincendas e do valor residual.

Estes dois tipos de c.c.g. são sempre da iniciativa do locador-ofertante; e a visão jurídica do Supremo revela uma uniformidade apreciativa constante.

No primeiro tipo de cláusulas a solução tem sido a seguinte: se a cláusula penal fixa em abstracto uma indemnização que vai até 20% das rendas vincendas e do valor residual, ela é válida porque não é desproporcionada; se ultrapassa essa quota (se a fixa em 50%, 75% ou até 100%) é nula por violação do referido art.º 19 c) (cfr., por todos, Acs. de 16/5/00, relatado por Ferreira de Almeida; de 15/12/98, relatado por Garcia Marques; de 9/2/99, relatado por Lopes Pinto).

O segundo tipo de c.c.g. é flagrantemente nulo.

Permitir que, no incumprimento definitivo da locação financeira pelo locatário, o locador se indemnice em função das rendas ven-

cidas, vincendas e valor residual ficando ainda por cima com o objecto locado por força da resolução do próprio contrato é um negócio verdadeiramente leonino e que excede o próprio lucro do locador *caso o contrato fosse pontualmente cumprido pelo locatário*.

Na verdade, nos contratos bilaterais o credor tem dois caminhos basilares à sua frente em caso de incumprimento: ou resolve o contrato e se indemniza em função do interesse contratual negativo (ou seja, pelos danos que não teria se não fosse a resolução), ou exige o cumprimento do contrato em sucedâneo sendo indemnizado em função do que obteria se aquele tivesse sido pontualmente cumprido pelo devedor (interesse contratual positivo).

Na primeira hipótese, o credor acumula o direito à resolução com o direito indemnizatório quantificado pelo interesse contratual negativo; na segunda hipótese, o credor não resolve o contrato, mas indemniza-se em função do interesse contratual positivo.

No tipo de c.c.g. em análise o que temos é uma acumulação indevida pelo credor de todas as vantagens possíveis: resolve o contrato e indemniza-se pelo interesse contratual positivo.

Ou seja, o locador financeiro – em função do teor dessas cláusulas – recebe tudo o que o locatário lhe devia pagar se o contrato fosse integralmente cumprido e ainda por cima resolve o contrato ficando com o objecto locado como se aquele fosse anulado. Dito de outro modo, o locador fica com o lucro da resolução e o lucro do cumprimento integral, adicionando benesse sobre benesse.

Por via disto, este tipo de c.c.g. foi declarado nulo também pelo Supremo (cfr. Ac. de 2/5/02, relatado por Sousa Inês).

Passemos aos seguros facultativos.

Encontramos nestes contratos de adesão propostos pelas seguradoras, c.c.g. que:

- a) permitem à seguradora a resolução do contrato quando e como quiserem, sem a existência de qualquer motivo justificativo;
- b) permitem à seguradora – no caso de resolução do contrato pelo tomador do seguro – reter 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.

Estas c.c.g. são nulas e assim o S.T.J. as tem declarado.

As que se reportam ao modelo a), são nulas porque violam o art.º 22 n.º 1 b); as que se reportam ao modelo b) são nulas por violarem o art.º 19 c), fixando cláusulas penais desproporcionadas (cfr., por todos, os Acs. de 17/2/00, relatado por Herculano Namora e de 15/5/01, relatado por Reis Figueira).

\* \* \* \* \*

Às acções inibitórias prestemos alguma atenção; e na impossibilidade de abordarmos toda a sua problemática, vejamos algumas das c.c.g. mais significativas e cuja validade foi trazida a juízo.

No âmbito do fornecimento de serviços essenciais, foi proposta uma acção inibitória contra a “Essogás” por elaborar contratos de adesão com cláusulas proibidas.

Foram, em conformidade, declaradas nulas várias cláusulas: uma que permitia a subcontratação possibilitando que o fornecedor utilizasse um terceiro por si designado para o fornecimento ao consumidor; outra que permitia ao fornecedor alterar unilateralmente os preços de aluguer do contador sempre que o pretendesse; uma terceira que isentava a “Essogás” de qualquer responsabilidade em caso de acidente provocado pelo gás fornecido.

A primeira c.c.g. violava o art.º 18 l); a segunda, o art.º 22 e); a terceira, o art.º 18 a), b), c), d), (cfr. Ac. de 6/5/93 relatado por Figueiredo de Sousa).

O exemplo descrito é sintomático porque das soluções aí defendidas é possível extrapolar para o fornecimento de outros serviços essenciais (água, telefone, electricidade) em casos análogos.

Numa outra vertente, inúmeros e extensos são os casos de c.c.g. que fazem jurisprudência referentes a contratos que têm por objecto a utilização de cartões de crédito, cartões de garantia de cheque, contratos de utilização, cartões de débito e que as entidades bancárias oferecem aos seus múltiplos e potenciais clientes.

Na impossibilidade de abordar toda essa plêiade de contratos de adesão, indicaremos tão-somente alguns, poucos, exemplos significativos.

Assim, no tocante ao denominado cartão “Multibanco” e relativamente a contratos de adesão referentes à sua utilização por utentes, seus portadores, têm sido consideradas nulas as c.c.g. que:

- a) fazem correr por conta do aderente o risco da utilização do cartão nas 48 horas seguintes à comunicação do seu extravio sem ter havido qualquer culpa do aderente nesse extravio, já que infringem o art.º 21 f);
- b) dão valor probatório bastante ao registo informático bancário das operações entretanto realizadas e dos levantamentos efectivados já que violam o art.º 21 g) – cfr. o Ac. de 20/6/95, relatado por Pais de Sousa.

Do mesmo passo, e relativamente aos denominados cartões “Electron”, “Eurocheque” e “Multibes” foram declaradas nulas as c.c.g. constantes dos contratos de adesão que os sustentavam e que:

- a) permitiam à entidade bancária – ofertante contratual – abrir os envelopes com valores depositados e, em caso de divergência entre o montante indicado pelo titular e o apurado pelo banco, fazer prevalecer a sua posição.

Esta cláusula viola o art.º 21 g);

- b) permitiam ao banco exigir a devolução do cartão, e também que o retivesse sempre que houvesse utilização indevida do cartão e sem que a contraparte pudesse peticionar qualquer indemnização.

Esta cláusula viola o art.º 22 n.º1 b);

- c) permitiam ao banco alterar unilateralmente as cláusulas do contrato e considerar aceites aquelas que, comunicadas à contraparte, não merecessem desta qualquer reacção em 15 dias.

Esta cláusula infringe o art.º 19 d) – cfr. Ac. de 11/10/01, relatado por Silva Paixão.

Casos há, porém, em que a utilização indevida do cartão se deve assacar ao próprio utilizador que o recebeu na sequência de um contrato de adesão.

Exemplo disso foi o pleito decidido no S.T.J. pelo acórdão de 19/11/02 (relatado por Azevedo Ramos).

A titular do cartão tinha-o deixado no veículo onde foi furtado, em plena cidade de Cascais, só vindo a comunicar ao banco respectivo o furto do cartão mais de sete horas depois.

Ao longo desse interregno, e durante cerca de hora e meia os utilizadores abusivos do cartão (que se ignorava quem fosse) procederam a diversos levantamentos.

No caso, entendeu-se que a responsabilidade pelos danos sofridos pelo titular do cartão cabia a este mesmo.

Tão longo lapso de tempo, conjugado com o “abandono” do cartão debaixo do assento da viatura, remete-nos para a negligência do próprio titular.

\* \* \* \* \*  
\* \* \* \* \*

Se bem que se não refiram directamente a c.c.g. contidas em contratos-tipo de adesão, tem sido chamado o Supremo a pronunciar-se sobre casos diversos que entroncam em questões conexas com a temática do consumo, sabendo-se como se sabe que no diploma regulador das c.c.g. a defesa do consumidor final também aí tem assento (cfr. art.ºs 20 e sgts.).

Abordemos alguns desses casos que foram por nós decididos nos tribunais superiores.

Antes de mais, a questão da empreitada de imóveis de longa duração e a leitura interpretativa a fazer do art.º 1225 do C. Civil.

A jurisprudência entendia, na sequência aliás da doutrina, que o direito conferido pelo art.º1225 só funcionava para o dono da obra se e depois de este ter usado de toda a ordem sequencial definida nos art.ºs 1220 e sgts. do C. Civil.

Ou seja, era obrigatório para o dono da obra observar toda a panóplia de trajectos minuciosamente definidos, escudados em prazos por vezes insuficientes e que, no mais das vezes, e com uma frequência que a experiência dos Tribunais confirmava, redundava num desequilíbrio concreto na defesa dos interesses do dono da obra. Para além de que situações havia em que se revelava

praticamente inviável ou excessivamente oneroso para aquele observar, ponto por ponto, a exigência jurisprudencial consagrada.

Foi o que sucedeu no diferendo decidido pelo Ac. de 8/3/01 que relatámos (C.J., Acs. S.T.J., I, pág. 159).

Nesta hipótese era impossível ao dono da obra seguir a ordem sequencial de direitos já que se comprovou – no momento em que a obra devia ser aceite – que a esta faltavam elementos estruturais que, apesar de não porem em causa a segurança, não eram despendidos a esse nível; faltavam dois pilares, uma viga, além de que outras duas vigas tinham sido modificadas em relação ao projecto contratado.

Corrigir estes defeitos era impossível já que se descobriu que, no local onde deveriam estar as vigas em falta, havia uma fonte de água; o que nos remetia para o exemplo característico da inaplicabilidade da referida ordem sequencial e para a leitura do art.º 1225 como conferindo um direito indemnizatório autónomo.

Outros exemplos do mesmo género são possíveis; basta pensar num grande edifício habitacional em condomínio onde sejam detectados supervenientemente defeitos que impliquem a saída dos residentes: a ordem sequencial impossibilitaria ou a correcção dos defeitos ou o trem de vida normal dos habitantes ou, até, as duas coisas em conjunto.

A lei de defesa do consumidor (Lei n.º 24/96) segue também o trajecto que adoptámos autonomizando o direito indemnizatório do dono da obra; e na mesma linha de orientação do acórdão referido, o S.T.J. veio a reafirmá-la num outro aresto de 10/1/02, relatado por Nascimento Costa.

\*                    \*                    \*                    \*

     \*                    \*                    \*

                 \*                    \*

O direito de retenção do promitente comprador de imóvel com tradição da coisa, era outra das discórdias jurisprudenciais recorrentes.

No S.T.J. haviam-se formado duas linhas distintas de pensamento: uma, que conferia ao promitente-comprador o direito de

retenção da coisa quer esta fosse móvel quer imóvel, possibilitando-lhe por conseguinte o uso dos meios possessórios; outra, que via no direito de retenção uma simples garantia real, que apenas conferia ao seu titular a prioridade no pagamento dos créditos que fossem reclamados e graduados sobre a coisa.

Em acórdão de 20/1/99 (Bol. 483, p.195) relatado por nós propendemos para a primeira solução mas com uma fundamentação completamente diferente; e ainda aqui introduzimos uma ligeira restrição ao funcionamento da retenção.

O direito de retenção destina-se a garantir – segundo a própria expressão legal – o direito do promitente comprador adveniente do incumprimento da contraparte.

Ora, esse direito tanto pode ser o de exigir o cumprimento em espécie da promessa, através da execução específica, como o seu cumprimento em sucedâneo através de uma indemnização fixada nos termos legais.

No direito contratual o cumprimento em espécie não é imposto, como regra, ao contraente faltoso, de sorte que o fiel tem que lançar mão ou da resolução contratual ou da indemnização em sucedâneo determinada pelo interesse contratual positivo (isto é, os lucros que teria se o contrato fosse cumprido); mas o legislador abriu uma excepção para os contratos- promessa onde por regra permite a execução específica, instituto destinado a impor ao faltoso o cumprimento em espécie que voluntariamente não satisfaz.

Assim sendo, o direito de retenção sobre a coisa, objecto mediato da promessa, tem que abarcar obviamente as duas modalidades de cumprimento vocacionadas para a satisfação do interesse do fiel; isso mesmo resulta em linha recta dos art.ºs 442 n.ºs 2 e 3 e 755 n.º1 f).

A partir daqui tornam-se evidentes os corolários a extrair: se o fiel pretende executar especificamente a promessa, pode reter o prédio porque o direito de retenção aqui destina-se a garantir que o prédio traidado não vá seguir outro trajecto que não seja o de permitir o cumprimento em espécie; se o fiel não pode executar especificamente a promessa e vai pedir uma indemnização que é o sucedâneo que a lei lhe faculta, goza tão-só da prioridade de



pagamento na venda eventual do prédio porque a isso se reconduz apenas a garantia real que a retenção lhe confere.

Supomos que a solução que adoptámos no acórdão referido veio a influenciar decisivamente a jurisprudência dos Tribunais Supremos.

\*            \*            \*            \*  
                  \*                            \*                            \*  
                                  \*                            \*

Um exemplo paradigmático de como os princípios jurídicos devem ser justapostos em situações específicas, tivemos-lo numa apelação julgada por nós na 2ª instância; e se bem que não se trate de decisão do S.T.J., trazemo-la à colação por força dessa especificidade (Ac. T. Rel. Lisboa de 2/10/97 ainda inédito).

A situação de facto era a seguinte:

Uma enfermeira decidiu comprar um automóvel a pronto pagamento, dirigindo-se para isso ao respectivo stand.

Aqui, convenceram-na a não comprar a pronto, mas a crédito; assim, ela dirigiu-se a uma sociedade de concessão de crédito ao consumo para bens e serviços que trabalhava constante e reciprocamente com o stand.

Na verdade, o stand funcionava como potenciador financeiro da sociedade de concessão de crédito e esta como angariadora de clientes do stand.

A enfermeira subscreveu várias livranças que titulavam o mútuo que lhe foi feito; mas o dinheiro mutuado foi entregue directamente da sociedade mutuante ao stand tal como o contrato expressamente clausulava e a lei permitia, sem nunca passar pelo património e pela disponibilidade da enfermeira.

O automóvel nunca foi entregue à enfermeira e a esta foi pedido o dinheiro mutuado pela sociedade financeira que a demandou em Tribunal.

Na acção respectiva, a enfermeira bem invocou o contrato de compra do veículo que nunca lhe entregaram; a 1ª instância entendeu que havia dois contratos diferentes que em nada se interligavam.

Assim, condenou a enfermeira a pagar o mútuo, entendendo que esta devia – se quisesse – demandar o stand para a entrega do carro.

A nossa visão foi diferente.

Estávamos perante *contratos coligados* de mútuo e compra e venda já que a enfermeira celebrou o primeiro para obter o segundo e já que stand e sociedade financeira trabalhavam em sintonia recíproca.

Dáí que o regime jurídico dos contratos coligados sofresse os efeitos típicos da coligação quando ambos os negócios se encontram em paridade na perspectiva negocial das partes. No caso, esses efeitos ir-se-iam repercutir de imediato na excepção de não cumprimento.

A excepção de não cumprimento é uma excepção dilatória de natureza material que funciona como um dos mais eficazes meios postos ao dispor do contraente fiel: este não cumpre a sua obrigação sinalagmática enquanto o faltoso não cumprir também a sua (arts.º. 428 e sgts.).

Por isso, dispor desse meio de defesa eficaz era essencial para a enfermeira porque, se lhe não entregassem o automóvel, ela poderia não pagar o preço.

Simplemente no contrato de mútuo (coligado com a compra) o mutuante entregou a quantia mutuada não à enfermeira, mas directamente ao fornecedor do bem, o vendedor do veículo.

Com isto, o mutuante inviabilizou a invocação pela enfermeira da excepção de não cumprimento oponível ao vendedor; ou seja, porque entregou o dinheiro ao fornecedor e não à compradora, esta não podia retê-lo até à entrega do automóvel.

O que isto quer dizer é que – porque os contratos estão coligados – o princípio da boa-fé contratual impunha que o mutuante garantisse à mutuária o cumprimento da obrigação de entrega do automóvel pela vendedora, sob pena de ela poder então invocar a excepção de não cumprimento perante a própria mutuante já que a não podia opor à vendedora.

Na verdade, se a sociedade financeira não entregou o dinheiro à enfermeira mas ao stand de venda, teria que se responsabilizar – segundo os ditames da boa-fé – pela entrega do automóvel; ou seja,

a boa-fé contratual fazia transferir a oponibilidade da exceção da vendedora para a mutuante no interior da unidade jurídica que a coligação de contratos constituía.

Foi assim que se veio a julgar, transferindo a oponibilidade da exceção de não cumprimento e libertando a enfermeira do pagamento do preço por uma compra que lhe foi sonogada.

Temos razões de sobra para pensar que o caso descrito não foi o único à época e provavelmente o não será ainda hoje; o que significa que talvez a teoria da coligação contratual ainda tenha futuro em situações iguais ou aparentadas.

Mas, agora, num plano mais geral, talvez não seja mau pensar que os institutos jurídicos têm, com frequência, potencialidades insuspeitas que a interpretação e a aplicação do jurista pode surpreender, permitindo a feitura da justiça comum que o homem comum – que praticamente todos nós somos – pretende e deseja.

# GARANTIAS NA VENDA DE BENS DE CONSUMO

## A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 1999/44/CE PARA O DIREITO PORTUGUÊS\*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático  
da Faculdade de Direito de Coimbra

**Sumário:** 1. Transposição da Directiva; 2. Breve sùmula do direito português anterior à Directiva; 3. Necessidade de transposição da Directiva; 4. Modalidades de transposição; 5. Sede formal da transposição; 6. O Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril; 7. Breve confronto com a Directiva; 8. Conclusão

### 1. Transposição da Directiva

É sabido que, *para a transposição* da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas – como, aliás, para a transposição de *qualquer directiva* –, torna-se indispensável apurar se os *resultados* pretendidos pela

---

\* Versão em língua portuguesa do texto preparado para o Colóquio de 30 e 31 de Janeiro de 2004, em Santiago de Compostela, organizado pela ERA – Europäische Rechtsakademie de Trier e pelas Universidades de Savoie e de Santiago de Compostela.

directiva são *já obtidos* pelo direito em vigor na ordem jurídica de cada Estado membro. Se assim for, *nada será necessário fazer*; mas se, pelo contrário, o direito nacional for *omisso* ou *divergir*, nas soluções que consagra, daquelas que a directiva visa implementar, então sim, será necessário *intervir*, só neste caso se devendo concluir que a directiva *carece de ser transposta*.

É, assim, necessário *analisar bem* a directiva, tal como se torna indispensável *conhecer bem* o direito interno. O que, infelizmente, nem sempre é feito em Portugal (penso, de resto, que em outros países se assiste ao mesmo inconveniente!), concluindo-se, *apressadamente*, pela necessidade de transpor a directiva (verdadeiramente, muitas vezes essa interrogação nem sequer será previamente feita!), e adoptando-se, para o efeito, uma atitude “servil” de *reproduzir* o texto da directiva, copiando-a pura e simplesmente. Trata-se, em geral, de uma atitude manifestamente incorrecta e errada – *duplamente* errada, aliás –, *contrária* à razão de ser de uma directiva ...

Não é este, porém, o tema do seminário em que hoje participamos, pelo que ficarei por aqui a tal respeito. De todo o modo, importa concluir que a Directiva 1999/44/CE suscitou a *questão prévia* de saber *se carecia de ser transposta* ou se, pelo contrário, isso seria *desnecessário*, em virtude de o direito português, “*avant la lettre*”, já estar em conformidade com os objectivos da mesma Directiva.

É esta, pois, a primeira grande questão que devo aqui abordar: *seria necessária alguma intervenção legislativa na ordem jurídica portuguesa para transposição da Directiva?* A resposta a esta pergunta implica analisar o direito português vigente à data em que a Directiva foi adoptada, o que faremos já de seguida.

## 2. Breve sùmula do direito português anterior à Directiva

A venda de bens de consumo era fundamentalmente regulada (como aliás, em parte, continua hoje ainda a ser...) no Código

Civil (de 1966) e na Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996).

2.1. Procurando fornecer um *brevíssimo retrato* do direito português anterior à Directiva 1999/44/CE<sup>1</sup>, começamos por referir que o contrato de compra e venda é regulado nos arts. 874.º a 939.º do Código Civil<sup>2</sup>. Só nos interessam, porém, os aspectos deste contrato abrangidos pela Directiva, ou seja, os artigos do Código Civil que se ocupam dos direitos de que beneficia o comprador de coisa que *não esteja em conformidade* com o contrato, ou ainda, por outras palavras, das tradicionais *garantias* do comprador: importa considerar, para o efeito, muito especialmente<sup>3</sup>, os arts. 913.º a 922.º, sobre a “*venda de coisas defeituosas*”.

Ao comprador é dispensada uma garantia comum ou ordinária, resultante directamente da lei (arts. 913.º-919.º), que podemos designar de *garantia legal*, tendo o legislador regulado ainda alguns aspectos da *garantia convencional*, que designou de “*garantia de bom funcionamento*” (art. 921.º).

---

<sup>1</sup> Sobre o ponto pode ver-se, em língua francesa, ainda que com um âmbito mais vasto, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *La protection de l'acheteur de choses défectueuses en droit portugais*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp. 259,ss.

<sup>2</sup> Deixamos de lado a compra e venda comercial, regulada pelos arts. 463.º a 476.º do Código Comercial (até porque a garantia dos vícios é essencialmente regulada pelo Código Civil), assim como omitimos aqui outras normas legais, designadamente o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (modificado em 1995 e, de novo, em 1999), sobre as “cláusulas contratuais gerais”.

<sup>3</sup> Dizemos muito especialmente, por serem esses os artigos que se referem directamente aos “vícios da coisa”, importando todavia considerar ainda os chamados “vícios do direito”, regulados nos arts. 905.º a 912.º, sobre a “venda de bens onerados” (bens onerados com uma hipoteca, por exemplo). De resto, estes artigos também se aplicam, devidamente adaptados, à “venda de coisas defeituosas”, por força da remissão operada pelo art. 913.º. Assim como importaria ainda considerar os arts. 892.º a 904.º sobre a “venda de bens alheios” (correspondente, mas com um regime diverso, à garantia da evicção do direito romano).

Quanto ao âmbito da garantia legal<sup>4</sup>, a previsão do art. 913.º abrange quatro casos:

- existência de vício que desvalorize a coisa;
- existência de vício que impeça a realização do fim a que a coisa é destinada;
- falta de qualidades asseguradas pelo vendedor;
- falta de qualidades necessárias para a realização do fim a que a coisa é destinada.

E, nos termos do n.º 2 deste art. 913.º, “quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria”.

Importa ainda esclarecer que esta garantia por vícios da coisa abrange apenas os casos de venda de coisa específica e só os defeitos existentes já ao tempo da transferência da propriedade. Ela não se aplica *nos casos de venda de coisa futura e de venda de coisa genérica*, casos em que não se produziu ainda a transferência da propriedade, *bem como nos casos de venda de coisa específica se o defeito for superveniente à venda* (caso em que o risco corre por conta do comprador). Nestes casos são aplicáveis, de acordo com o art. 918.º, as regras gerais relativas ao incumprimento.

O regime da garantia por vícios da coisa faculta ao comprador, em certos termos, os seguintes *direitos*:

- à *reparação* ou, se for necessário e a coisa for fungível, à sua *substituição* (art. 914.º), salvo se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidades;
- à *anulação do contrato* (arts. 913.º e 905.º), com restituição do preço e entrega do que já se recebeu;
- à *redução do preço*, conservando o comprador a coisa (art. 911.º);

---

<sup>4</sup> Para maiores desenvolvimentos, recorde-se o nosso trabalho: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *La protection de l'acheteur de choses défectueuses en droit portugais*, cit., pp. 261,ss e *passim*.

- à *indenização* (art. 915.º): pelo interesse contratual negativo em caso de anulação do contrato, eventualmente pelo interesse contratual positivo em outras situações.

A lei estabelece, de seguida, *prazos breves* para a *denúncia* do defeito e para a *acção de anulação*.

Assim, em caso de simples erro, o comprador dispõe de 30 dias, após o conhecimento do defeito, para o denunciar perante o vendedor, e sempre dentro dos 6 meses após a entrega da coisa. Tratando-se de bens imóveis, esses prazos são de 1 e de 5 anos, respectivamente (art. 916.º)<sup>5</sup>.

Quanto à *acção de anulação por erro*, ela caduca, por sua vez, findo qualquer destes prazos sem que o comprador tenha feito a denúncia ou decorridos sobre esta 6 meses, excepto, neste último caso, se o negócio não estava ainda cumprido (arts. 917.º e 287.º, n.º 2). Este prazo de caducidade, que a lei prevê só para a *acção de anulação*, vem sendo aplicado pela jurisprudência dominante também às *acções de reparação* ou de *substituição da coisa* e de *indenização* em caso de simples erro.

No caso de dolo, o ónus de denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade não existe, valendo o prazo geral de caducidade da *acção de anulação*: 1 ano após o conhecimento do dolo (art. 287.º, n.º 1).

Como dissemos atrás, além da chamada *garantia legal*, o Código Civil regula ainda alguns aspectos da *garantia convencional*, no art. 921.º, mais exactamente, a denominada “*garantia de bom funcionamento*”, que surge assim por força de *convenção das partes* ou por força dos usos.

Existindo esta *garantia*, fica o vendedor obrigado a *reparar* a coisa, ou a *substituí-la* quando a *substituição* for necessária e a coisa for fungível, *independentemente de culpa sua ou de erro do*

---

<sup>5</sup> A referência aos bens imóveis foi introduzida só em 1994, através de uma modificação ao art. 916.º do Código Civil.



*comprador*. Esta garantia de bom funcionamento está também sujeita a *prazos*.

Por último, tendo em conta que a Directiva veio considerar como contratos de compra e venda “*os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir*” (art. 1.º, n.º 4), importa por isso considerar ainda os artigos respeitantes aos *defeitos da obra, no contrato de empreitada* relativo a bens móveis corpóreos celebrado entre profissionais e consumidores (arts. 1218.º e seguintes).

Assim, se a obra apresentar defeitos, tem o dono da obra, em certos termos, o direito à *eliminação* dos defeitos (art. 1221.º), à *redução* do preço, à *resolução* do contrato (art. 1222.º) e à *indemnização* (art. 1223.º). Os defeitos devem ser denunciados no prazo de 30 dias após o seu conhecimento (art. 1220.º) e a acção judicial deve ser intentada no prazo de 1 ano, em determinados termos, salvo se se tratar de bens imóveis, em que os prazos são outros (arts. 1224.º e 1225.º, respectivamente).

2.2. Como dissemos logo de início, também a Lei de Defesa do Consumidor<sup>6</sup> consagrava *regras importantes* a favor do consumidor a quem fosse fornecida coisa defeituosa. Com esta particularidade adicional: a LDC trata do contrato de *fornecimento*, o que permite abranger não só a *compra e venda* como também, designadamente, a *empreitada* e a *locação*.

Essas regras constavam, essencialmente, dos arts. 4.º, 7.º, n.º 5, e 12.º da LDC.

O art. 4.º, n.º 1, determina que “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”. Os n.ºs 2, 3 e 4 estabeleciam, de seguida, garantias de “bom estado” e de “bom funcionamento”

---

<sup>6</sup> Actualmente, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (que passamos a citar por LDC), que substituiu e revogou a anterior, a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto.

dos bens móveis não consumíveis, assim como de bens imóveis. Estes números foram entretanto revogados pelo Decreto-Lei que transpôs a Directiva, ficando no art. 4.º apenas a regra que constava anteriormente do seu n.º 1.

O art. 7.º, n.º 5, por sua vez, determina que fazem parte dos contratos que venham a ser celebrados as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias.

O art. 12.º, por último, dedicava ao direito à reparação de danos 5 números, consagrando, logo a abrir, no seu n.º 1, que “o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato”. Os n.ºs 2 e 3 consagravam os prazos da denúncia do defeito e da caducidade dos direitos do consumidor. Finalmente, o n.º 4 previa o direito do consumidor à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais e o n.º 5 a responsabilidade do produtor independentemente de culpa sua. Ora, actualmente, este art. 12.º da LDC tem apenas dois números, correspondentes aos anteriores n.ºs 4 e 5, pois o decreto-lei que transpôs a directiva modificou este preceito, tendo desaparecido as regras constantes dos seus n.ºs 1, 2 e 3, na redacção inicial da norma.

### 3. Necessidade de transposição da Directiva

A breve exposição que acabamos de fazer sobre o direito português vigente à data em que a Directiva 1999/44/CE foi adoptada permite concluir que, *no essencial*, a ordem jurídica portuguesa já acolhia muitos dos objectivos pretendidos pela directiva. Ainda assim, contudo, *pareceu necessário transpor a directiva*, nuns casos porque esta trazia *inovações*, noutros casos porque se detectaram *divergências* pontuais (nos prazos, por exemplo), por último, porque havia alguns pontos a *esclarecer* e outros a *completar*.

Essa foi, aliás, a posição expressa do Autor do Anteprojecto, Paulo Mota Pinto<sup>7</sup>, salientando desde logo, entre os aspectos que justificavam a necessidade de transposição da Directiva, a consagração do conceito de *conformidade* com o contrato, *em vez* das tradicionais noções de “defeito”, “vício” ou “falta de qualidade” da coisa vendida (apesar de o conceito de conformidade não poder considerar-se estranho ao direito português)<sup>8</sup>. Por outro lado, os *pressupostos* dos diversos direitos do consumidor nem sempre coincidiam, na directiva e na legislação portuguesa. Nos *prazos* havia divergências. E mostrava-se ainda necessário prever o *direito de regresso* do vendedor final contra os outros responsáveis da cadeia contratual e acolher o regime da *garantia comercial*, assim como parecia conveniente introduzir a *responsabilidade directa do produtor* perante o consumidor (embora esta não fosse imposta pela Directiva).

#### 4. Modalidades de transposição

Assente que *era necessário* transpor a Directiva, colocava-se de imediato uma questão importante: *em que termos?* Deveria a Directiva ser transposta através de um diploma legal que *restringisse* o seu *âmbito de aplicação ao consumidor*, ou, pelo contrário, *dever-se-ia ir além* da Directiva, *generalizando* algumas das suas regras, quer *subjectivamente* (incidindo sobre o regime *geral* da

---

<sup>7</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado*, in “Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 3, Coimbra, 2001, pp. 165,ss, assim como, já antes, do mesmo Autor, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português*, in “Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 2, Coimbra, 2000, pp. 197,ss.

<sup>8</sup> Neste sentido, além de PAULO MOTA PINTO, *Anteprojecto, cit.*, p. 170, cfr., por exemplo, CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Comentário*, Coimbra, 2003, pp. 56 e ss e FERREIRA DE ALMEIDA, *Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito vigente*, in “Themis”, ano II, n.º 4, Coimbra, 2001, pp. 109,ss e 117.

compra e venda, e não só quando envolvesse o consumidor), quer *objectivamente* (para além da venda de coisas defeituosas, aproveitar para, à semelhança do legislador alemão, reformar o regime geral das “perturbações da prestação” – *Leistungsstörungen*)? Por outras palavras, deveria proceder-se a uma *transposição mínima, qua tale*, da Directiva, *limitada* à venda a *consumidores*, ou deveria *articular-se* esta intervenção com uma outra, *mais ampla*, que incidisse sobre o próprio *regime geral* da compra e venda no *Código Civil*?

Tratava-se, pois, de definir o *âmbito material* da intervenção do legislador. O Autor do Anteprojecto advogou claramente uma transposição *mais ambiciosa* da Directiva (uma “solução grande”, não uma “solução pequena”, tal como fizeram os alemães e os austríacos, entre outros), com a vantagem, designadamente, de *evitar a fragmentação* de regimes e de proporcionar uma maior *unidade e harmonização* no seio da ordem jurídica portuguesa. Para o efeito, deveria a transposição fazer-se *no Código Civil*, através de modificações ao *regime geral* da venda de coisas defeituosas e da venda de bens onerados, deixando para outro diploma legal as *especificidades* justificadas pela *protecção do consumidor*<sup>9</sup>. Esta foi também a posição que mereceu as simpatias *generalizadas* da doutrina portuguesa<sup>10</sup>.

## 5. Sede formal da transposição

Outra questão que se colocava, estreitamente ligada à anterior, era a de saber qual deveria ser a *sede formal* da transposição da Directiva.

<sup>9</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Anteprojecto*, cit., pp. 174,ss.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Questões a resolver na transposição da Directiva e respostas dadas no Colóquio*, in “Themis”, cit., pp. 219,ss. 221-222, e SINDE MONTEIRO, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo*, in “Revista Jurídica da Universidade Moderna”, 1998, pp. 461,ss e 474.

A opção favorável à “solução grande” defendia, em coerência, que a transposição da Directiva deveria fazer-se de modo *articulado*, através de *alterações ao Código Civil*, por um lado, e de alterações à *Lei de Defesa do Consumidor*, por outro lado.

Já se o legislador optasse pela “solução pequena”, as alterações deveriam processar-se somente na *Lei de Defesa do Consumidor*, acolhendo esta as novas regras da Directiva; em alternativa, que não se aconselhava, poderia sempre pensar-se num decreto-lei que reproduzisse a Directiva e acabasse por *acrescer* à LDC (o que implicaria alterações a esta Lei).

Em todo o caso, fosse a “grande” ou a “pequena” solução o caminho a trilhar pelo legislador, ficaria sempre salvaguardado que o *Código do Consumidor*, que se prevê venha a ser adoptado em Portugal, será a *sede adequada* para as especificidades relativas à venda entre profissionais e consumidores<sup>11</sup>.

## 6. O Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril

Sendo estas as grandes questões que, à *partida*, a transposição suscitava, vejamos em que termos é que o legislador português as solucionou.

**6.1.** Importa dizer, em primeiro lugar, que a Directiva foi transposta através do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

Optou o legislador português pela “solução pequena”, tendo *limitado* a sua intervenção às *relações de consumo* e deixado intacto o Código Civil<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 185-186, e FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 221-222.

<sup>12</sup> O que já suscitou críticas na doutrina: ver CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 21, ss.

6.2. Por outro lado, a transposição da Directiva foi feita, não através da Lei de Defesa do Consumidor, antes através de um *decreto-lei avulso*, que modificou a LDC e que existe *ao lado* desta lei.

O que tem como consequência uma indispensável e cuidadosa *articulação* que é necessário hoje fazer entre os regimes instituídos no Código Civil, na Lei de Defesa do Consumidor e no actual Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril!

## 7. Breve confronto com a Directiva

Passamos agora a um *breve confronto* do decreto-lei português com a directiva que ele transpôs. Limitamo-nos a salientar, quase só *telegraficamente*(!), alguns dos aspectos mais relevantes.

7.1. Assim, em primeiro lugar, importa desde logo dizer que o legislador teve a preocupação de *evitar* que pudesse vir a ficar *diminuída* a protecção de que o consumidor *já beneficiava* na ordem jurídica portuguesa. Essa a razão por que, desde logo, o Decreto-lei n.º 67/2003 tem um âmbito *mais amplo* do que a Directiva.

Com efeito, ele abrange não só os bens de consumo que a Directiva define, como também *os bens móveis que ela exceptua* (no art. 1.º, n.º 2, alínea b), os *bens imóveis* e os bens *em segunda mão adquiridos em leilão*, que a Directiva permitia que os Estados membros pudessem excluir (art. 1.º, n.º 3).

A inclusão dos *bens imóveis* no Decreto-lei português fez com que tivesse surgido aquilo que podemos designar por uma *incongruência*: é que, de acordo com o art. 5.º, n.º 4, os direitos do consumidor caducam 6 meses após ter feito a denúncia, enquanto que o regime geral da empreitada, consagrado no Código Civil, prevê que esse prazo seja de 1 ano (art. 1225.º, n.º 2)! Quer dizer, neste caso, a *lei especial* do consumidor é *menos favorável* do que a *lei geral* de que beneficia *qualquer pessoa*...

Mais grave do que isso, porém, é a *desconformidade* com a Directiva que aquele art. 5.º, n.º 4, revela, na medida em que o

prazo de 6 meses de caducidade aí previsto pode verificar-se *antes* de decorridos os “2 anos a contar da data da entrega” do bem, contrariamente ao que dispõe o art. 5.º, n.º 1, 2ª parte da Directiva.

Finalmente, o decreto-lei português aplica-se não só aos contratos de *compra e venda* e aos “contratos de *fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir*”, como pretende a Directiva (art. 1.º, n.º 4), mas também, além disso, aos *contratos de locação de bens de consumo*.

7.2. A propósito de uma eventual desconformidade com a Directiva, será de acrescentar que a *ausência de uma noção de consumidor* no decreto-lei português pode implicar, também a este propósito, uma *desconformidade* com a Directiva.

É que a ausência dessa noção significará que se recorre à noção de consumidor consagrada no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor. Simplesmente, o que sucede é que esta noção *não coincide com a da Directiva!* Essa a razão, aliás, por que, em muitos casos, os decretos-lei portugueses que transpõem várias directivas *repetem* a noção de consumidor constante dessas directivas, apesar de a LDC conter já uma noção de consumidor – mas que *não coincide*, repete-se, com a noção de consumidor que a União Europeia vem adoptando.

7.3. O conceito-chave passou a ser, no decreto-lei português tal como na Directiva, o de *conformidade*. Pena é que não se tivesse aproveitado a oportunidade para proceder a uma *reforma geral*, adoptando no Código Civil a noção de *conformidade* com o contrato, em vez dos tradicionais conceitos de “defeito”, “vício” e “falta de qualidades”...

Entretanto, merece que se realce a equiparação da *má instalação* do bem à falta de conformidade, quando aquela for realizada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou resulte de incorrecção das respectivas instruções, nos termos que a Directiva prevê.

A falta de conformidade apura-se no momento da *entrega* do bem (como dispõem a Directiva e o decreto-lei português: art. 3.º, n.º 1), solução que difere da que o Código Civil consagra no art.

882.º, n.º 1, devendo a coisa, nos termos desta norma, ser entregue “no estado em que se encontrava ao tempo *da venda*”. Aquela regra, que determina a responsabilidade do vendedor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem é entregue ao consumidor, parece que poderá ter implicações sobre as regras relativas à *distribuição do risco* (art. 796.º do Código Civil)<sup>13</sup>.

É de assinalar, neste contexto, uma *diferença* da lei portuguesa relativamente à Directiva – e que *favorece o consumidor* –, pois o prazo de 6 meses, previsto no art. 5.º, n.º 3, da Directiva (quanto à presunção da falta de conformidade que se manifeste após a entrega do bem), foi *alargado*, no Decreto-Lei n.º 67/2003, para 2 e 5 anos, consoante se trate de bens móveis ou imóveis (art. 3.º, n.º 2).

7.4. Quanto aos *direitos do consumidor*, eles, *no essencial*, estavam *já consagrados* na legislação portuguesa: no Código Civil e na Lei de Defesa do Consumidor, designadamente, ainda que os pressupostos relativos ao seu exercício não correspondessem integralmente.

Em comparação com a Directiva, uma *particularidade importante* do Decreto-Lei n.º 67/2003 (ainda que de acordo com as regras gerais: art. 334.º do Código Civil) foi ter expressamente previsto, no art. 4.º, n.º 5, que o consumidor ficará impedido de exercer os seus direitos se isso constituir um *abuso de direito*.

7.5. Relativamente aos *prazos*, eles foram *alargados, por força e nos termos* da Directiva, ainda que se registre aqui, como já referimos antes, alguma *incongruência* e até uma eventual *desconformidade* da lei portuguesa com a Directiva<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ver, no entanto, CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 75-76, assim como o próprio considerando 14 da Directiva. Mas o ponto é duvidoso.

<sup>14</sup> Cfr., *supra*, n.º 7.1.



Resta acrescentar que o legislador português consagrou a *obrigatoriedade* de o consumidor ter de *denunciar* ao vendedor a falta de conformidade (art. 5.º, n.º 3), o que na Directiva era *uma mera possibilidade* deixada à liberdade dos Estados-Membros (art. 5.º, n.º 2).

**7.6.** Novidade assinalável – ainda que não imposta na Directiva mas que era já advogada no Anteprojecto<sup>15</sup> é a consagração, no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, da *responsabilidade directa do produtor* perante o consumidor.

Trata-se, no fundo, de estender, ao domínio da qualidade, a responsabilidade do produtor pelos defeitos de segurança, que o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, consagrou no direito português, ao transpor a Directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985<sup>16</sup>.

Os direitos do consumidor perante o produtor são apenas os de exigir a reparação ou a substituição da coisa defeituosa por si adquirida, podendo o produtor escolher aquele que vai satisfazer, ou mesmo, podendo ele, em certos termos, opor-se eficazmente ao exercício de tais direitos.

**7.7.** É igualmente de destacar a consagração do *direito de regresso*, no art. 7.º, atribuindo-se ao profissional que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos em caso de falta de conformidade, bem como à pessoa contra quem, por sua vez, tenha sido exercido aquele mesmo direito, o direito de regresso contra o profissional que lhe vendeu a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos. Este direito de regresso só poderá ser excluído ou limitado antecipadamente se for atribuída ao seu titular uma compensação adequada.

---

<sup>15</sup> PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 235, ss.

<sup>16</sup> Recorde-se, a este respeito, por todos, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990.

Optou, assim, o legislador nacional por respeitar o *princípio da relatividade dos contratos*, podendo cada interveniente da cadeia contratual proceder, pela via do direito de regresso, contra o seu parceiro contratual, que o *antecede* nessa cadeia e de quem ele adquiriu a coisa fornecida.

7.8. Uma simples referência, por último, às “*garantias voluntárias*”, consagradas no art. 9.º do decreto-lei português, em conformidade com o que a Directiva prevê no seu art. 6.º, mas em termos diversos dos que o Código Civil estabelece para a tradicional “*garantia de bom funcionamento*” (art. 921.º).

## 8. Conclusão

Gostaríamos de concluir com uma chamada de atenção para a eventual aprovação, em Portugal, do *Código do Consumidor*.

O *Anteprojecto* está praticamente concluído pela respectiva Comissão, a que temos a honra de presidir, e muito em breve será posto à discussão pública, após o que se seguirá, ou não, a aprovação do Código.

Isto significa que, se vier a ser aprovado, o *Código do Consumidor* *passará a disciplinar toda esta matéria*, hoje constante do Decreto-Lei n.º 67/2003 e da Lei de Defesa do Consumidor, diplomas que serão *revogados*.

E escusado será dizer que aquela incongruência e aquela eventual desconformidade com a Directiva, constantes do art. 5.º, n.º 4, do decreto-lei em vigor<sup>17</sup>, serão naturalmente *corrigidas* no Código do Consumidor, assim como serão *melhorados* muitos outros aspectos: é esse, pelo menos, o nosso ponto de vista, neste como nos demais aspectos da disciplina normativa da *defesa do consumidor*!

---

<sup>17</sup> Cfr., de novo, *supra*, n.º 7.1.



# OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

Professor da Faculdade  
de Direito de Coimbra

## 1. Os direitos dos consumidores no texto constitucional

Na versão originária da Constituição portuguesa de 1976, a única referência aos consumidores aparecia nos princípios gerais da Organização económica, a propósito das incumbências prioritárias do Estado, uma das quais consistia em «proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores»<sup>1</sup>.

Esta norma, enquanto consagração de um dever estadual de protecção do consumidor, manteve-se, com pequenas alterações, até à revisão de 1997, quando se passou a consignar como incumbência prioritária do Estado «garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores».

A alteração compreende-se, na medida em que, a partir de 1982, se reconheceram determinados *direitos subjectivos* aos consumidores: «direito à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e à reparação de danos»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. o artigo 81.º, alínea *m*), da versão primitiva da Constituição.

<sup>2</sup> Compare-se com o artigo 51 da Constituição Espanhola, que se refere à protecção da segurança, saúde e legítimos interesses económicos, bem como à informação

No entanto, apesar da sua formulação subjectiva, estes direitos integravam, no texto constitucional, a Parte da Organização Económica, só vindo a ser incluídos formalmente no catálogo dos direitos fundamentais na revisão de 1989, como «direitos económicos», entre os denominados «direitos económicos, sociais e culturais».

Entre 1982 e 1989, era duvidosa, apesar da formulação subjectiva, a pertinência dos direitos dos consumidores ao conjunto dos direitos fundamentais – a admissibilidade de tal presença resultava de a Constituição portuguesa, como muitas outras, estabelecer o princípio da «cláusula aberta», acolhendo a existência de outros direitos fundamentais, para além dos previstos expressamente no catálogo, e até de direitos constantes de normas internacionais de leis ordinárias<sup>3</sup>.

Desde a revisão de 1989, não haverá dúvidas: a inserção dos direitos dos consumidores no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, somada à sua formulação subjectiva, revela uma inequívoca intenção da sua constitucionalização como direitos subjectivos na ordem jurídica portuguesa.

## 2. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais constitucionais

Os direitos dos consumidores têm, pois, de considerar-se, na ordem jurídica constitucional portuguesa, pelo menos, como direitos *formalmente fundamentais*, incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas.

---

e educação de consumidores e utentes e à promoção e audição das suas organizações – a diferença está precisamente em que tais objectivos constituem *tarefas estaduais*, enquanto na Constituição portuguesa são formulados como *direitos* dos particulares.

<sup>3</sup> No seu artigo 16.º, a doutrina e a jurisprudência constitucional sempre consideraram como direitos fundamentais alguns “direitos” incluídos noutras partes da Constituição, como o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica (até 1982), ou certos direitos dos administrados (ainda hoje fora do catálogo).

Isto não significa, obviamente, que, por esse facto, tais direitos sejam considerados como «direitos naturais», isto é, como manifestações primárias da dignidade da pessoa humana, válidas em todos os tempos, para qualquer indivíduo, por ser uma pessoa – direitos anteriores e superiores ao Estado, que a Constituição se limite a *reconhecer*, como pode dizer-se do núcleo essencial dos direitos fundamentais pessoais.

Nem pode afirmar-se que os direitos dos consumidores constituam propriamente «direitos humanos», enquanto direitos das pessoas reconhecidos na comunidade internacional como direitos proeminentes, que devam ser assegurados na generalidade dos países civilizados, ainda que na medida do possível – de facto, tais direitos não constam dos principais tratados e convenções de direitos humanos, seja nos Pactos das Nações Unidas (onde há apenas uma referência à fome), seja na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, ou mesmo na Carta Social Europeia (embora aí haja uma referência ao direito à protecção da saúde). Se dúvidas houvesse, bastaria verificar que, na própria Carta Europeia de Direitos Fundamentais – o documento mais recente, elaborado no contexto de uma União de Estados consolidada há muitos anos como comunidade económica – a protecção dos consumidores não é consagrada em termos de direitos dos cidadãos e habitantes da Europa, surgindo aí apenas como uma tarefa estadual (artigo 38.º).

Mas, para além destes direitos reconhecidos como naturais ou consagrados internacionalmente, aceita-se que cada Constituição possa eleger outros direitos como direitos fundamentais, ao definir, no exercício da sua soberania, o estatuto das pessoas na respectiva comunidade política.

Pode é perguntar-se se a Constituição portuguesa, ao formular os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, se afasta do entendimento comum na generalidade dos países do que sejam tais direitos: se os direitos dos consumidores são direitos estranhos aos direitos comumente considerados como direitos fundamentais; se a sua «fundamentalização» põe em causa a unidade de sentido ou a coerência valorativa do conjunto dos direitos fundamentais das pessoas.

### 3. O sentido dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais

Deve começar por dizer-se que os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário de direitos fundamentais, nascidos nos fins do século XVIII, contra o Estado absoluto, nem são uma expressão da cidadania democrática: não são direitos à abstenção, isto é, liberdades, nem direitos de participação na vida política.

Integram-se, no entanto, perfeitamente no conjunto dos *direitos de terceira geração* – direitos económicos e sociais –, que, sendo impensáveis na época liberal, se revelaram como atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da *sociedade técnica de massas*.

De facto, a par dos direitos individuais referidos aos bens estritamente pessoais, surge no século XX, designadamente depois das guerras mundiais, a necessidade de uma intervenção estadual na vida da sociedade, seja para garantir as liberdades efectivas dos cidadãos, sobretudo perante poderes sociais opressores, seja para assegurar um conjunto de condições essenciais de bem-estar, que, nas sociedades urbanas industriais e pós-industriais, se perfilaram como pressupostos de uma vida humana digna.

Estes novos direitos, ditos «direitos sociais», são direitos à protecção estadual, que exigem dos poderes públicos prestações legislativas e materiais, no âmbito da saúde, da habitação, da segurança social, da educação e da cultura – são direitos de *circunstância*, mas que têm a matriz dos direitos fundamentais, na medida em que também visam proteger bens das pessoas e têm como intenção principal a promoção da dignidade humana individual.

É, portanto, neste contexto alargado que deve responder-se à pergunta sobre se tem sentido a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais.

A justificação que se dá para tal consagração é a da necessidade de proteger as pessoas enquanto consumidores de bens e serviços no contexto das relações económicas, tendo em conta as *condições de produção, distribuição e consumo em massa* típicas das sociedades actuais.

A liberdade contratual não é suficiente para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam efectivamente o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar, seja porque não estão em condições de avaliar de forma esclarecida a qualidade dos bens e serviços, pela sua complexidade técnica, seja porque o contrato não é negociado individualmente, mas pré-formado pela contraparte que fornece o bem ou presta o serviço.

Tal como, nos tempos da industrialização, se construíram os direitos fundamentais dos trabalhadores a uma intervenção do Estado nas relações de trabalho, para ultrapassar as injustiças escandalosas decorrentes da liberdade contratual numa situação de profunda desigualdade entre as partes e, sobretudo, as graves ofensas à dignidade humana dos trabalhadores por conta de outrem daí resultantes, deveriam construir-se hoje os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, enquanto direitos a que o Estado intervenha na adaptação do direito civil às novas realidades, derogando certas normas, construídas no pressuposto de uma relação livre entre iguais, de modo a evitar abusos e a proteger a parte mais fraca.

Por outras palavras, o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua *subalternidade e vulnerabilidade* na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a *bens e serviços essenciais* que não pode deixar de adquirir.

É neste contexto que se entende e pode exigir uma intervenção pública, nomeadamente por via legislativa, para a determinação da responsabilidade objectiva do produtor, a proibição de cláusulas abusivas, a regulação dos contratos de adesão, a protecção dos utentes de serviços públicos essenciais (sobretudo se privatizados), etc. Contra os princípios tradicionais – *caveat emptor, Augen auf, Kauf ist Kauf* –, que pressupunham a igualdade entre as partes contratantes, exige-se a protecção do consumidor, porque e na medida em que este representa a parte mais fraca numa relação, protecção que deve ser tanto mais intensa quando maior o perigo para os bens pessoais ou a dignidade individual.

Assim entendidos, os direitos dos consumidores podem aspirar a inscrever-se no conjunto dos direitos fundamentais, visto que



prosseguem em primeira linha a finalidade própria desses direitos, isto é, a defesa das pessoas contra entidades poderosas que possam provocar-lhes lesões e, em última análise, afectar o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Sublinhe-se, no entanto, que a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não elimina a *dimensão objectiva* da protecção do consumidor, na medida em que estejam em causa valores comunitários, nacionais ou europeus (por exemplo, a livre circulação de produtos), associados ao bom uso dos instrumentos contratuais – em geral, os direitos fundamentais constituem simultaneamente valores comunitários, visando também assegurar o próprio uso do contrato como *instrumento de autonomia privada* e como garantia da *confiança no mercado*.

#### **4. As implicações normativas da fundamentalização dos direitos dos consumidores**

A consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não pode deixar de ter implicações normativas, que decorrem da sua inserção no *estatuto das pessoas na comunidade política*, isto é, da sua contextualização constitucional referida à dignidade da pessoa humana.

Essas implicações manifestam-se a três níveis: os titulares dos direitos fundamentais devem ser, em princípio, os *indivíduos* como pessoas; os bens jurídicos protegidos são os *bens pessoais* implicados na relação de consumo; a protecção constitucional dos consumidores justifica-se na medida da *vulnerabilidade* individual em face de poderes económicos privados.

Resultam daqui, em nosso entender, várias consequências.

Em primeiro lugar, uma indicação constitucional para o conceito *nuclear* de “consumidor”: a Constituição não define o que deve entender-se por consumidor, mas a remissão para uma concretização legislativa, em função do carácter típico dos direitos fundamentais, há-de abranger, em primeira linha, os *indivíduos*, embora não se exclua a sua aplicação às pessoas colectivas, que, no entanto,

só serão titulares de direitos fundamentais por analogia, com as devidas adaptações e na medida da especialidade do fim<sup>4</sup>.

Por outro lado, o carácter fundamental dos direitos dos consumidores aponta para uma acentuação dos aspectos *personais* da protecção do consumidor, em função do relevo dos bens protegidos – vida, saúde, segurança, qualidade de vida.

Por fim, estabelece-se a pressuposição de uma *relação de poder privado*, identificando o sujeito passivo dos direitos como uma entidade económica, dotada de poder real na relação com o consumidor (por ser ela a determinar decisivamente os termos do contrato) – que a lei, tal como as directivas comunitárias, parece concretizar ao definir a relação de consumo como uma relação entre um *consumidor* e um *profissional*, entre o destinatário de bens, serviços ou direitos (para uso não profissional) e quem exerça uma actividade profissional (de fins lucrativos).

## 5. Os direitos fundamentais dos consumidores em especial

Nos termos do artigo 60.º, n.º 1, da Constituição portuguesa são os seguintes os direitos dos consumidores: direito à *qualidade dos bens e serviços consumidos*; direito à *formação e à informação*; direito à *protecção da saúde e da segurança*; direito à *protecção dos interesses económicos*; direito à *reparação de danos*.

Na sequência das implicações normativas a que nos referimos, entendemos que deve optar-se por um entendimento *restrito* destes direitos *enquanto direitos fundamentais*, em função da finalidade de protecção de *bens pessoais* num contexto de *fragilidade* (vulnerabilidade) do consumidor na relação de consumo (pública ou privada).

---

<sup>4</sup> Lembre-se que este ponto não tem uma única resposta legislativa: para as directivas comunitárias, consumidor é só o indivíduo, mas a lei portuguesa também abrange as pessoas colectivas, o que parece implicar um alargamento legislativo da protecção constitucional.

Por exemplo, «qualidade de bens e serviços» não significará qualquer defeituosidade, devendo esta ser apreciada sobretudo em função da perigosidade para bens pessoais, como a integridade física e a saúde, das substâncias e processos de fabrico – no que respeite, designadamente, a alimentos, fármacos, cosméticos, jogos infantis, produtos mecânicos, organismos geneticamente modificados.

Quando a Constituição se refere ao direito à «protecção dos interesses económicos», não deve ser entendida como opção parcial a favor do consumo, mas como equilíbrio e garantia da legalidade e da igualdade material, sobretudo para prevenção dos *desequilíbrios em detrimento do consumidor*, quando existam – por exemplo, em caso de contratos de adesão ou de certas cláusulas contratuais gerais, quando não haja negociação individual nem, portanto, liberdade de estipulação, especialmente quanto a bens e serviços essenciais; contra métodos agressivos de venda, que prejudiquem a avaliação consciente e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de contratar.

Os direitos fundamentais dos consumidores são dirigidos ao Estado, devendo este, em primeira linha através da legislação, mas também através da fiscalização administrativa ou do aparelho judicial, assegurar o cumprimento do dever de protecção dos bens e interesses dos consumidores – estabelecendo os deveres dos produtores e fornecedores ou dos prestadores de serviços, num regime especial, eventualmente com derrogação do regime geral do direito civil, baseado na liberdade contratual e no pressuposto de uma sociedade de contratação directa e negociação individual<sup>5</sup>.

Deve, no entanto, admitir-se a possibilidade de conceber alguns direitos dos consumidores como direitos *directamente aplicáveis contra entidades privadas poderosas*, quando estejam em causa

---

<sup>5</sup> Claro que o Código Civil já conhece imperativos legais que limitam, em geral, a liberdade contratual com vista à protecção da parte mais fraca – proibição de negócios usurários, boa fé, por exemplo –, tratando-se agora de completar essas garantias e de as afeioar às novas necessidades de protecção, em face das características típicas de certos contratos.

certos conteúdos da saúde ou da qualidade de vida que envolvam bens jurídicos individuais – tal será admissível sobretudo quando estejam em causa dimensões de protecção de direitos, liberdades e garantias<sup>6</sup>.

## 6. O regime geral dos direitos dos consumidores enquanto direitos sociais

A Constituição portuguesa distingue, entre os direitos fundamentais, os «direitos, liberdades e garantias» dos «direitos económicos, sociais e culturais». Esta distinção não é meramente formal, já que a Constituição consagra um regime especial, mais exigente e mais forte, para os direitos, liberdades e garantias – designadamente, os direitos e as liberdades pessoais, os direitos de participação política e alguns direitos dos trabalhadores.

A diferença de regimes decorre da diversa densidade normativa dos preceitos constitucionais: verifica-se que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, apesar de utilizarem conceitos imprecisos ou cláusulas gerais, têm um conteúdo susceptível de determinação, pelas vias da interpretação jurídica, ao nível constitucional, conteúdo que, assim, em última instância, pode e deve ser estabelecido pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional.

Mesmo quando a intervenção legislativa não é só oportuna e adequada, mas *necessária* ao exercício dos direitos, estes preceitos constituem normas directamente aplicáveis, que vinculam estritamente o legislador, a quem cabe concretizar, regular, proteger os direitos, ou até condicioná-los ou restringi-los, quando e na medida em para tal esteja constitucionalmente autorizado.

---

<sup>6</sup> Veja-se, como exemplo de situação-limite, aquela em que o Tribunal Constitucional Alemão julgou inválida a fiança prestada por uma operária de 21 anos (que ganhava 1150 DM/mês) para garantia de dívida elevada do pai (100.000 DM), porque, sendo desproporcionada, importava uma asfixia económica para toda a vida e, portanto, a violação do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade – sendo certo que tal juízo implica um limite à própria autodeterminação (JZ, 1994, p. 408).

Pelo contrário, a generalidade dos direitos económicos, sociais e culturais, abreviadamente designados por “direitos sociais”, têm como conteúdo principal o direito a prestações materiais ou jurídicas por parte do Estado e, por isso, estão sujeitos a uma concretização jurídico-política pelo legislador.

Na realidade, os direitos sociais dependem, na sua actualização, de determinadas condições. Para que o Estado possa satisfazer as prestações devidas é preciso que existam recursos materiais suficientes e que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos.

Ora, é um dado da experiência a *escassez* dos recursos à disposição do Estado para satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais de todos os cidadãos, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de uma perspectiva global.

Por isso se entende que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos «sob reserva do possível».

Mas a Constituição não pode conter a resposta para essas opções, muito menos numa sociedade livre, que constitua uma democracia pluralista.

As escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente a juizes, sob a cobertura de uma interpretação, mas a órgãos politicamente responsáveis, isto é, em primeira linha, ao Parlamento e ao Governo. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, pois, em última análise, determinado pelo legislador. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.

Considerações semelhantes valem para os direitos a “prestações jurídicas” – isto é, à emissão de normas que não consistem na organização de um sistema de fornecimento de prestações materiais. A definição do regime do arrendamento para habitação, a legislação sobre higiene e segurança no trabalho ou sobre emissões de substâncias poluentes, a legislação sobre o ensino, mesmo na medida em que respeitam directamente ao conteúdo dos direitos à habitação, às condições humanas de trabalho, a um ambiente saudável ou à educação, não são determinadas pelos preceitos constitucionais – implicam escolhas políticas feitas por órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções. Não é, por isso, legítimo ao intérprete – seja ao juiz, para justificar a assunção de poderes de controlo, seja ao próprio legislador, para se eximir da sua responsabilidade política – imputar à Constituição uma intencionalidade que ultrapasse o conteúdo mínimo que decorre do estabelecimento de orientações de legislação.

E é isso mesmo o que acontece com o núcleo dos direitos do consumidor, incluídos no catálogo dos direitos sociais, embora alguns deles, como o direito à reparação dos danos, devam ser considerados análogos aos direitos, liberdades e garantias e beneficiem então do respectivo regime de protecção acrescida.

## **7. A força jurídica dos direitos fundamentais dos consumidores**

Deve afirmar-se, desde já, que os direitos fundamentais sociais são considerados na Constituição portuguesa verdadeiros direitos subjectivos e não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos «direitos, liberdades e garantias», embora estejam sujeitos a um regime constitucional diferente.

Por um lado, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as *normas constitucionais imperativas*.

Por outro lado, o conteúdo desses preceitos e das pretensões correspondentes é determinado pela Constituição, em regra, apenas

num *mínimo*, e não pode ser-lhe imputado um alcance mais vasto pela via de uma interpretação judicial «actualista»: esse conteúdo depende de opções próprias do *legislador* ordinário, que dispõe de um poder de conformação *autónoma*.

A partir destes dados normativos, verificamos que a força jurídica dos direitos dos consumidores, enquanto direitos sociais, se manifesta, então, em vários aspectos.

### 7.1. *Imposição legislativa concreta*

O efeito típico das normas constitucionais relativas aos direitos dos consumidores manifesta-se no seu carácter de imposições de legislação. Tratando-se, no seu conteúdo principal, de direitos a prestações públicas, o dever que lhes corresponde da parte do Estado é, em primeira linha, o *dever de legislar*, já que a feitura de leis é uma tarefa devida, no que toca às prestações jurídicas, e uma condição organizatória necessária, no que respeita às prestações materiais, para a sua realização efectiva<sup>7</sup>.

Na Constituição portuguesa, está previsto um mecanismo específico de garantia do cumprimento pelo legislador dos seus deveres de aplicação das normas constitucionais – a fiscalização da *inconstitucionalidade por omissão*, que opera quando a Constituição não está a ser cumprida «por omissão das medidas legislativas *necessárias* para tornar exequíveis as normas constitucionais». Verificada uma tal omissão, o Tribunal Constitucional dará conhecimento ao órgão legislativo competente da situação de inconstitucionalidade.

Quanto aos direitos dos consumidores, o imperativo tem sido cumprido e não pode falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão, pois que existe, desde 1981, uma legislação específica para protecção do consumidor – além de uma Lei de protecção do

---

<sup>7</sup> No que respeita aos direitos dos consumidores, a imposição legislativa decorrente dos direitos do artigo 60.º é reforçada pelo imperativo decorrente da tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 81.º, alínea h).

consumidor<sup>8</sup>, foram aprovadas outras leis, relativas a cláusulas contratuais gerais<sup>9</sup> e à protecção do utente de serviços essenciais<sup>10</sup>, transpondo as directivas comunitárias sobre a matéria, e está em elaboração um Código do Consumidor.

As leis de protecção do consumidor concretizaram todos os direitos constitucionalmente previstos:

- a) o direito à qualidade, como direito à aptidão do bem ou serviço, assegurando-se a legalidade e as legítimas expectativas do consumidor, incluindo o prazo de garantia;
- b) o direito à segurança, prevenindo riscos incompatíveis com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança das pessoas;
- c) o direito à formação, enquanto direito à educação pelo Estado, escolar e permanente, também através dos meios de comunicação social de serviço público;
- d) o direito à informação por parte do Estado e dos fornecedores e prestadores de bens e serviços;
- e) o direito à protecção dos interesses económicos (equilíbrio, igualdade substancial, lealdade, boa fé), incluindo, por exemplo, o direito à assistência após venda durante período de duração média e a proibição de fazer depender fornecimento ou prestação da aquisição de outro bem ou serviço;
- f) o direito à reparação da coisa defeituosa ou sua substituição, à redução do preço ou à resolução do contrato, independentemente de culpa do fornecedor (salvo informação e esclarecimento prévio).

A lei relativa às cláusulas contratuais gerais, transpondo a directiva comunitária, faz uma explicitação de cláusulas não negociadas, gerais ou não, que sejam abusivas, contrárias à boa fé:

---

<sup>8</sup> A primeira Lei de protecção do consumidor - a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto - foi depois substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mais avançada.

<sup>9</sup> A legislação sobre cláusulas contratuais gerais consta do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

<sup>10</sup> Referimo-nos à Lei n.º 23/96, de 31 de Julho.



- a) umas, absolutamente proibidas – cláusulas que excluam a responsabilidade por danos à vida, integridade, saúde causados por não cumprimento; que confirmam um poder de interpretação unilateral do contrato; que excluam a excepção de não cumprimento; que estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou dependentes da vontade da parte;
- b) outras, relativamente proibidas, consoante o padrão contratual, designadamente as que estabeleçam cláusulas penais desproporcionadas.

A lei relativa ao utente de serviços essenciais também contém diversas normas de protecção do consumidor, como, por exemplo, deveres especiais de informação, a proibição de suspensão do fornecimento sem pré-aviso, a proibição de consumos mínimos, regras sobre a facturação, um prazo curto de prescrição dos créditos.

## 7.2. Conteúdo mínimo e factor de interpretação

A impossibilidade de aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos sociais por falta de determinação constitucional suficiente não os coloca à mercê do legislador. Falámos propositadamente em imposições constitucionais e não em normas programáticas, para indicar que o legislador, além de estar obrigado a agir, está vinculado jurídico-constitucionalmente pelas *directrizes materiais* que expressamente ou por via de interpretação decorram das normas que lhe impõem tarefas específicas.

Por isso, os preceitos constitucionais relativos aos direitos dos consumidores também servem de padrão *positivo* de controle da constitucionalidade da legislação emanada sobre a matéria e poderão fundar a *declaração de nulidade* ou *desaplicação* das leis que os violem, ou exercer uma influência prevalecente na *interpretação* das respectivas disposições.

Só que esses efeitos invalidatórios ou interpretativos apenas podem operar na medida em que o conteúdo do preceito constitucional seja *determinável* por interpretação, e, no contexto da nossa Constituição, o legislador não está obrigado directamente

senão a assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito social. Isto é, só o conteúdo mínimo dos direitos dos consumidores pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível.

Tal significa que, em geral, o juiz tem de aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos *excepcionais* ou em aspectos *limitados* poderá concluir pela violação, que terá de ser *manifesta*, das normas constitucionais – por exemplo, se houver ofensa do princípio da igualdade enquanto *proibição do arbítrio*.

No que respeita aos direitos dos consumidores, estes impõem, entre as várias interpretações possíveis das normas legais, a solução mais favorável ou mais adequada aos direitos dos consumidores – por exemplo, impõem, em face da lacuna legal, que a lei de protecção de utentes de serviços essenciais seja interpretada no sentido de não se aplicar apenas a empresas públicas ou de mão pública, mas também a empresas privadas.

Note-se, porém, que a interpretação das normas legais em função da Constituição não tem de operar apenas em favor dos particulares consumidores, justificando-se, do mesmo modo, uma eventual redução do âmbito de aplicação dos direitos, em função da razão de ser da respectiva protecção – por exemplo, na mesma lei de protecção dos utentes de serviços essenciais, a invocação da protecção constitucional poderá justificar a conclusão normativa de que o prazo de prescrição muito curto aí estabelecido deve aplicar-se a consumidores individuais, mas não necessariamente a grandes utentes empresariais ou públicos.

### 7.3. Valor constitucional e dever de protecção estadual

Outra manifestação da força jurídica dos direitos dos consumidores, enquanto direitos sociais, resulta do seu carácter de *valores constitucionais* e poderá traduzir-se na capacidade para, em situações de conflito entre direitos, fundarem *restrições legítimas* ou *limitações* às liberdades e a outros direitos fundamentais.

Na realidade, para assegurar a realização dos direitos dos consumidores, o legislador tem de limitar ou restringir direitos,

liberdades e garantias dos cidadãos, designadamente a liberdade de iniciativa económica e a liberdade contratual.

Neste contexto, são de destacar as alterações à legislação civil e comercial codificada, que rege a generalidade das relações contratuais, sobretudo em matéria de cláusulas contratuais gerais e no âmbito de contratos de adesão, com o objectivo de protecção dos consumidores, por exemplo, proibindo certo tipo de cláusulas, estabelecendo casos de responsabilidade objectiva do produtor ou fornecedor, determinando prazos muito curtos para prescrição de créditos; bem como as limitações introduzidas relativamente à propaganda de certos produtos, incluindo as advertências administrativas sobre os seus malefícios ou inconvenientes, e a certas formas de publicidade e de métodos de venda; ou a imposição de obrigações de serviço público às empresas privadas que prestem serviços de interesse económico geral (água, electricidade, gás natural, telecomunicações, transportes).

Tudo isto representa limitações das liberdades económicas e da liberdade de expressão, que se consideram adequadas, necessárias e proporcionadas, em face da vulnerabilidade do “consumidor” na relação com as entidades que exercem actividades profissionais de produção ou fornecimento de bens e serviços com fins lucrativos. Embora deva ter-se em conta, como vimos, que a protecção dos consumidores também visa, em grande medida, defender a liberdade contratual (a autodeterminação) e o contrato como instrumento da autonomia privada e do funcionamento do mercado.

Sublinhe-se que o dever do legislador de assegurar um certo grau de realização dos direitos sociais assume uma importância acrescida em determinadas situações, quando a Constituição estabeleça *direitos especiais à protecção estadual contra entidades poderosas*, como acontece nos direitos em que se visa assegurar bens jurídicos das pessoas em situação de vulnerabilidade social, incluindo justamente o caso dos consumidores.

De facto, encontramos na Constituição a consagração de *deveres especiais de protecção e de prevenção*<sup>11</sup>, que, em caso de

<sup>11</sup> V., para além do artigo 60.º, o artigo 99.º, alínea e), que estabelece, como objectivo da política comercial, “a protecção dos consumidores”.

incumprimento, podem ser invocados para fundar uma eventual *responsabilidade civil pública* por actos ilícitos, por acção ou omissão, administrativa ou mesmo legislativa.

Na linha de protecção especial se parecem inscrever, no domínio do consumo, as normas legais que determinam um “dever geral de protecção” do consumidor, que “pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos”, tal como, na linha de prevenção especial, se destaca a figura do chamado “direito de acção inibitória”, “destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores”<sup>12</sup>.

Neste enquadramento de um dever de protecção especial poder-se-iam compreender ainda decisões judiciais que condenassem o Estado a pagar uma indemnização, com fundamento em responsabilidade por danos causados pela *omissão do legislador*, desde que ilícita e culposa, como já se invocou, a partir da Constituição, mesmo sem base legal, no caso *Aquaparque*<sup>13</sup>.

#### 7.4. Força irradiante

Outro aspecto da força jurídica dos direitos dos consumidores reporta-se à sua eventual projecção nos direitos *derivados*, legalmente estabelecidos, em termos de implicar uma “proibição do retrocesso social” – é o problema de saber se a consagração constitucional dos direitos sociais assegura alguma resistência às

<sup>12</sup> Cf., respectivamente, os artigos 1.º e 10.º da Lei n.º 24/96.

<sup>13</sup> Neste caso, o tribunal condenou o Estado por omissão legislativa, concretamente, por falta de legislação que assegurasse o cumprimento de regras que diminuiriam o risco de acidente nos parques aquáticos (obrigando a um mecanismo especial de fixação de grelhas nos ralos de aspiração), omissão que teria contribuído directamente para a morte de uma criança. Sobre este caso, v., a favor da condenação, FREITAS DO AMARAL /RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLI, n.ºs 3 e 4, 2000, p. 299 e ss, e, contra, MARIA LÚCIA AMARAL, *Dever de legislar e dever de indemnizar. A propósito do caso Aquaparque do Restelo*, in *Themis*, Ano I, n.º 2, 2000, p. 67 e ss.

mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização desses direitos.

Entendemos que, em razão da liberdade política do legislador democrático, não poderá concluir-se, a partir dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, que o legislador esteja vinculado a um princípio da “proibição do retrocesso”, com a conseqüente radicação na esfera jurídica dos particulares do direito a manter o “nível de realização” legislativa do direito fundamental.

Não se pode, pois, sustentar que o legislador fique proibido de diminuir os termos em que consagrou os direitos dos consumidores, desde que não afecte o conteúdo mínimo destes, e desde que seja *justificada* ou, pelo menos, *razoável* a diminuição do grau de protecção.

Aceita-se que os preceitos constitucionais relativos aos direitos dos consumidores impliquem alguma estabilidade, que consista na proibição ao legislador de pura e simplesmente destruir ou pôr em causa o núcleo essencial desses direitos, enquanto direitos fundamentais, tal como se pode admitir um certo grau de *protecção da confiança* contra actos legislativos ou políticas “retrocedentes”.

Mas os direitos estabelecidos nas leis de protecção do consumidor não se constitucionalizam automaticamente, não se transformam em direitos fundamentais dos consumidores – são direitos que apenas têm força de lei ordinária, a não ser que se radique na consciência jurídica geral a sua obrigatoriedade constitucional, o que será excepcional, implicando um consenso alargado e profundo, que leva o seu tempo e não se estende a aspectos de pormenor.

## **8. As garantias institucionais específicas e as garantias processuais dos direitos dos consumidores**

A Constituição portuguesa não se limita a consagrar os direitos dos consumidores. Prevê ainda, para sua defesa e promoção, um conjunto de garantias *institucionais*<sup>14</sup> e *instrumentais*.

---

<sup>14</sup> Entendem-se aqui por garantias institucionais os complexos normativos, substantivos, organizatórios ou procedimentais, que, não conferindo direitos subjectivos, visam assegurar a realização dos direitos fundamentais dos consumidores.

8.1. Referimo-nos, desde logo, à sujeição obrigatória da *publicidade* a uma disciplina legal, que implica uma imposição concreta de legislação, bem como à proibição constitucional de todas as formas de publicidade oculta, indirecta e dolosa (artigo 60º, n.º 2)<sup>15</sup>. Apesar de a publicidade não ser uma realidade que se refira exclusivamente ao consumo, compreende-se esta associação constitucional. De facto, numa sociedade de comunicação, a informação relativa aos produtos é decisiva para uma escolha minimamente consciente por parte de quem adquire bens ou serviços, devendo considerar-se, por isso, a regulação legal da publicidade como uma garantia fundamental necessária à protecção dos direitos dos consumidores.

Por outro lado, constituem ainda, em nosso entender, garantias institucionais, os *direitos de participação e de representação* das associações de consumidores e das cooperativas de consumo (artigo 60º, n.º 3). Mau grado a sua formulação subjectiva, estes direitos colectivos não constituem direitos fundamentais das pessoas, valem, sim, neste domínio, como garantias institucionais, pois que visam a defesa e a promoção dos direitos dos consumidores. A Lei de defesa do consumidor, em execução e no desenvolvimento das normas constitucionais, formula um “direito do consumidor à *participação*, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses”, que “consiste, nomeadamente, na audição e consulta prévias, em prazo razoável, das associações de consumidores, no tocante às medidas que afectem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos consumidores”<sup>16</sup>. Trata-se de um direito legal e não de um direito fundamental, que vale como garantia, não apenas dos direitos fundamentais dos consumidores,

---

<sup>15</sup> O Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, profundamente alterado pelos Decretos-leis n.ºs 74/93, 6/95, 61/97 e 275/98), inclui entre os princípios gerais da publicidade, o do “respeito pelos direitos do consumidor”, ao lado dos princípios da licitude, da identificabilidade e da veracidade (artigo 6.º).

<sup>16</sup> V. os artigos 3.º, alínea h), e 15.º da Lei n.º 24/96.

mas da generalidade dos direitos e dos interesses destes que a legislação estabeleça ou proteja.

8.2. A estas garantias institucionais, acrescem as *garantias processuais* que, sendo embora gerais, assumem uma particular importância relativamente aos consumidores, como a própria Constituição sublinha.

Na realidade, a protecção dos direitos dos consumidores, na grande maioria dos casos, não se pode contentar com as garantias gerais de acesso aos tribunais: só se torna efectiva se existirem mecanismos muito *abertos*, muito *simples* e muito *rápidos* de acesso a formas justas de composição dos conflitos.

Basicamente, continua a ser fundamental o *direito de acesso à justiça*, como *garantia processual geral* da protecção dos direitos dos consumidores, actualmente formulado, no artigo 20.º da CRP, como direito a uma “tutela jurisdicional efectiva”, em que a causa junto do tribunal seja “objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

Mas a Constituição não deixa de referir expressamente a protecção dos direitos dos consumidores quando cria o *direito de acção popular*, individual ou por associação de defesa de interesses<sup>17</sup> – só dessa forma se consegue uma tutela efectiva dos direitos dos consumidores relativamente a uma massa de pequenas questões ou a problemas globais que os particulares individualmente não têm capacidade ou incentivo para levar a tribunal.

A lei ordinária estabelece ainda a legitimidade do Ministério Público e do Instituto do Consumidor para as acções inibitórias ou de reparação de danos, “quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, o direito de acção popular, como *garantia processual especial*, serve para “promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra (...) os direitos dos consumidores (...)”.

<sup>18</sup> V. o artigo 13.º da Lei n.º 24/96.

Além de uma legitimidade alargada, é decisivo para uma protecção efectiva dos direitos dos consumidores a existência de vias que garantam uma decisão em prazo razoável e através de processo adequado, isto é, de processos simplificados e urgentes, que devem incluir formas de composição não jurisdiccional de conflitos<sup>19</sup>.

Na sequência da previsão constitucional, a lei ordinária, reconhece o direito a uma *justiça acessível e pronta* e incumbe a Administração Pública de promover a criação e apoiar *centros de arbitragem* para dirimir conflitos de consumo, determinando a isenção de preparos nos processos até certo montante, e de custas, total (em caso de procedência parcial) ou parcial (em caso de improcedência total)<sup>20</sup>.

## 9. Considerações finais

A inclusão dos direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais insere-se num fenómeno de *constitucionalização do direito privado* e visa assegurar – através da prevalência do direito constitucional, em geral, e do prestígio ou da força jurídica dos direitos fundamentais, em particular –, um grau mais elevado de realização legislativa na protecção dos consumidores.

Esta estratégia normativa suscita algumas questões, a que podemos agora, em jeito de balanço, tentar responder.

9.1. Em primeiro lugar, pergunta-se se será *necessária* essa consagração como direitos subjectivos fundamentais para atingir um tal objectivo.

A resposta só pode em rigor ser negativa. A experiência da generalidade dos países europeus mostra que seria muito provável

---

<sup>19</sup> A Constituição prevê expressamente que a lei pode institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdiccional dos conflitos (artigo 202.º, n.º 4), previsão que assenta como uma luva às necessidades de protecção dos direitos dos consumidores.

<sup>20</sup> V. o artigo 14.º da Lei n.º 24/96.



que bastasse a imposição constitucional de uma tarefa estadual de protecção do consumidor para obter resultados semelhantes.

Essa probabilidade reforça-se quando se tenha em consideração a forte pressão comunitária no sentido da protecção do consumidor, materializada, por exemplo, na Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas e na recente Directiva 1999/44/CE, relativa à venda de coisas defeituosas. Ao que acresce que, como acabamos de ver, os direitos dos consumidores, apesar de qualificados como direitos fundamentais, têm uma força jurídica relativa, pois não beneficiam do regime especial da aplicabilidade directa e da vinculação estrita do legislador, que é característico dos direitos, liberdades e garantias, nem conferem a possibilidade de uma acção constitucional directa ou de um recurso de amparo, que, entre nós, não existe, nem para defesa dos direitos, liberdades e garantias.

Seja como for, essa consagração constitui, nos termos analisados, um reforço normativo dos direitos dos consumidores no ordenamento jurídico português.

9.2. Outra pergunta é se a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais é *conveniente*.

De facto, deve pôr-se com seriedade o problema de uma descaracterização e de uma desvalorização normativa dos direitos fundamentais, causadas pelo alargamento excessivo do seu âmbito. Actualmente, todos os direitos parecem pretender ser direitos fundamentais, e não só todos os direitos das pessoas individuais, mas os direitos das pessoas colectivas, mesmo públicas, os direitos dos países e até os direitos dos animais e da natureza.

A inflação destes direitos ou um “jusfundamentalismo” podem ter consequências negativas graves para a garantia de um amplo espaço de liberdade social e pôr mesmo em causa a protecção efectiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais mais intimamente ligados à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Não nos parece, porém, que tenhamos de ser pessimistas a este propósito, pois que, como dissemos, é possível encontrar nos direitos fundamentais dos consumidores a referência essencial da

dignidade da pessoa humana, e o reconhecimento dessa “jusfundamentalidade” não obriga a considerar todos os direitos conferidos aos consumidores como direitos fundamentais, sendo possível conter os excessos de constitucionalização das soluções legislativas.

9.3. A terceira e última pergunta é logicamente a que diz respeito à *eficácia* da constitucionalização dos direitos dos consumidores.

Numa avaliação genérica, parece-nos que tal constitucionalização constitui um factor de pressão normativa sobre o legislador que, em Portugal, se tem revelado eficaz, tal como tem acontecido com a realização dos direitos sociais, em geral, e mesmo em outros domínios, como a reforma do contencioso administrativo.

Não podemos deixar, no entanto, de alertar para o risco, que a constitucionalização indiscutivelmente carrega consigo, de uma intervenção excessiva dos tribunais no âmbito do direito privado, sucumbindo à tentação de se substituir ao legislador para o objectivo sublime de defesa dos direitos fundamentais – um risco que constitui um perigo que a experiência de outros países e, entre nós, o caso Aquarques não permite que se considere puramente teórico.



# A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS E AGRESSIVAS.

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO  
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

## 1. Introdução

Um dos vectores essenciais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, situação que na actual sociedade de consumo assume cada vez mais relevância<sup>2</sup>. Efectivamente, o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada dos clientes, foi actualmente substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psicologicamente<sup>1</sup>.

---

<sup>2</sup> O presente artigo corresponde ao texto escrito da conferência por nós realizada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 21/2/2003.

<sup>1</sup> Cfr. LUIS M<sup>a</sup> MIRANDA SERRANO, *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2001, pp. 13 e ss.

Tradicionalmente, a repressão das práticas comerciais agressivas era apenas possível com base na legislação comercial e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, sancionados exclusivamente através do instituto da concorrência desleal. Mas a ideia base desse instituto é precisamente a de que apenas os comerciantes lesados pelos actos de concorrência poderiam reagir contra a situação. O consumidor, sendo o principal objecto da disputa concorrencial, não aparece tutelado pela disciplina da concorrência<sup>2</sup>.

Actualmente, a situação modificou-se, verificando-se que a disciplina da concorrência desleal e da liberdade de concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado<sup>3</sup>.

É assim um vector importante de protecção aos consumidores a legislação contra as denominadas práticas comerciais desleais e agressivas. À volta dele se articulam inúmeras normas e regras tendentes a defender o consumidor contra as suas próprias fraquezas, perante tentações e solicitações a que é exposto através de métodos comerciais agressivos, utilizados por empresas que na mira de expansão dos seus negócios, têm a preocupação de descobrir e empregar técnicas de distribuição e de promoção sedutoras, aproveitando-se da debilidade e vulnerabilidade dos consumidores<sup>4</sup>. Justamente, por esse motivo, na legislação portuguesa são disciplinadas inúmeras práticas contratuais agressivas e proibidas outras de que cabe apontar os exemplos seguintes:

---

<sup>2</sup> O que não se apresenta correcto, já que, conforme refere EIKE VON HIPPEL, "Verbraucherschutz", em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 513-534 (529), trad. port. sob o título "Defesa do consumidor" no *BMJ* 273 (1978), pp. 5-37 (29), a concorrência é o melhor amigo do consumidor.

<sup>3</sup> Esta é uma tendência corrente na Alemanha onde a cláusula geral do § 1 UWG, tendo sido bastante usada para efeitos de protecção dos consumidores. Cfr. GERHARD SCHRICKER, "Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes" em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 535-578.

<sup>4</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 75.

## 2. Práticas comerciais disciplinadas

### 2.1. Os contratos à distância

Uma situação muito gravosa para os consumidores, e que até foi altamente potenciada pela internet consiste na celebração de contratos à distância. Efectivamente, hoje em dia, generalizou-se o fenómeno da contratação à distância, em que o consumidor não tem qualquer contacto prévio com o produto ou serviço, nem sequer com o seu fornecedor, celebrando os negócios com um contraente anónimo, por carta, telefone, internet ou outros meios de comunicação. Existe assim uma vulnerabilidade especial dos consumidores, em virtude da distância em relação ao fornecedor, que normalmente até se encontra situado em país estrangeiro, sendo por isso a celebração do contrato altamente despersonalizada, ignorando o consumidor a entidade com quem contrata. Tal não impede, porém, que a contratação não seja efectuada em termos agressivos, que por vezes causam grave incómodo ao consumidor, como a distribuição postal de catálogos, e a publicidade telefónica ou por correio electrónico. Mas independentemente da publicidade, neste tipo de contrato as informações que o consumidor possui sobre o produto são extremamente limitadas, cuja veracidade não se pode controlar, sendo a contratação executada em termos rápidos e fluidos, que não permitem uma reflexão adequada. Justifica-se, por isso, que a lei tome medidas específicas de protecção ao consumidor.

Hoje em dia, o regime dos contratos à distância encontra-se uniformizado a nível comunitário, através da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, transposta pelo Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril<sup>5</sup>. Nos termos do art. 2.º desse diploma, que corresponde ao art. 2.º da Directiva considera-se contrato à distância “qualquer contrato relativo a bens

---

<sup>5</sup> Cfr. sobre esse regime MIGUEL PUPO CORREIA, “Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?”, em *EDC* 4 (2002), pp. 165-180.

ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”. O conceito técnico de comunicação à distância é definido abrangentemente como “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”, incluindo-se neste conceito, de acordo com o Anexo I da Directiva impressos, sem e com endereço, cartas normalizadas, publicidade impressa com nota de encomenda, catálogo, telefone com intervenção humana ou sem essa intervenção (aparelhos de chamada automática ou audiotexto), rádio, videofone, videotexto com teclado ou ecrã táctil, correio electrónico, telefax ou televisão.

Do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, em transposição da Directiva 97/7/CE, resulta que nos contratos à distância surgem obrigações específicas para o fornecedor, as quais resultam na imposição de um dever pré-contratual de informação antes da celebração do contrato (art. 4.º); num dever de comunicação por escrito dessas mesmas informações no âmbito da execução do contrato (art. 5.º); e numa obrigação de dar execução à encomenda no prazo máximo de trinta dias (art. 9.º, n.º 1) ou na devolução, no mesmo prazo, do dinheiro adiantado, em caso de indisponibilidade do bem ou serviço encomendado (art. 9.º, n.º 2).

Conforme é regra geral no Direito do Consumo, o regime dos contratos à distância prevê o direito de arrependimento (*cooling-off period*) por parte do consumidor, no prazo de catorze dias após a recepção do bem, no caso de prestação de bens, ou da celebração do contrato ou da comunicação das informações escritas, se posterior, em caso de prestação de serviços, prazo que se dilata a três meses, no caso de não ter sido cumprida a obrigação de comunicação (art. 6.º, n.º 1 a 3). Em caso de exercício deste direito, o fornecedor deve devolver todos os valores recebidos, sem cobrança de qualquer despesa, cabendo ao consumidor suportar apenas o custo da devolução física dos produtos ao fornecedor (art. 8.º,

n.º 1). Numa formulação importante, vem o art. 8.º, n.º 3 estabelecer que o exercício do direito de arrependimento, quando o contrato à distância envolveu a concessão de crédito, determina igualmente a resolução do próprio contrato de crédito, obrigando à anulação do débito em conta, e evitando assim que o concedente do crédito viesse a alegar ser estranho à relação estabelecida entre o fornecedor e o consumidor. Uma vez que a maior parte dos contratos à distância, designadamente os celebrados através da internet, implicam o recurso antecipado a cartões de crédito, pode-se compreender o alcance desta medida para efeitos de protecção dos consumidores.

O direito de arrependimento constitui talvez uma das mais importantes formas de tutela dos consumidores contra vícios no produto adquirido à distância, uma vez que neste período o consumidor que descobre um vício no produto adquirido nada mais precisa de fazer do que exercer esse direito para devolver o bem e recuperar o preço pago.

A Directiva 97/7/CE prevê ainda a obrigação de os Estados tomarem medidas para assegurar a anulação dos pagamentos em caso de utilização fraudulenta de cartões de crédito (art. 8.º), problema que se coloca com especial acuidade nos contratos à distância, uma vez que, como se referiu, normalmente o fornecedor exige o pagamento antes do fornecimento do produto. Em execução desta determinação, o art. 10.º do D.L. 143/2001, de 26 de Abril reconhece a idoneidade do cartão de crédito ou débito como meio de pagamento do preço dos bens ou serviços objecto de contratos à distância. No entanto, no caso de haver utilização fraudulenta do cartão de crédito ou de débito, estabelece-se com carácter injuntivo – cfr. art. 10.º, n.º 5 – que o consumidor pode solicitar a anulação do pagamento e a consequente restituição dos montantes debitados para o efeito (art. 10.º, n.º 2). Essa obrigação de restituição incumbe à entidade bancária ou financeira emissora do cartão através de crédito em conta, ou quando tal não seja possível, por outro meio adequado, no prazo de 60 dias a contar da data em que o consumidor formulou fundamentadamente o pedido (art. 10.º, n.º 3). A entidade bancária ou financeira tem, porém, direito de regresso contra os autores da fraude ou contra o fornecedor dos bens ou



serviços, nos casos em que este conhecesse ou devesse conhecer que a utilização era fraudulenta (art. 10.º, n.º 4).

Recentemente incluiu-se ainda uma nova disciplina específica nos contratos à distância, que consiste na proibição de certas formas de comunicação e publicidade especialmente agressivas ou incomodativas neste tipo de contratos, como sejam a publicidade por via postal, distribuição directa, telefone e telecópia. A Directiva 97/17, no seu art. 10.º, exigiu o consentimento prévio (*opt-in*) do utilizador para a utilização dos aparelhos de chamada automática e telefax, estabelecendo ainda a proibição de outros meios de comunicação à distância com carácter individual, sempre que o consumidor a eles se oponha (*opt-out*). O D.L. 143/2001, no seu art. 11.º repete integralmente a directiva nesta sede. No entanto, estas formas de publicidade foram anteriormente reguladas pela Lei 6/99, de 27 de Janeiro<sup>6</sup>, a qual no entanto expressamente exclui do seu âmbito o correio electrónico (art. 1.º da referida Lei). Conforme se verifica das exclusões constantes do art. 7.º dessa Lei, trata-se de um regime expressamente destinado à tutela dos consumidores, já que não abrange a publicidade destinada a profissionais, nem a publicidade entregue no mesmo invólucro juntamente com outra correspondência, nem ainda a publicidade enviada no quadro de relações duradouras entre anunciante e destinatário, resultantes do fornecimento de bens ou serviços.

As actividades publicitárias reguladas pela Lei 6/99 correspondem a formas de publicidade domiciliária (cfr. art. 23.º, n.º 1 do Código da Publicidade), à qual tem sido dado na língua inglesa o qualificativo depreciativo de lixo (*junk*), já que o seu destinatário normalmente as encara apenas como papel que lhe entope a caixa do correio (*junk mail*), o receptor de fax (*junk faxes*), ou toques do telefone, que além de sobrecarregarem o uso do telefone lhe perturbam o repouso e a privacidade (*junk calls*).

A regulação tomada pela Lei 6/99 foi, quanto à publicidade domiciliária não endereçada, a possibilidade da sua proibição através

---

<sup>6</sup> Cfr. sobre esta PAULO MOTA PINTO, “Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, junk calls” e junk faxes)”) no *BFD* 74 (1998), pp. 273-325

de aviso colocado na caixa do correio (art. 3.º) e quanto à publicidade domiciliária endereçada a possibilidade de ela também ser proibida, através da inclusão do nome numa lista de pessoas que não desejem receber publicidade endereçada (art. 4.º). A lei proíbe ainda a publicidade por telefone com chamada automática ou telefax, salvo quandoo destinatário a autorize (art. 5.º, n.º 1), prevendo ainda, quanto à chamada telefónica com intervenção humana, a possibilidade de ela ser igualmente proibida através da colocação do número numa lista de pessoas que não desejem receber publicidade por essa via (art. 5.º, n.º 2).

## ***2.2. Os contratos ao domicílio do consumidor***

Uma outra prática comercial lesiva para o consumidor são os contratos celebrados fora do estabelecimento, os quais foram também objecto de harmonização comunitária, pela 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. Nos termos do art. 13.º do D.L. 143/2001, de 26 de Abril, os contratos ao domicílio são aqueles que “tendo por objecto o fornecimento de bens ou de serviços, é proposto e concluído no domicílio do consumidor, pelo fornecedor ou seu representante, sem que tenha havido prévio pedido expresso por parte do mesmo consumidor”. Trata-se das denominadas vendas porta a porta, que se encontram amplamente difundidas na actual sociedade de consumo, em virtude das vantagens que trazem para os comerciantes, dado que exigem baixo investimento em instalações comerciais próprias ou na contratação de empregados em regime de contrato de trabalho, além de reduzirem consideravelmente os riscos de reclamação ou de devolução do produto. Naturalmente que o conceito de venda a domicílio abrange, não apenas as situações de domicílio legal, voluntário ou profissional, mas também todos os locais onde o consumidor permaneça com alguma habitualidade e neles seja abordado pelo vendedor<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Parte especial: Contratos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 105.

Efectivamente, o art. 13.º, n.º2 do mesmo diploma equipara a contratos a domicílio os contratos:

- a) Celebrados no local de trabalho do consumidor;
- b) Celebrados em reuniões, em que a oferta de bens ou de serviços é promovida através de demonstração realizada perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas a pedido do fornecedor ou seu representante<sup>8</sup>;
- c) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor ou seu representante, fora do respectivo estabelecimento comercial<sup>9</sup>;
- d) Celebrados no local indicado pelo fornecedor, ao qual o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor ou pelos seus representantes.

É ainda aplicável o mesmo regime “aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de outros bens ou serviços que não aqueles a propósito dos quais o consumidor tenha pedido a visita do fornecedor ou seu representante, desde que o consumidor, ao solicitar essa visita, não tenha tido conhecimento ou não tenha podido razoavelmente saber que o fornecimento de tais bens ou serviços fazia parte da actividade comercial ou profissional do fornecedor ou seus representantes” (art. 13.º, n.º 3 do D.L. 143/2001, de 26 de Abril).

Qualquer destas vendas pode ser especialmente agressiva para o consumidor, já que a presença física do vendedor ou de um seu representante no domicílio do consumidor ou em qualquer das situações equiparáveis exerce uma forte pressão para que este venha a adquirir o produto. Para além disso o consumidor, no seu domicílio ou nas outras situações referidas, encontra-se numa situação de vulnerabilidade especial, já que tem pouco tempo para formular a

---

<sup>8</sup> Corresponde esta à situação típica das vendas da *Tupperware*.

<sup>9</sup> Encontram-se aqui previstas as apresentações comerciais realizadas durante viagens organizadas.

decisão da compra e não terá possibilidade de se informar adequadamente sobre o produto comercializado, tendo apenas a informação que o fornecedor lhe quer prestar e formulando uma decisão de compra que normalmente resulta apenas da argumentação do vendedor, sendo por isso confusa e quase inconsciente<sup>10</sup>. Não se pondo em causa a licitude desta prática<sup>11</sup>, exige-se, no entanto, medidas especiais para o seu contróle e protecção do consumidor.

A lei exige, por isso, uma identificação expressa nos organismos administrativos dos funcionários das entidades que promovem este tipo de contratos (art. 15.º), prevê um direito de arrendimento por parte do consumidor no prazo de catorze dias após a assinatura do contrato ou da entrega dos bens (art. 18.º), e estabelece que antes da realização da prestação pelo fornecedor não pode ser exigido ao consumidor qualquer pagamento antecipado, sendo qualquer quantia entregue apenas vista como prova do contrato e antecipação do pagamento do preço, não tendo consequentemente carácter de sinal (art. 20.º).

Para além disso, prevê-se que, para serem válidos, estes contratos tenham que ser celebrados por escrito, identificando completamente ambas as partes, seus representantes, características do bem ou serviço; preço total, forma e condições de pagamento; forma, lugar e prazo de entrega dos bens ou da prestação do serviço; regime de garantia e de assistência pós-venda, quando tal se justifique, com indicação do local para onde o consumidor poderá dirigir as suas reclamações; indicação do direito de o con-

---

<sup>10</sup> Cfr. ANTÓNIO GAMA RAMOS, "Contratos de venda a domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos", em *EDC* 4 (2002), pp. 243-272 (252),

<sup>11</sup> Na Alemanha chegou a ser discutida a possibilidade de considerar proibida a venda a domicílio através da cláusula geral da concorrência desleal, ainda que a maior parte da doutrina tenha dado resposta negativa. Há, no entanto, seguramente casos de concorrência desleal nesta prática como quando a venda é realizada com a utilização de artifícios (manipulação do preço do produto) ou com chantagem psicológica como sucede quando se faz crer ao consumidor que se encontra a atribuir um benefício pessoal ao visitante, levando-o a que ele se sinta constrangido a aceitar a proposta. Cfr. GERHARD SCHRICKER, em *RebelsZ* 40 (1976), p. 549.

sumidor resolver o contrato, com a morada para onde deve ser dirigida essa comunicação (art. 16.º, n.º 1, D.L. 143/2001). O objectivo da imposição desta celebração por escrito é o de garantir a identificação do fornecedor para efeitos de eventual responsabilização ou exercício do direito de arrependimento. Esta disposição deixa, no entanto, de ser aplicável em relação a contratos de montante inferior a 60 euros, bastando nesse caso uma nota de encomenda ou documento equivalente, devidamente assinada pelo consumidor.

### **2.3. As vendas automáticas**

O legislador sentiu ainda necessidade de disciplinar a situação das vendas automáticas, que define como “a colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira mediante a utilização de qualquer tipo de mecanismo e pagamento antecipado do seu custo” (art. 21.º, n.º 1 do D.L. 143/2001). Estas vendas, para além de se manterem sujeitas à legislação aplicável à comercialização do referido produto ou serviço (art. 21.º, n.º 2 D.L. 143/2001) estão sujeitas à imposição de que o equipamento permita a restituição do dinheiro em caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado (art. 22.º, n.º 1 D.L. 143/2001), bem como à obrigação de afixar elementos de informação ao consumidor que lhe permitam conhecer adequadamente o preço e as características do produto, bem como o endereço para reclamações em caso de necessidade (art. 22.º, n.º 2 D.L. 143/2001). A lei estabelece ainda que caso os referidos equipamentos se encontrarem instalados em local pertencente a determinada entidade pública e privada esta é solidariamente responsável com o titular do equipamento pelo cumprimento dessas obrigações, bem como pela devolução do preço (art. 23.º D.L. 143/2001). Tal permite ao consumidor exigir ao proprietário do local que satisfaça imediatamente essas obrigações, em lugar de as dirigir ao proprietário do equipamento.

## **2.4. As vendas especiais esporádicas**

Uma outra prática comercial disciplinada consiste nas vendas especiais esporádicas, que são aquelas “realizadas de forma ocasional por a dos estabelecimentos comerciais em instalações ou espaços privados especialmente contratados ou disponibilizados para o efeito” (art. 24.º, n.º 1 D.L. 143/2001). Este tipo de vendas apenas é permitido mediante comunicação prévia à Inspeção-Geral das Actividades Económicas (art. 25.º) e está igualmente sujeita ao direito de livre resolução previsto na venda a domicílio (art. 24.º, n.º 2).

## **2.5. As vendas com redução de preços**

O art. 1.º do D.L. 253/86, de 25 de Agosto, diploma alterado pelo D.L. 73/94, de 3 de Março, e pelo D.L. 140/98, de 16 de Maio, pretende disciplinar a venda com redução de preços, preços de promoção ou qualquer outra expressão equivalente, praticadas tendo em vista promover o escoamento de um produto novo, aumentar o volume de vendas ou antecipar o escoamento das existências. Nesses casos, a lei prevê que o anúncio da redução de preços deve conter os elementos suficientes para que os consumidores possam ajuizar da sua natureza (art. 2.º), devendo essas reduções ser reais por referência a preços a praticar no futuro, quando se trata o lançamento de um produto novo e, nos restantes casos, por referência aos preços anteriormente comercializados (art. 3.º), sendo obrigatório proceder à afixação de letreiros onde conste o novo preço e o preço anteriormente praticado ou a margem da redução (art. 4.º).

É possível ainda fazer saldos, por altura do fim de estação, com o fim de permitir o escoamento acelerado dos produtos com redução dos preços (art. 8.º). Nestes casos, a venda só pode efectuar-se nos mesmos estabelecimentos e realizar-se entre 7 de Janeiro e 28 de Fevereiro ou entre 7 de Agosto e 28 de Setembro (art. 9.º, n.º 2).

É também permitida a liquidação, venda de bens que, apresentando um carácter excepcional e sendo acompanhada ou precedida de anúncio público, se destine ao escoamento acelerado com redução de preços da totalidade ou de parte das existências do estabelecimento resultantes de:

- a) venda efectuada em cumprimento de uma decisão judicial;
- b) cessação, total ou parcial, da actividade comercial;
- c) mudança de ramo;
- d) trespasse ou cessão de exploração de estabelecimento comercial;
- e) realização de obras que, pela sua natureza, impliquem a liquidação, total ou parcial, das existências.
- f) danos provocados no todo ou em parte das existências por motivo de força maior;
- g) ocorrência de entraves importantes à actividade comercial;

Estes tipo de venda é igualmente objecto de comunicação à Direcção-Geral do Comércio Interno (DGCI), nos termos do art. 11.º do D.L. 253/86.

### 3. Práticas comerciais proibidas

#### ***3.1. Vendas efectuadas por entidades cuja actividade seja distinta da comercial e venda directa ao consumidor***

O art. 26.º do D.L. 143/2001, vem proibir a venda de bens quando efectuada por entidades cuja actividade principal seja distinta da comercial, aqui se inserindo, portanto a denominada venda directa ao consumidor, objecto de regulação pelos arts. 17.º e ss. do D.L. 253/86, de 25 de Agosto, alterado pelo D.L. 73/94, de 3 de Março e pelo D.L. 140/98, de 16 de Maio, e que não parecem ter sido revogados por esta disposição.

Do art. 26.º, n.º 1, do D.L. 143/2001 resulta assim uma proibição geral deste tipo de vendas que, de acordo com o seu n.º 2, apenas é permitida nos casos em que:

- a) os produtos vendidos por aquelas entidades se reportem a bens de produção própria;
- b) os produtos vendidos sejam afins à actividade daquelas entidades;
- c) a venda dos produtos se insira no quadro de uma actividade de promoção turística e cultural, solidariedade social ou beneficência.

Existe ainda, conforme se referiu, uma proibição da denominada venda directa ao consumidor. Efectivamente, nos termos do art. 17.º do D.L. D.L. 253/86, de 25 de Agosto, diploma alterado pelo D.L. 73/94, de 3 de Março, e pelo D.L. 140/98, de 16 de Maio, é considerada venda directa ao consumidor a venda a retalho efectuada por empresas industriais relativamente aos produtos da sua produção. Estas vendas, nos termos do art. 19.º só podem ser realizadas a título excepcional com o fim de permitir o escoamento acelerado dos produtos produzidos pela empresa, com intervalos de um ano entre cada uma (art. 20.º), devendo ser comunicadas previamente à Direcção-Geral do Comércio Interno (art. 18.º).

Desta proibição apenas ficam exceptuadas, nos termos do art. 17.º, n.º 1, D.L. 253/86, as seguintes vendas:

- a) as vendas nos estabelecimentos comerciais da empresa quando estes estejam especialmente preparados para essa actividade e abertos ao público em geral;
- b) as vendas por correspondência e as vendas ao domicílio, quando constituem uma actividade permanente da empresa;
- c) as vendas de empresas de produção de artesanato;
- d) as vendas exclusivamente reservadas ao pessoal da empresa;
- e) as vendas efectuadas em nome e por conta da empresa por agentes do comércio;
- f) as vendas efectuadas a utilizadores com actividade económica para os produtos relativos ao exercício da sua actividade profissional.

Em legislação especial, encontram-se ainda outros casos de permissão da venda directa ao consumidor, como o D.L. 57/99, de



1 de Março, que permite o licenciamento de pequenos estabelecimentos industriais de venda directa do sector agro-alimentar.

As razões para a proibição da venda directa ao consumidor resultam essencialmente da circunstância de este tipo de venda poder levar à convicção errónea de que o consumidor irá obter preços mais baixos, já que espera que o produtor efectue a venda às mesmas condições que faz perante os seus distribuidores. Só que esta situação normalmente não ocorre, sendo antes uma forma de o produtor obter lucros suplementares com a venda ao consumidor, evitando os custos resultantes da distribuição do produto. Mas, mesmo que o consumidor conseguisse obter algum ganho no negócio, acabaria por sair lesado, já que ao prejudicar a distribuição, este tipo de venda impede o regular abastecimento do mercado, e acaba, assim, por funcionar em prejuízo dos consumidores<sup>12</sup>.

### 3.2. *Vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou em “bola de neve”*

Nos termos do art. 27.º do D.L. 143/2001, de 26 de Abril, é proibido organizar ou participar na promoção de vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou “em bola de neve” (n.º 1), considerando-se como tal “o procedimento que consiste em oferecer ao consumidor determinados bens ou serviços, fazendo depender o valor de uma prometida redução do seu preço, ou mesmo a sua gratuidade, do número de clientes ou do volume de vendas que, por sua vez, aquele consiga obter directa ou indirectamente para o vendedor, o organizador ou um terceiro” (n.º 2). Nos termos do art. 32.º, n.º 1 c) e n.º 2 c) do D.L. 143/2001, de 26/4, a infracção a esta disposição é punida com coima de 500 a 3700 euros, quando se trate de pessoa singular, e de 3500 a 35.000 euros, quando se trate de pessoa colectiva.

---

<sup>12</sup> Em sentido contrário, defende OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 630, que a venda directa ao consumidor é benéfica para este, tendo as restrições legais a função de proteger os comerciantes.

O expediente consiste assim em prometer ao consumidor um desconto ou a gratuidade da aquisição se este conseguir um certo número de outros clientes, podendo a estes ser efectuada promessa idêntica. Esta técnica é proibida em virtude dos perigos que representa para o consumidor, já que, embora este julgue que pode obter um benefício, através da redução do preço da compra do seu produto em virtude da progressão geométrica do número de clientes, a verdade é que esse benefício é irreal, já que o que verdadeiramente existe é um desconto geral, em virtude da quantidade de produtos adquirida. Por outro lado, a verdade é que com a progressão nas vendas, o sistema deixa de poder funcionar em virtude do esgotamento do número de clientes<sup>13</sup>. Assim, o consumidor é levado normalmente a adquirir uma quantidade excessiva de produtos, sem qualquer garantia de reposição e depois tem dificuldade no seu escoamento, à medida que se vão esgotando os clientes disponíveis.

### 3.3. *Vendas forçadas*

Também nos termos do art. 28.º, n.º 1 do D.L. 143/2001, de 26 de Abril, “é proibida a utilização da prática comercial em que a falta de resposta de um consumidor a uma oferta ou proposta que lhe tenha sido dirigida é presunção da sua aceitação, com o fim de promover a venda a retalho de bens ou a prestação de serviços”. Temos aqui a situação da venda forçada, em que se ficciona a existência de uma declaração de aceitação do consumidor, quando esta não vem a ser por ele emitida, prática essa que vem a ser interdita por poder levar o consumidor à aquisição de produtos que efectivamente não deseja.

É também considerada como venda forçada e, como tal proibida “a prática comercial que se traduza no aproveitamento de uma situação de especial debilidade do consumidor, inerente à

<sup>13</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 549.

pessoa deste ou pelo agente voluntariamente provocada, com vista a fazê-lo assumir, sob qualquer forma, vínculos contratuais” (art. 28.º, n.º 2 do D.L. 143/2001, de 26 de Abril). Considera-se que o consumidor se encontra em situação de debilidade especial “quando as circunstâncias de facto mostrem que este, no momento da celebração do contrato, não se encontrava em condições de apreciar devidamente o alcance e significado das obrigações assumidas ou de descortinar ou reagir aos meios utilizados para o convencer a assumi-las” (art. 28.º, n.º 3 D.L. 143/2001). Efectivamente, independentemente da declaração negocial ter sido emitida pelo consumidor pode ocorrer que esta declaração não seja precedida de esclarecimento adequado em virtude das técnicas comerciais usadas pelo vendedor, ou que o vendedor se aproveite de uma situação de fraqueza especial em que o consumidor se encontra. Daí a proibição desta prática, estabelecendo em caso de infracção o 32.º, n.º 1 c) e n.º 2 c) do D.L. 143/2001, de 26/4, uma coima de 500 a 3700 euros, quando se trate de pessoa singular e de 3500 a 35.000 euros, quando se trate de pessoa colectiva.

No âmbito do Direito Civil, já haveria alguma protecção contra estas vendas forçadas, designadamente o facto de, em face do art. 218.º, o silêncio só valer como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção, o que pode levar a considerar não se ter sequer celebrado o contrato na primeira modalidade. Em relação à segunda, poderia haver aplicação quer do regime do dolo (art. 253.º), quer do regime da usura negocial (art. 282.º), dos quais resultaria a anulabilidade do negócio. A lei no art. 28.º, n.º 4 D.L. 143/2001, vem, porém, estabelecer que em caso algum o consumidor fica vinculado ao cumprimento dos contratos de vendas forçadas, mesmo que lhe seja expressamente indicado que o decurso de um certo prazo sem qualquer reacção implica a sua aceitação. Conforme salienta OLIVEIRA ASCENSÃO, não existe aqui propriamente uma coacção ao consumidor, já que este a nada é coagido, uma vez que por esta via, em face do art. 218.º do C.C., nunca estaria formado um contrato. O que se pretende punir é antes a indução em erro do consumidor, dado que por ignorância do processo de formação legal do contrato, este pode

ficar convencido de que celebrou um contrato quando, na realidade, tal não sucedeu<sup>14</sup>.

### **3.4. Fornecimento de bens ou prestação de serviços não encomendados ou solicitados**

O art. 29.º, n.º1 do D.L. 143/2001 refere que é expressamente proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços ao consumidor que incluam um pedido de pagamento, sem que este os tenha previamente solicitado ou encomendado. O art. 29.º, n.ºs 2 e 4 estabelecem que o consumidor não fica nesse caso obrigado à sua restituição, podendo considerá-los oferta gratuita, e que, se apesar disso decidir restituí-los, tem direito a ser reembolsado no prazo de trinta dias das despesas que tenha efectuado com essa restituição (art. 29.º, n4). Em caso de infracção a esta proibição, o 32.º, n.º 1 c) e n.º 2 c) do D.L. 143/2001, de 26/4, estabelecem uma coima de 500 a 3700 euros, quando se trate de pessoa singular e de 3500 a 35.000 euros, quando se trate de pessoa colectiva<sup>15</sup>.

### **3.5. Vendas ligadas**

O art. 30.º, n.º1, do D.L. 143/2001, na sequência do já estabelecido no art. 9.º, n.º 6 da Lei de Defesa do Consumidor, vem ainda proibir as vendas ligadas. Consistem estas em situações em que se subordina a venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou de quem este designar. Estas vendas podem ser estabelecidas, fazendo-se a discriminação de cada produto, ou vendendo ambos por um preço global.

---

<sup>14</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 559.

<sup>15</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 630, considera dispensável esta sanção, uma vez que as consequências civis desta prática já seriam suficientes para a reprimir.

Numa especificação algo criticável, o n.º2 vem admitir esta convenção “sempre que estejam em causa bens ou serviços que, pelas suas características, se encontrem entre si numa relação de complementaridade e esta relação seja de molde a justificar o seu fornecimento em conjunto”. Nos termos do art. 32.º, n.º 1 c) e n.º 2 c) do D.L. 143/2001, de 26/4, a infracção a esta disposição é punida com coima de 500 a 3700 euros, quando se trate de pessoa singular, e de 3500 a 35.000 euros, quando se trate de pessoa colectiva.

A proibição das vendas ligadas justifica-se pela protecção do consumidor, evitando que ele seja confrontado com a necessidade de adquirir outros produtos de que efectivamente não necessita ou poderia obter na concorrência em melhores condições, quando apenas tem necessidade de adquirir um único desses produtos.

### **3.6. *Vendas com prejuízo***

Nos termos dos art. 3.º do D.L. 370/93, de 29 de Outubro, alterado e republicado pelo D.L. 140/98, de 16 de Maio, é, em princípio proibido vender ou oferecer para venda um bem por preço inferior ao seu preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte.

Nos termos do n.º4, esta proibição só não se aplica a:

- a) Bens perecíveis, a partir do momento em que se encontrem ameaçados de deteriorização rápida.
- b) Bens cujo valor comercial esteja afectado, quer por ter decorrido a situação que determinou a sua necessidade, quer por redução das suas possibilidades de utilização, quer por superveniência de importante inovação técnica;
- c) Bens cujo reaprovisionamento se efectue a preço inferior, sendo então o preço efectivo de compra substituído pelo preço resultante da nova factura de compra;
- d) Bens cujo preço se encontra alinhado pelo preço licitamente praticado para os mesmos produtos por um outro comer-

ciante do mesmo ramo de actividade, que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento;

e) Bens vendidos em saldo ou liquidação.

A infracção a esta disposição é punida com coima de 150.000\$00 a 750.000\$00, [€ 748,20 a 3.740,98] quando praticada por pessoa singular e de 500.000\$00 a 3.000.000\$00, [€ 2.493,99 a 14.963,94] quando praticada por pessoa colectiva (art. 5.º, n.º 1 a) e n.º 2 a) do diploma).

A venda com prejuízo consiste precisamente numa situação em que se articula o interesse do concorrente médio com o interesse do consumidor no funcionamento racional do mercado. Efectivamente, a venda com prejuízo só é possível de ser praticada por grandes comerciantes, funcionando assim como uma forma de esmagamento do pequeno comércio, ao mesmo tempo que cria no consumidor a ilusão de que o grande comerciante pratica preços mais baixos, o que só efectivamente sucede nalguns casos, mas esse desconto é largamente compensado pelo impulso à aquisição de uma série de outros produtos, a maior parte dos quais dispensáveis para o consumidor. O consumidor vem a ser assim atraído para um estabelecimento, em virtude de uma imagem errónea sobre os preços nele praticados, quando seguramente sem essa imagem não se deslocaria a esse estabelecimento, nem adquiriria certos produtos. Naturalmente que, por esse motivo, o consumidor vem a ser prejudicado com este tipo de venda, já que ao impedir uma construção racional do preço dos produtos comercializados, prejudica a transparência do mercado e distorce a concorrência<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. GERHARD SCHRICKER, em *RabelsZ* 40 (1976), p. 540 e MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ, em MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ (org.), *Derecho de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 331. Veja-se ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, pp. 619 e ss., que não considera existir concorrência desleal na venda com prejuízo.



# PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO COMÉRCIO À DISTÂNCIA

## Notas sobre o direito comunitário em vigor\*

PAULO MOTA PINTO

Assistente da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra  
Juiz do Tribunal Constitucional

**Sumário:** A) Introdução: I. Delimitação; Objectivos da regulamentação; III. Sobre a possibilidade de generalização das regras previstas. B) Princípios relativos a deveres de informação na directiva sobre contratos à distância: I. Cláusula geral e previsões específicas de informação; II. Os diversos princípios: a) Essencialidade; b) Compreensibilidade; c) Acessibilidade; d) Tempestividade. C) Sanções para a violação de deveres de informação: I. Suspensão do início do prazo de “rescisão”; II. Outros “meios adequados e eficazes”. D) Conclusão.

*This article focuses on the principles underlying the duties of information in distance contracts according to EC law. After*

---

\* Versão portuguesa do texto que serviu de base à intervenção na conferência organizada em Trier, em Janeiro de 2003, pela “Academia de Direito Europeu”, subordinada ao tema *Consumer Protection and Information Requirements in European Community Law* (publicado, em alemão, no volume *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, org. por Reiner SCHULZE/Martin EBERS/Hans Christoph GRIGOLEIT, Tübingen, 2003, que reuniu as intervenções nessa conferência e constituiu a primeira publicação do *European Research Group on Existing EC Private Law – “Acquis Group”*).



*considering the scope of Directives that provide duties of information in contract law, it extracts from these rules the principles of essentiality, understandability, accessibility and opportunity of information. The article reaches the conclusion that there are only limited elements of contract or contract formation concepts in EC law, owing primarily to the lack of contractual sanctions in the Directives.*

## A) Introdução

Uma das mais importantes áreas da harmonização comunitária do direito privado que prevê a introdução de deveres de informação, com o fim de protecção do consumidor, é, sem dúvida, a do comércio à distância. Trata-se, por outro lado, de um domínio em que a evolução do direito vigente se verificou, em grande parte, a partir do direito comunitário, irradiando deste para as diversas ordens jurídicas nacionais, e não no sentido inverso. É, por isso, muito natural que, numa conferência organizada no quadro de um projecto de pesquisa dos elementos e estruturas comuns do direito comunitário privado em vigor, se discutam os deveres de informação previstos para o comércio à distância, com o intuito de – se possível – obter elementos que possam integrar um *acquis communautaire* sobre deveres de informação na formação dos contratos.

## I. Delimitação

A Directiva 97/7/CE, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (“Directiva sobre contratos à distância”)<sup>1</sup>, é, com a Directiva 2000/35/CE, sobre o comércio

---

<sup>1</sup> *Jornal Oficial*, n.º L 144, p. 19. Esta Directiva foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril.

electrónico<sup>2</sup>, o mais importante instrumento de regulamentação do comércio à distância no direito comunitário privado.<sup>3</sup>

A Directiva sobre contratos à distância contém um regime *transversal* em relação à disciplina dos tipos contratuais que se encontra em diversos códigos civis: ela não vale apenas para contratos de compra e venda, mas também para contratos correspondentes a outros tipos contratuais. Segundo o seu artigo 2.º, n.º 1, considera-se “contrato à distância” – que é, assim, mais do que um tipo contratual, uma forma de contratação – “qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” Estas técnicas de comunicação à distância compreendem meios de comunicação que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possam ser utilizados tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes. Devido à constante evolução tecnológica – que tanto se tem feito sentir neste domínio –, esses meios não são elencados numa lista exaustiva, contendo-se no anexo I à Directiva um elenco meramente indicativo. Apesar de a Directiva não conter qualquer disciplina expressa deste ponto, julgo que, quando é utilizada uma técnica de comunicação à distância, deverá caber ao fornecedor o ónus da prova relativo ao (*rectius*, à não verificação do) segundo pressuposto exigido para se estar em presença de um contrato à distância – isto é, que este se integre num *sistema* de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor.

A Directiva sobre contratos à distância só disciplina, porém, relações contratuais entre pessoas (singulares ou colectivas) que,

---

<sup>2</sup> *Jornal Oficial*, n.º L 178, p. 16. Esta Directiva veio a ser transposta para a ordem jurídica portuguesa já em 2004, pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

<sup>3</sup> Não considerámos a Directiva relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, in *Jornal Oficial*, n.º L 271, p. 16), por esta ter sido objecto de tratamento específico noutra intervenção neste colóquio.

na celebração do contrato, actuem “no âmbito da sua actividade profissional” (“fornecedores”), por um lado, e pessoas singulares que aí actuem com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional (“consumidores”). Trata-se, pois, como outras Directivas com incidência também no direito privado, de um regime limitado às *relações com consumidores*.

Aliás, também já a Directiva sobre contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (“vendas ao domicílio”)<sup>4</sup> se limitava ao âmbito da protecção do consumidor. Ela regulava apenas contratos concluídos entre um profissional que fornece bens ou presta serviços e um consumidor, e previa *um único* dever de informação: o dever do profissional de informar por escrito o consumidor sobre o seu *direito de resolução* do contrato. Vamos, pois, deixar esta Directiva fora das nossas considerações.

Diversamente se passam as coisas com a “Directiva sobre o comércio electrónico”. É certo que esta Directiva visa *também* a protecção do consumidor nos “serviços da sociedade de informação”, como se pode concluir pelas suas disposições (em especial a partir dos artigos 1.º, n.º 3, e 3.º, n.º 4). Os regimes dos deveres gerais de informação do fornecedor de serviço aos seus “destinatários” (artigo 5.º), dos deveres de informação na comunicação comercial (artigo 6.º) e no quadro da conclusão de contratos por via electrónica (artigo 10.º) valem, porém, em princípio também no confronto com pessoas que actuem no âmbito da sua actividade profissional – ou seja, em face de não consumidores. A característica de “consumidor” apenas tem como efeito que as exigências dos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º são imperativas, e deixam, pois, de estar na disponibilidade das partes (“salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores”). Temos, pois, nesta Directiva, também, em princípio, um regime ligado a determinada situação ou processo de contratação, e não – salvo as excepções referidas – à circunstância de os sujeitos intervenientes actuarem ou não como consumidores.

---

<sup>4</sup> Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais («vendas ao domicílio»), in *Jornal Oficial*, n.º L 372, p. 31.

A definição de pressupostos subjectivos e de pressupostos “situacionais” para a aplicação destas Directivas em vigor suscita, pois, a questão de saber se, e em que medida, as suas regras serão susceptíveis de generalização, para além daquele âmbito. A resposta a esta pergunta deverá, evidentemente, depender da determinação da finalidade dos regimes respectivos.

## II. Objectivos da regulamentação

A *ratio* de uma protecção do consumidor na contratação à distância reside sobretudo na circunstância de aquele, normalmente, quando contrata nessa situação, não ter qualquer possibilidade de, antes da conclusão do contrato, contactar com a coisa e de a examinar, ou de conhecer detalhada e pessoalmente as características da prestação de serviços. Isto cria logo, só por si, uma assimetria informativa, com os conhecidos riscos, hoje demonstrados pela economia da informação, de uma queda de qualidade (o “*lemons effect*”, produto de uma “selecção adversa”, posto em evidência pelo Prémio Nobel George Akerlof) ou mesmo de colapso do mercado.<sup>5</sup> O contacto com a coisa pode trazer consigo surpresas desagradáveis. Assim, os deveres de informação têm também de ser entendidos em conjugação com o direito de resolução do contrato. Ambos os instrumentos servem para, na contratação à distância, aproximar tanto quanto possível “bens de experiência” (cujas características apenas se conhecem depois da aquisição) de “bens de procura”<sup>6</sup>, cujas características o utilizador conhece já antes da aquisição, pela sua própria experiência. A utilização de técnicas de comunicação à distância não há-de, pois, conduzir a uma diminuição, e só pode legitimar um alargamento ou uma

<sup>5</sup> Cfr. George AKERLOF, *The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970), pp. 488-500.

<sup>6</sup> Cfr. Stefan GRUNDMANN, *Privatautonomie im Binnenmarkt. Informationsregeln als Instrument*, in *Juristenzeitung*, 2000, pp. 1133, 1140.

intensificação dos deveres de informação que recairão sobre o vendedor.

Pode dizer-se, também, que este regime tem como finalidade a protecção da confiança, seja esta uma *confiança individual*, que cada consumidor, seja antes uma “*confiança colectiva*” num mercado de comércio à distância que funcione bem.<sup>7</sup> Sob o primeiro ponto de vista, pode dizer-se que estas regras informativas têm funções semelhantes às que, no direito civil, prevêm (ou das quais se fazem decorrer) outros deveres pré-contratuais de informação, designadamente, a regra de conduta da boa fé (artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil Português, § 242 do Código Civil alemão). Assim, as ordens jurídicas continentais prevêm um dever das partes de, durante as negociações contratuais, agir em conformidade com a boa fé, e deste dever extraem-se, além de um dever de *verdade*, também deveres “positivos”, de acção, no sentido da *informação* e do *esclarecimento*. Estes deveres podem ser verdadeiros “deveres de protecção” do *interesse na integridade* da outra parte e dos seus bens, ou resultar antes de uma exigência de *lealdade* ou *cooperação* para a consecução do fim das negociações. Mas quando uma parte está *tipicamente* numa situação de inferioridade em relação à outra quanto à obtenção da informação, esses deveres servirão muitas vezes, sobretudo, a reconstituição das condições para um exercício materialmente fundado da sua autonomia privada – a reconstituição dos pressupostos de uma autonomia privada em sentido material. É esta, segundo cremos, a principal finalidade dos deveres de informação em causa.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Holger FLEISCHER, *Informationspflichten im Europäischen Kapitalmarktsrecht und Verbraucherschutzrecht – Versuch einer Synthese*, in Hans SCHULTE-NÖLKE/Reiner SCHULZE (orgs.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, 2002, pp. 173 s.

<sup>8</sup> A informação do consumidor é por vezes entendida, mesmo, como um direito fundamental (económico ou social) dos consumidores – veja-se, por exemplo, o artigo 60.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e, no direito brasileiro, Paulo LUIZ NETTO LOBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor (EDC)*, 3.º vol., 2001, pp. 23 ss.

No domínio da contratação à distância e do comércio electrónico – tal como, por exemplo, também na área do mercado de valores mobiliários<sup>9</sup> –, a perspectiva da “confiança colectiva” na fiabilidade das formas ou dos campos negociais em questão desempenha, porém, igualmente uma função muito importante, ou mesmo predominante, como *telos* das normas que prevêm os deveres de informação. Isto vale sobretudo no domínio do direito comunitário, que persegue também o objectivo de conseguir uma certa disciplina, fiabilidade e eficiência do mercado. E pode, ainda, dizer-se que os deveres de informação em vigor no direito comunitário para a contratação à distância e para o comércio electrónico se aproximam, sob esta perspectiva, das exigências de lealdade subjacentes ao direito da concorrência desleal.

### III. Sobre a possibilidade de generalização das regras previstas

Outra questão é a de saber se estas finalidades, e, com elas os regimes respectivos, podem considerar-se globalmente generalizáveis, de tal forma que seja viável obter a partir destes regimes resultados para todo o direito europeu dos contratos – e não apenas para a área disciplinada directamente em cada Directiva.

A meu ver, no que diz respeito a cada regulamentação individual contida na Directiva sobre contratos à distância – tal como noutras Directivas (por exemplo, a Directiva sobre o crédito ao consumo) –, a finalidade de protecção dos consumidores e outras especificidades, traduzidas na delimitação do seu campo de aplicação, opõe-se a qualquer generalização. Muitas destas regras apenas foram adoptadas devido à “fraqueza negocial” típica – e que normativamente não é de recusar – da pessoa que actua fora da sua actividade profissional, quanto ao contrato ou na situação de conclusão do contrato em questão. Uma generalização de cada regra, para a tornar aplicável também a outras pessoas e a outras

<sup>9</sup> Veja-se H. FLEISCHER, loc. cit. (nota 7).

situações, é, por isso, difícil de fundamentar – e é-o, desde logo, numa perspectiva de análise do direito comunitário *em vigor*.

Designadamente, não existe no direito comunitário em vigor qualquer regime *geral* dos deveres de informação na formação do contrato, mas antes, e tão-só, normas limitadas a *determinadas situações* – como nas Directivas sobre contratos à distância ou sobre o comércio electrónico –, ou destinadas a disciplinar *certos problemas* específicos – crédito ao consumo, cláusulas abusivas que não tenham sido objecto de negociação individual, etc.. Por outro lado, estas normas de direito dos contratos são, muitas vezes, limitadas nalgumas directivas a contratos celebrados ou a celebrar *com consumidores*. Trata-se apenas de determinadas situações, nas quais se considerou justificada uma regulamentação especial, sendo para tal decisivas, não só as características das partes (como que uma justiça reportada aos sujeitos – uma “*Subjektgerechtigkeit*”), mas também a situação (pré-)contratual ou outra “característica objectiva” (prossequindo uma “*Objektgerechtigkeit*”). Se, portanto, se tomar a sério a decisão do legislador comunitário, a questão da possibilidade de generalização, tanto subjectiva como objectiva, de cada regra individual apenas se pode pôr no plano *de jure condendo*<sup>10</sup>, e não no do direito comunitário vigente (no do *acquis communautaire*).

No que toca à delimitação subjectiva, é, apesar de tudo, indispensável considerar que as regras destinadas a proteger os consumidores, no último “elo” da cadeia contratual, terão também normalmente efeitos, ainda que apenas indirectamente, sobre as anteriores relações contratuais. Assim, por exemplo, a Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996) preceitua no seu artigo 8.º, n.º 2, que o dever de informação “clara, objectiva e adequada” impende “também sobre o produtor,

---

<sup>10</sup> Assim, por exemplo, quando se tenta conceder ao direito da defesa do consumidor autonomia legislativa, e mesmo até (como agora no direito português) elaborar um Código do Consumidor – v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Do direito do consumo ao Código do Consumidor*, in *EDC*, 1º vol., 1999, pp. 201 e ss.

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”. E no n.º 5 deste artigo 8.º prevê-se mesmo uma responsabilidade solidária, com o fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar, dos demais intervenientes na cadeia, da produção à distribuição, que hajam igualmente violado o dever de informação. Os deveres de informação do vendedor final, destinados à protecção do consumidor, originam, assim, também deveres de informação na cadeia contratual. Noutro contexto, estes “efeitos reflexos” na cadeia revelam-se também: é o caso do regime comunitário das garantias na venda de bens de consumo, nos termos do artigo 4.º da Directiva 99/44/CE, segundo o qual ao vendedor final de bens de consumo deve ser reconhecido um direito de regresso contra a pessoa ou pessoas responsáveis da cadeia contratual, sempre que responda perante o consumidor pela falta de conformidade resultante de um acto ou omissão do produtor, de um vendedor anterior da mesma cadeia contratual, ou de qualquer outro intermediário<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> 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 (*Jornal Oficial*, n.º L 171, p. 12). Sobre o direito de regresso, cfr. Brigitta JUD, *Zum Händlerregress im Gewährleistungsrecht*, e Martin SCHMIDT-KESSEL, *Der Rückgriff des Letztverkäufers*, ambos em *Österreichische Juristenzeitung*, 18, 2000, pp. 661, ss, e 668, ss; Ulrich MAGNUS, *Der Regressanspruch des Letztverkäufers nach der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in Jürgen BASEDOW et alii (orgs.), *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, pp. 430 e ss. Em Portugal, v. Paulo MOTA PINTO, *O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, I, Janeiro de 2002. Cfr. ainda uma proposta de transposição desta Directiva em Paulo MOTA PINTO, *Anteprojecto de diploma de transposição da directiva 1999/44/CE para o direito português*, in *EDC*, 3º vol., 2001, pp. 165 e ss.



Não pode, porém, negar-se que, subjacentes a cada regime individual, ou como resultado da sua interpretação e análise, se pode tentar discernir alguns (ainda que poucos) princípios gerais, que talvez não estejam vinculados apenas a cada uma das situações específicas, mas possam antes pretender alcançar uma validade geral, e, portanto, não apenas limitada à relação entre consumidores e profissionais.

## **B) Princípios relativos a deveres de informação na directiva sobre contratos à distância**

### **I. Cláusula geral e previsões específicas de informação**

A primeira diferença importante do direito comunitário em relação a muitas das ordens jurídicas (sobretudo continentais) dos Estados-membros pode considerar-se residir na circunstância de aquele não prever qualquer *cláusula geral* relativa à conduta das partes previamente à conclusão do contrato: uma cláusula geral que imponha expressamente a regra de conduta da *boa fé*, ou equivalente. Assim, nas Directivas sobre os contratos à distância e sobre o comércio electrónico encontramos uma série de exigências de informação específicas. Todos estes deveres estão, porém, previstos em normas específicas, não se encontrando nas Directivas qualquer referência a um padrão de conduta consagrado numa *cláusula geral* (razoabilidade, boa fé, etc.), da qual a doutrina e a jurisprudência houvessem de “extrair” os deveres de informação. Só quanto ao meio ou *forma* do esclarecimento – mas não quanto ao alcance e ao objecto de cada um dos deveres – se remete para “princípios da lealdade em matéria de transacções comerciais” e para os “princípios da protecção de pessoas com incapacidade jurídica em virtude da legislação dos Estados-membros, como os menores” (assim, o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva sobre contratos à distância).

A situação é diversa nos termos do direito civil de muitos dos Estados-membros. Assim, por exemplo, o artigo 227.º, n.º 1, do

Código Civil Português prevê que “[q]uem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”<sup>12</sup>. No domínio da protecção dos consumidores, o artigo 8.º, n.º 1, da referida Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa prevê um dever do fornecedor ou do prestador de serviços, tanto nas negociações como durante a conclusão do contrato, de informar o consumidor de forma clara, objectiva e adequada, designadamente, sobre características e preço do bem ou da prestação de serviços, bem como sobre a duração do contrato, os prazos de entrega e assistência posterior ao negócio jurídico. Em especial para a contratação à distância, o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, prevê depois deveres específicos de informação, que seguem as exigências da Directiva 97/7/CE.

Não é este o lugar para discutir em pormenor as vantagens e desvantagens da previsão expressa de uma cláusula geral relativa ao período pré-contratual, nem sequer, para tratar da questão – há muito discutida, sobretudo, em confronto com o direito inglês – de saber se deve ou não existir um dever geral pré-contratual de negociar segundo as regras da boa fé. Não pode, porém, negar-se que, subjacente às previsões específicas de deveres de informação das Directivas sobre contratos à distância e sobre comércio electrónico, se divisa, com clareza, o perfil de um fornecedor cuja conduta deve ser correcta, leal e honesta – de um fornecedor que actua segundo a regra de conduta da boa fé. A criação de *Tatbestände* específicos de deveres de informação parece, assim, ter sobretudo que ver com as exigências da *técnica* do direito comunitário, e não com qualquer divergência assumida de *concepção* geral. Na ver-

<sup>12</sup> Sobre os deveres de informação pré-contratuais nos termos desta norma, cfr.

Jorge SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, pp. 355 e ss, Sónia MOREIRA, *O dever pré-contratual de informação (algumas questões relativas aos seus pressupostos)*, in *Scientia Iuridica*, 2002, n.º 294, pp. 515-530, e IDEM, *Da responsabilidade pré-contratual por violação de deveres de informação*, Coimbra, 2003.

dade, por um lado, o legislador comunitário não poderia dar-se por satisfeito com a previsão de uma cláusula geral, se pretendesse assegurar uma real harmonização, já que, sob o diverso pano de fundo dos vários ordenamentos nacionais, a sua concretização poderia ser (e seria com certeza) bem diversa. Por outro lado, as divergências entre ordenamentos jurídicos de alguns Estados-membros quanto à admissibilidade e aos termos da cláusula geral pertinente teria, com certeza, também dificultado significativamente a aprovação de qualquer instrumento de harmonização.

Para a pesquisa dos contornos de um “direito privado dos deveres de informação”, tal como se deixam ver no direito comunitário em vigor, isto significa, porém, que os princípios não poderão ser obtidos a partir de qualquer regime geral. É preciso antes proceder como que de forma “indutiva”, isto é, obter a partir das diversas previsões específicas os denominadores comuns. Em vez de, como se procede frequentemente nos direitos nacionais, procurar elementos para a concretização de uma cláusula geral – como o tipo e o conteúdo do contrato, os interesses das partes, os custos e a eficiência da informação, os papéis das partes e as relações negociais entre elas, etc. –, podemos, pois, tentar obter, como mera hipótese, alguns princípios a partir dessas previsões específicas.

Seja, porém, como for, pode desde já afirmar-se ser possível retirar do conjunto das diversas previsões relativas à informação, bem como também do conteúdo da Directiva sobre publicidade enganosa (Directiva 84/450/CEE do Conselho de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa<sup>13</sup>), pelo menos, um ensinamento geral: o de que subjaz seguramente ao direito comunitário em vigor uma *proibição geral da indução em erro*. Se bem que, em rigor, se não trate aqui de um dever de informação, mas antes de verdade (incluindo a veracidade), afigura-se que pode reconhecer-se a existência de uma proibição de indução em erro – que,

---

<sup>13</sup> *Jornal Oficial*, L 250, de 19 de Setembro de 1984, p. 17 (alterada pela Directiva 97/55/CE, para incluir a publicidade comparativa – *Jornal Oficial*, L 290 de 23 de Outubro 1997, p. 18).

segundo parece, não se limita à indução *dolosa*, mas inclui igualmente a *indução negligente em erro*<sup>14</sup> – como um primeiro princípio geral relativo à informação no direito comunitário em vigor.

## II. Os diversos princípios

Se considerarmos os deveres de informação nas Directivas sobre contratos à distância e sobre comércio electrónicos, podemos distinguir pelo menos quatro tipos de exigências gerais relativas à informação: devem ser fornecidas as informações *essenciais* (essencialidade); a informação deve poder ser entendida ou ser *compreensível* (compreensibilidade); deve ser *acessível* aos clientes (acessibilidade); e a informação deve ser fornecida *atempadamente* (tempestividade)<sup>15</sup>. Tentarei fundamentar resumidamente estas três exigências como princípios relativos à informação.

### a) Essencialidade

Como objecto de um dever pré-contratual a cumprir perante o consumidor, referem-se no artigo 4.º da Directiva sobre os contratos à distância com consumidores as seguintes informações: “a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo impostos; d) Despesas de entrega, se existirem; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de rescisão,

---

<sup>14</sup> À relevância jurídica desta indução em erro não parece, pois, subjacente qualquer “dogma do dolo”. Cfr., para o direito alemão, Hans Christoph GRIGOLET, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, Munique 1997, *passim*.

<sup>15</sup> H. FLEISCHER, *ob. cit.* (n. 7), p. 176, distingue ainda, como princípios de uma correcta e ordenada informação dos consumidores, as exigências de pertinência (“*Griffigkeit*”) e de comparabilidade da informação, que deixamos de fora da nossa análise.

excepto nos casos referidos no n.º 3 do artigo 6.º; g) Custo da utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou do preço; i) Sempre que necessário, a duração mínima do contrato em caso de contratos de fornecimento de produtos ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica”.

Como resulta, por exemplo, das alíneas a) a c) e i), a razão da enunciação justamente destas informações reside na sua essencialidade para a decisão dos consumidores adquirentes por um contrato a celebrar à distância.

O mesmo pode dizer-se do artigo 10.º da Directiva sobre o comércio electrónico, que, “além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária”, prevê imperativamente deveres pré-contratuais de informação para os contactos com consumidores. Prevê-se aí, por exemplo, o dever de informar sobre as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato e sobre os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda (para além de informação sobre se o contrato será ou não arquivado pelo prestador de serviço e se será ou não acessível, bem como sobre as línguas em que pode ser celebrado). Por sua vez, o artigo 5.º prevê um dever de informações gerais que abrange o nome do prestador de serviço, o endereço geográfico em que este se encontra estabelecido, elementos relativos ao prestador de serviços, incluindo o endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele, etc.

Se bem que, como se referiu, não exista nenhuma cláusula geral, nem se utilize qualquer previsão genérica referente à essencialidade das informações para o consumidor, prevendo-se, antes, apenas determinados deveres de informação sobre elementos específicos, pode extrair-se do respectivo elenco a conclusão de que o ponto de vista decisivo para este é o da *essencialidade* das informações para a conclusão do contrato. Esta essencialidade – numa situação típica, evidentemente – foi um motivo central para o legislador comunitário.

## b) Compreensibilidade

Em segundo lugar, a informação tem de ser compreensível, e, para tal, tem naturalmente de ser adequada ao meio de comunicação utilizado e ao seu receptor. A meu ver, na apreciação deste requisito não tem de partir-se, porém, do modelo de um consumidor cuja formação e capacidade se situem abaixo da média. Pode, antes, também aqui basear-se a apreciação num “tipo normativo” de consumidor activo e capaz –, desde logo, para evitar uma sua qualquer “menorização” –, como o que, por exemplo, o Tribunal de Justiça das Comunidades utiliza também para a apreciação do carácter enganoso da publicidade.

O primeiro problema relativo à compreensibilidade da informação é, naturalmente, o da *língua* em que ela é fornecida. Todavia, na Directiva sobre os contratos à distância não se encontra qualquer regulamentação especial da língua das informações, ou, sequer, do “risco linguístico”. No considerando 8.º desta Directiva contém-se, antes, a afirmação de que “a utilização das línguas em matéria de contratos à distância é da competência dos Estados-membros”. Assim, por exemplo, em Portugal o artigo 8.º da Lei de Defesa dos Consumidores prescreve que a informação ao consumidor deve ser transmitida em língua portuguesa (e, recentemente, também o artigo 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, sobre o regime das garantias na venda de bens de consumo, veio dispor que a garantia voluntária “deve ser redigida de forma clara e concisa na língua portuguesa”)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. também já o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 238/86, de 8 de Agosto, e o artigo 1º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/88, de 27 de Fevereiro. Segundo o primeiro, “as informações 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

Isto não significa, porém, que certas exigências relativas à língua não sejam já de deduzir a partir da Directiva sobre os contratos à distância, sobretudo porque esta exige que a informação seja “clara e compreensível” e que seja fornecida “por qualquer meio adaptado à técnica de comunicação à distância utilizada” (artigo 4.º, n.º 2; e cfr. também o artigo 11.º, n.º 3, da Directiva sobre contratos à distância). Como já se referiu, a Directiva remete, quanto à “maneira” como as informações devem ser fornecidas, para os “princípios da lealdade em matéria de transacções comerciais e os princípios da protecção de pessoas com incapacidade jurídica em virtude da legislação dos Estados-membros, como os menores”.

Também da Directiva sobre o comércio electrónico se pode retirar a exigência de compreensibilidade da informação. Assim, o artigo 10.º, n.º 1, desta Directiva prevê que as informações devem ser fornecidas pelo prestador de serviços “em termos exactos, compreensíveis e inequívocos”. E estas informações incluem também, nos termos da alínea *d*), as línguas em que o contrato pode ser celebrado.

O princípio a que nos estamos a referir está também, por outro lado, consagrado ou subjacente ao regime da maioria das ordens jurídicas nacionais, mesmo que sem qualquer regulamentação específica e apenas baseando-se numa cláusula geral como a da boa fé. É que um dever de fornecimento de informações essenciais apenas pode ter sentido se for acompanhado também de um dever de informar em termos ou de forma *compreensível*. Este é, pois, quase uma decorrência lógico-normativamente necessária do primeiro.

### c) Acessibilidade

Além disso, a informação deve também estar acessível ao consumidor, exprimindo-se com isso algo mais do que teria neces-

---

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.

sariamente de resultar da simples previsão de uma actividade destinada a informar. Na verdade, a transmissão da informação tem de ser acompanhada das necessárias *adaptações ao meio de comunicação* empregue, por exemplo, quanto à sua apresentação, e há-de estar *acessível* a quem utilizar esse meio de comunicação.

A adaptação à técnica de comunicação à distância utilizada é, como se referiu, imposta pelo artigo 4.º, n.º 2, da *Directiva sobre contratos à distância*. Esta Directiva prevê também uma certa forma para as informações, na medida em que ela impõe que elas sejam prestadas ao consumidor “por escrito, ou através de outro suporte durável à sua disposição”: no artigo 5.º exige-se uma *confirmação*, por esta forma, das informações.

Esta confirmação abrange as informações previstas no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a f), e tem de ser efectuada por escrito, ou por outro “suporte durável” à disposição do consumidor, “a menos que essas informações já tenham sido fornecidas ao consumidor antes da celebração do contrato”, igualmente por escrito ou através de outro suporte durável à sua disposição e facilmente utilizável.” Em qualquer caso, deve, porém, ser sempre fornecida, depois da celebração do contrato, informação por escrito sobre as condições e modalidades de exercício do direito de rescisão, o endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual o consumidor pode apresentar as suas reclamações, informações relativas aos serviços pós-venda e às garantias comerciais existentes, e sobre as condições de resolução do contrato, quando este tiver duração indeterminada ou superior a um ano.

A manutenção da possibilidade de acesso tardio às informações, necessária até à execução do contrato<sup>17</sup>, é a razão que levou o legislador a exigir especificamente que estas informações sejam, ou tivessem já sido, transmitidas por escrito ou por outro “suporte

---

<sup>17</sup> Também por esta razão, o artigo 5º, n.º 2, abre uma excepção para “serviços cuja execução seja efectuada através de uma técnica de comunicação à distância, quando tais serviços forem prestados de uma só vez, e facturados pelo operador de técnica de comunicação”.



durável” à disposição do consumidor. Para as informações serem acessíveis, têm de estar disponíveis mesmo posteriormente. Assim, compreende-se a exigência de um “suporte durável”. A Directiva sobre contratos à distância não contém qualquer definição correspondente, mas parece poder recorrer-se aqui à noção de “suporte duradouro” do artigo 2.º, alínea f), da Directiva 2002/65/CE, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores: “qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas” – segundo o considerando 20 desta Directiva 2002/65/CE, incluem-se aqui “nomeadamente, disquetes informáticas, CD-ROM, DVD e o disco duro do computador do consumidor que armazene o correio electrónico, mas não incluem sítios na *Internet*, salvo se estes preencherem os critérios contidos na definição de suporte duradouro”.

Também na *Directiva sobre o comércio electrónico* podemos reconhecer nalgumas normas o princípio da acessibilidade à informação. Assim, o artigo 5.º, n.º 1, prescreve que as informações do prestador de serviços deve facultar um “aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente” às informações. Na conclusão de contratos por via electrónica, o artigo 10.º dispõe que o prestador de serviços deve informar sobre se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível, bem como “os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos”. Nos termos do n.º 3, os termos contratuais e as cláusulas contratuais gerais fornecidos ao destinatário têm de o ser numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los” – o que vale também para contratos que sejam celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente. E também quando usem técnicas de comunicação comercial que não sejam empregues directamente para a celebração de um contrato, as condições a preencher para

participar em concursos ou jogos promocionais (os quais devem ser claramente identificáveis como tal) devem ser *facilmente acessíveis* e apresentadas de forma clara e inequívoca.

#### d) Tempestividade

Uma última exigência comum aos diversos deveres de informação<sup>18</sup> é a que diz respeito ao momento da sua transmissão: a informação deve ser fornecida atempadamente – “em tempo útil”. Assim, ao consumidor têm de ser prestadas informações sobre a finalidade negocial do contrato e os detalhes desta logo na fase da formação do contrato – isto é, *antes* da sua conclusão.

Isto significa, para a informação prévia prevista na Directiva sobre contratos à distância, que ela tem de ser fornecida “em tempo útil e antes da celebração de qualquer contrato à distância” (artigo 4.º, n.º 1). No que diz respeito à confirmação por escrito das informações, o consumidor tem de a receber em “tempo útil na execução do contrato e o mais tardar, no que diz respeito a bens que não tenham que ser entregues a terceiros, no momento da entrega” (artigo 5.º, n.º 1).

Na Directiva sobre o comércio electrónico, o artigo 10.º, n.º 1, prescreve que as informações têm de ser fornecidas “antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço”.

### C) Sanções para a violação de deveres de informação

Nem na Directiva sobre contratos à distancia, nem na Directiva sobre o comércio electrónico se prevêm *sanções* relacionadas com o contrato celebrado, ou a celebrar, para a violação dos deveres

---

<sup>18</sup> Evidentemente, seria possível distinguir outros princípios, numa análise mais detalhada ou “fina” das regras em questão. Para os presentes efeitos, destinados a uma descrição do *acquis communautaire* na matéria em causa, entendemos que basta a diferenciação que efectuámos. Para uma distinção de outros princípios, cf. H. FLEISCHER, loc. cit., *supra*, na nota 15.

de informação que elas impõem. As sanções contratuais e pré-contratuais foram, assim, deixadas às ordens jurídicas nacionais. Creio que isto representa um obstáculo de peso à possibilidade de aproveitar as regras sobre informação contidas nessas Directivas para a elaboração de um conceito jurídico-comunitário de contrato ou, sequer, de processo de formação do contrato – ou, mesmo, sequer, de responsabilidade na formação do contrato. Além disso, porém, pode também duvidar-se de que uma tentativa de harmonização apenas a partir das previsões de deveres de informação faça verdadeiramente sentido, pois a harmonização que se conseguirá será sempre bastante limitada. Em vez desta abordagem, poderia ter-se adoptado uma outra, que partisse das sanções ou efeitos – dos *remedies* –, recuando até às exigências informativas. Como justificação para a falta de um *regime dos efeitos jurídicos* da violação de deveres de informação, adianta-se por vezes a especificidade do processo de harmonização do direito europeu mediante Directivas, bem como, sobretudo, as grandes diferenças a respeito desses efeitos, entre as ordens jurídicas dos Estados-membros. É caso, porém, de perguntar se é de todo em todo *possível* uma harmonização real e efectiva do regime dos deveres de informação sem uma disciplina dos efeitos da sua violação que se relacionem com o contrato ou com o processo da sua formação.

### I. Suspensão do início do prazo de “rescisão”

Em todo o caso, no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva sobre os contratos à distância não deixou de se prever um efeito jurídico: o *dies a quo* do prazo de sete dias úteis para a “rescisão” do contrato é suspenso até ao cumprimento dos deveres de informação. Assim, se estes deveres não forem cumpridos, este prazo irá até três meses contados a partir do dia da recepção dos bens pelo consumidor, ou, em relação a serviços, a partir do dia da celebração do contrato. Se as informações forem transmitidas dentro deste prazo de três meses, o prazo de sete dias em questão inicia-se no momento do cumprimento.

A partir desta Directiva, bem como de outras normas correspondentes de outras Directivas – vejam-se o artigo 5.º, n.º 1, da referida Directiva sobre negócios concluídos fora do estabelecimento comercial e o artigo 6.º, n.º 1, da também já citada Directiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros ao consumidor –, poderá, assim, extrair-se o seguinte *princípio* relativo aos efeitos do não cumprimento dos deveres de informação previstos no direito comunitário em vigor: quando, segundo este, existir um dever de informação, a sua falta de cumprimento tem como efeito, pelo menos, a *suspensão do início do prazo* para o exercício de um direito de revogação (ou “rescisão”, como por vezes se diz) do contrato, até esse cumprimento (trata-se, pois, de uma suspensão do prazo até um seu termo inicial).

## II. Outros “meios adequados e eficazes”

Não estão previstas no direito comunitário em vigor outras sanções para a violação de deveres de informação. O artigo 11.º da Directiva sobre contratos à distância vincula, porém, os Estados-membros a introduzir “meios adequados e eficazes para que seja respeitado o disposto” na Directiva, incluindo, evidentemente, as exigências de informação. Estas medidas incluem possibilidades de acção desencadeada por entidades públicas ou por representantes dos consumidores, que têm um interesse legítimo na sua protecção. E incluem, especialmente, a possibilidade de previsão de acções inibitórias colectivas.

Do artigo 11.º, n.º 3, da Directiva sobre contratos à distância resulta também a possibilidade de uma *inversão do ónus da prova* do cumprimento regular do dever de informar, e esta solução afigura-se-me, aliás, a melhor (designadamente, se o fornecedor e o consumidor se encontram já numa “relação especial”, como normalmente será o caso a partir do início do processo de formação do contrato). Não deve, em regra, ser o consumidor a ter de fazer a prova negativa de que não lhe foram fornecidas as informações exigíveis, antes, pelo contrário, o ónus da prova do fornecimento da informação deve recair sobre o profissional.

Não estão previstas *sanções pecuniárias* para a violação de deveres de informação. E também não existe a previsão de qualquer *vinculação*, pelo menos para fins indemnizatórios (pois em espécie seria mais dificilmente concebível), a informações erradas (tal vinculação a informações encontra-se, porém, prevista, como se sabe, na Directiva sobre viagens organizadas e na Directiva sobre garantias na venda de bens de consumo). Como efeito jurídico da violação de deveres de informação não se prevê nem uma responsabilidade especial nem, sequer, se remete expressamente para as regras das ordens jurídicas dos Estados-membros sobre indemnização por culpa na formação dos contratos. Embora estas últimas devam normalmente ser aplicáveis segundo as ordens jurídicas nacionais, a verdade é que não se detecta, assim, qualquer regime jurídico-comunitário da *culpa in contrahendo*, apesar de a violação de deveres de informação poder causar danos e de a previsão destes deveres também ter como função a prevenção destes danos.

Os deveres de informação são um meio de protecção do consumidor, e estão em harmonia com a política comunitária de transparência no mercado, para protecção do consumidor. Estes deveres servem, por outro lado, também para prevenir a verificação de vícios ou faltas de vontade, e reforçam, assim, as condições funcionais da autonomia privada – conclusão, esta, que pode perfilhar-se, mesmo sem entrar na discussão aprofundada da questão de saber se os deveres pré-contratuais visam, como regras de responsabilidade, apenas a prevenção de *danos*, e o seu ressarcimento, caso ocorram (e de que tipo de prejuízo há-de aqui tratar-se), ou, também, simplesmente, tal como o regime dos vícios da vontade, a protecção do exercício da autonomia privada na formação do contrato. Em vez, porém, de partir das *consequências concretas* da falta das informações exigidas, e de prever a anulabilidade por viciação da vontade, as referidas Directivas – como também alguns regimes nacionais, sobretudo no domínio da protecção do consumidor (assim, por exemplo, o artigo 8.º, especialmente os n.ºs 1 e 4, da Lei de Defesa dos Consumidores portuguesa) – preocupam-se apenas *com os pressupostos*, e prevêem para tal deveres de informação cuja teleologia é também a protecção da formação da

vontade. Isto pressupõe, naturalmente, uma “tipicização”, em certa medida, das situações em que se tornam mais prementes os problemas da formação da vontade, e significa, designadamente, também que o legislador, muitas vezes, procura prevenir logo a *simples colocação em risco* da formação esclarecida da vontade, e, assim, da autonomia privada, *antecipando* a disciplina para um momento *anterior* ao da sua efectiva lesão.

#### D) Conclusão

À guisa de conclusão pode dizer-se que é difícil retirar do regime dos deveres de informação que se contém nas Directivas sobre contratos à distância e sobre o comércio electrónico elementos que possam integrar uma concepção jurídico-comunitária de contrato, da formação do contrato, ou da responsabilidade nesta formação. Podemos, ainda assim, a partir da previsão dos diversos deveres de informação, falar como que de uma “tendência” para perspectivar e disciplinar a conclusão do contrato, não *uno actu*, como um fenómeno momentâneo, mas antes como um *processo*, em cujo início e momento impulsionador a informação desempenha um papel essencial. O principal obstáculo à obtenção de resultados a partir das normas comunitárias referidas, que tratam do problema da informação e contendem com o modelo de contrato e de formação do contrato, reside na falta de um regime especificamente comunitário, que seja minimamente denso, dos efeitos jurídicos da violação dos deveres de informação pré-contratuais.

Apesar dessa falta, cumpre, porém, a meu ver, sublinhar que se deve claramente privilegiar a via dos deveres de informação, como meio para a manutenção ou reconstituição das condições da autonomia privada – dos pressupostos para uma actuação conformadora em verdadeira autonomia privada, materialmente entendida. E isto, como meio de protecção, não apenas da liberdade de *celebração*, mas também da liberdade de *modelação do conteúdo* dos contratos, designadamente, em relação a alternativas como a

de um controlo directo do conteúdo dos contratos,<sup>19</sup> não só por razões de praticabilidade, como também devido ao próprio princípio da proporcionalidade. Pois a previsão de deveres de informação deixa ainda às partes, tanto quanto possível, a sua liberdade de conformação do conteúdo do contrato, e, assim, também o espaço para uma certa “alocação” de recursos pelo mercado, que se revelou bem mais *eficiente* – e mesmo, globalmente considerada, mais *justa* – do que a alternativa de uma decisão central, coactiva, do Estado, sobre cada um dos conteúdos contratuais permitidos ou a executar.

---

<sup>19</sup> Assim S. GRUNDMANN, ob. cit. (n. 6), p. 1137.

# VENDAS COM PREJUÍZO

CAROLINA CUNHA

Assistente da Faculdade  
de Direito de Coimbra

## 1. Enquadramento jurídico das vendas abaixo do custo

### *a) Introdução: liberdade de fixação do preço e regimes restritivos*

O *preço* é um factor de concorrência fundamental entre as empresas, uma variável estratégica crucial na saudável competição entre elas. E ninguém questionará, como ponto de partida, a importância da *liberdade de fixação de preços reconhecida a cada empresa*, quer enquanto regra básica de funcionamento dos mercados (no plano económico), quer enquanto refracção do princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica (no plano normativo).

A liberdade de fixação de preços pelas empresas sofre, todavia, *restrições legais*, justificadas pela necessidade de a compatibilizar e articular com outros valores ou interesses dignos de tutela jurídica. Existem, na verdade, inúmeros regimes que incidem restritivamente, quer *a priori*, quer *a posteriori*, sobre a faculdade de as empresas determinarem a quantia a cobrar pelos produtos que comercializam – desde as normas sobre preços máximos, preços fixos ou margens de comercialização fixas<sup>1</sup>, a todos os mecanismos de direito civil

---

<sup>1</sup> Veja-se o quadro geral fornecido pelo Decreto-Lei n.º 329-A/74, de 10 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro, e pela Portaria n.º 650/81, de 29 de Julho.



que podem conduzir a uma concreta modificação do preço inicialmente estabelecido<sup>2</sup>, passando, naturalmente, pelas regras de defesa da concorrência<sup>3</sup>.

De todo o modo, como pressuposto metodológico de abordagem, convém reter que, neste como em outros domínios, a regra é a liberdade e são as restrições que aparecem como excepção, o que faz ressaltar, naturalmente, a necessidade de as alicerçar numa justificação segura.

### *b) Relevância jurídica das vendas abaixo do custo*

De entre o universo de situações que nesta área são passíveis de ocorrer, interessa-nos, em particular, a questão da fixação de um *preço de venda inferior ao custo* em que a empresa teve de incorrer para obter o bem que agora pretende transaccionar. Numa fórmula sucinta, interessa-nos o problema das *vendas abaixo do custo*<sup>4</sup>.

Esta simples situação de facto é susceptível de, por si só, desencadear a aplicação de *diversos dispositivos legais*, cada um deles inspirado pela defesa de diferentes valores ou interesses.

Cabe destacar, em primeiro lugar, o regime do art. 6.º da Lei de Defesa da Concorrência, aplicável sempre que se esteja face a um *abuso de posição dominante* consubstanciado na adopção de um *comportamento predatório* – tipicamente, a situação em que uma empresa com apreciável grau de poder de mercado desce (temporariamente) os seus preços de venda abaixo do nível dos custos, com vista a eliminar concorrentes. Em causa está a tutela

---

<sup>2</sup> Estamos a pensar, por exemplo, nos vícios da vontade (muito em particular, no erro, dolo ou coacção incidentais, bem como no regime da modificação dos negócios usurários); no instituto da alteração das circunstâncias; ou, ainda, nas regras sobre redução do preço contidas no regime da compra e venda.

<sup>3</sup> Em particular, pela Lei de Defesa da Concorrência - Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

<sup>4</sup> Sem procurar, aqui, circunscrever os conceitos de «preço de venda» ou de «custo», nem, tão pouco, de estabelecer qualquer clivagem entre empresas de produção e empresas que se dedicam à revenda.

de um *interesse geral na preservação da estrutura concorrencial do mercado*, através da repressão de condutas que tenham como objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Em segundo lugar, importa referir a disciplina da *concorrência desleal*, contida no art. 317.º do Código da Propriedade Industrial<sup>5</sup>, aplicável se a venda abaixo do custo consubstanciar um *acto de concorrência* subsumível à cláusula geral, seja na modalidade de acto de agressão a um concorrente, seja na modalidade de acto nocivo à ordenação geral do mercado<sup>6</sup>. Aqui já se visa salvaguardar *padrões de lealdade e honestidade* tidos por desejáveis no âmbito das actividades económicas, ainda que, subsidiária ou reflexamente, também se tutelem os concorrentes e os consumidores<sup>7</sup>.

Aplicável poderá, igualmente, ser o regime das *vendas com redução de preços, saldos e liquidações*<sup>8</sup>, caso a alienação seja feita dentro de certas condições com o objectivo de obter o escoamento acelerado dos produtos. O dispositivo pretende proteger *os interesses do consumidor* em face dos os riscos que comportam situações aparentemente benéficas; sem esquecer, em segunda linha, a defesa da *transparência* e de uma certa lisura nas práticas comerciais, bem como o objectivo de *possibilitar o controlo* de algumas delas pelas autoridades competentes.

Por fim, há a considerar o regime da *venda com prejuízo*<sup>9</sup>, sempre que estejamos perante a revenda de bens por preço inferior ao seu preço de compra efectivo. É esta a disciplina cuja (breve) análise nos vai ocupar.

<sup>5</sup> Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março.

<sup>6</sup> Cfr., designadamente, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência desleal*, AAFDL, Lisboa, 1994, em especial pp. 158, ss., e 184, ss.. Sobre a concorrência desleal, ver também ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2000.

<sup>7</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, pp. 458, ss., e 461, ss.

<sup>8</sup> Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto, arts. 1.º e ss.; arts. 8.º e ss.; arts. 10.º e ss.

<sup>9</sup> Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio, sem esquecer que as competências anteriormente atribuídas à DGCC passam a ser exercidas pela Autoridade da Concorrência nos termos do art. 5.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

## 2. O regime da venda com prejuízo

### a) *Evolução legislativa*

I – A proibição da venda com prejuízo surge, entre nós, com a aprovação do *Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto*. O legislador, constatando a «crescente vulgarização de práticas de comércio que não raro se assumem como restritivas de uma leal concorrência», pretendeu, por um lado, favorecer «uma sadia concorrência e uma transparência do mercado» e, por outro lado, «prevenir actuações que, aparentemente benéficas para o consumidor, se revelam, afinal, como nocivas»<sup>10</sup>.

O diploma articula-se em dois capítulos. O primeiro, intitulado «Das vendas com redução de preço», abrange o regime dos saldos e das liquidações, que ainda hoje se mantém em vigor. Já o segundo, sob a epígrafe «De determinadas práticas comerciais», contemplava, a par com a disciplina das vendas directas ao consumidor (vendas a retalho efectuadas por empresas industriais) ainda hoje vigente, o regime da *venda com prejuízo feita pelo retalhista ao consumidor* (arts. 14.º a 16.º).

O art. 3.º do *Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro*, veio estender a disciplina da *venda com prejuízo às relações entre agentes económicos*. A sede normativa é, desta feita, o diploma que regulamenta as chamadas práticas individuais, «que de *per se* constituem comportamentos menos transparentes embora sem efeitos graves a nível de concorrência»<sup>11</sup>.

A *uniformização* do regime da venda com prejuízo veio a ser operada pelo *Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio*, que revogou os arts. 14.º a 16.º do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto e introduziu importantes alterações no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro. A disciplina deste fenómeno passou a constar de uma única norma (o referido art. 3.º), independentemente

---

<sup>10</sup> Cfr. o preâmbulo do diploma.

<sup>11</sup> Cfr. o preâmbulo do diploma.

de a venda ser feita a um agente económico ou a um consumidor. Por outro lado, o legislador aproveitou o ensejo para regular com maior detalhe alguns aspectos relevantes (v.g., o cálculo do chamado «preço de compra efectivo»).

II – Em paralelo com esta evolução substantiva, também no plano processual se foram registando algumas modificações, desde logo no que respeita às *entidades com competência* para fazer observar o prescrito quanto à venda com prejuízo. Após a unificação do regime, em 1998, a competência para a *fiscalização* pertencia à Inspeção-Geral das Actividades Económicas, cabendo a *instrução dos processos* à Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC) e a aplicação das coimas ao respectivo Director-Geral. Com a entrada em vigor do *Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro*, as competências anteriormente atribuídas à DGCC – tanto em matéria de venda com prejuízo, como no que toca às restantes «práticas restritivas» – transitaram para a recém-criada *Autoridade da Concorrência*<sup>12</sup>.

### *b) Estrutura da norma*

A figura jurídica da venda com prejuízo é actualmente regulada pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, através de um dispositivo legal relativamente simples no que toca à estrutura.

Assim, o n.º 1 do art. 3.º apresenta-se como uma *norma de proibição*, tipificando a *conduta interdita*. A transgressão constitui uma *contra-ordenação* punível com a coima fixada no art. 5.º, 1, al. a), e 2, al. a).

Os n.ºs 2 e 3 do art. 3.º completam a *densificação do comportamento proibido*, precisando o que deve ser tido em conta para aferir a respectiva ilicitude.

---

<sup>12</sup> Vejam-se os arts. 5.º, 1, al. a); 4.º, 1 e 8.º, 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

Já o n.º 4 do mesmo artigo dá guarida a um *conjunto de excepções*, ou seja, de circunstâncias em cujo contexto a conduta tipificada deixa de poder qualificar-se como ilícita.

O n.º 5 do art. 3.º, por fim, efectua a *atribuição do ónus da prova* de certos factos ao agente – *i.e.*, ao sujeito vendedor.

### *c) O fundamento do regime: valores e interesses invocados para justificar a proibição*

I – Já *no corte funcional* a análise se torna bastante mais complexa, pois não são imediatamente perceptíveis os interesses visados pela proibição da venda com prejuízo.

Partindo de uma *abordagem sistemática*, que atenda ao quadro fornecido pelo diploma em que o regime se insere, a perplexidade acentua-se. É que as restantes interdições do Decreto-Lei n.º 370/193, situam-se, com clareza, no plano das *relações verticais* entre agentes económicos e vão imediatamente dirigidas a *salvaguardar a observância de regras dotadas de um certo conteúdo ético* nas relações entre fornecedores e clientes.

Com efeito, tanto na proibição de aplicar preços ou condições de venda *discriminatórios*; como na proibição de *recusar injustificadamente* a venda de bens ou a prestação de serviços; como, ainda, na proibição de práticas negociais *abusivas*<sup>13</sup>, podemos, com facilidade, descortinar a existência de um denominador comum. Em todas estas disposições ressalta a intenção do legislador dirigida a reprimir certas *condutas* (rotuladas de «práticas individuais») que *contrariam* (e porque *contrariam*) *noções basilares de lealdade e lisura* nas relações entre agentes económicos colocados em *diferentes planos na cadeia de produção e distribuição*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Vejam-se os arts. 1.º, 4.º e 4-A do Decreto-Lei n.º 370/93. Quanto à obrigação de possuir tabelas de preços e condições de venda, constante do art. 2.º, funciona, desde logo, como um mecanismo que permite *aferir e sindicar o respeito* por aquelas proibições.

<sup>14</sup> Embora, claro, os *efeitos nocivos* de tais práticas se possam vir a *repercutir no plano horizontal*, ou seja, nas relações entre concorrentes directos – por impedir, por exemplo, que o cliente a quem foi recusada a venda do bem surja no mercado em

II – Muito mais enigmática se apresenta a prescrição do art. 3.º, ao proibir um agente económico de oferecer para venda (ou de vender) um bem – seja a outro agente económico, seja a um consumidor – por preço inferior ao seu preço de compra efectivo. Além de *não se descortinar*, aqui, imediata referência a qualquer regra de conteúdo ético nas relações entre fornecedor e cliente, não estão, *sequer*, directamente em causa apenas as relações *entre agentes económicos*. *Como se justifica*, então, a repressão da venda com prejuízo?

Neste ponto da nossa exposição, convém recordar que aceitámos, como *pressuposto metodológico*, a afirmação da *liberdade de fixação de preços* pelas empresas – liberdade que compreende, muito naturalmente, a *faculdade* de revender os bens por um preço inferior àquele pelo qual foram adquiridos.

E a consagração de regimes restritivos reveste, nesta sede, um melindre especial, dado estar em causa um *direito fundamental* (liberdade de iniciativa económica privada, art. 61.º, n.º 1 da CRP) que se tem vindo a entender possuir natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, sendo, deste modo, abrangido pela especial tutela do art. 18.º da CRP no que toca à legitimidade material das restrições legais ao seu pleno exercício<sup>15</sup>.

Redobra, assim, a pertinência da nossa interrogação: como se justifica a interdição da venda com prejuízo? Os valores ou interesses apontados como *fundamento desta proibição* organizam-se, essencialmente, em torno de três vectores: a *protecção dos concorrentes* (em particular, dos pequenos retalhistas em face da concorrência movida pelas empresas de maior dimensão); a *protecção*

---

condições de igualdade com os demais concorrentes; por colocar o cliente a quem o bem foi vendido com facilidades exclusivas (de preço, de prazos de entrega ou de pagamento) numa situação de vantagem em relação aos seus competidores; etc.

<sup>15</sup> Assim J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, em especial anotações III e IX e segs. ao art. 18.º, pp. 141, ss., e pp. 151, ss.; e ainda anotação II ao art. 61.º, pp. 326-327.

*dos consumidores* (contra técnicas de venda que comportam riscos acrescidos); e a *protecção dos fornecedores* (em particular daqueles que comercializam artigos de marca cuja reputação poderia sair diminuída).

#### **d) Perspectiva crítica**

A análise mais aprofundada destas justificações gera, todavia, algumas dúvidas. Se não, vejamos.

#### **i] Protecção dos concorrentes e dos consumidores**

I – Quando se refere a *protecção dos concorrentes*, tem-se usualmente em vista a necessidade de reprimir certas manobras de redução de preços dirigidas a forçar o abandono do mercado pelos competidores, incapazes de acompanhar a descida. Mas cabe *perguntar se*, à luz do objectivo visado, a protecção jurídica dispensada pelo regime da venda com prejuízo não será *redundante, ineficaz* ou, mesmo, *contraproducente*.

Redundante, desde logo, em face do *regime do abuso de posição dominante*. Será efectivamente necessário (ou, sequer, conveniente) controlar e reprimir a fixação de preços abaixo do custo de aquisição *quando não estejam preenchidos* os requisitos do art. 6.º da Lei de Defesa da Concorrência? Não sendo o vendedor uma empresa em posição dominante, ou não consubstanciando a determinação de um preço inferior ao custo, no caso concreto, um abuso dessa posição destinado a impedir, falsear ou restringir a concorrência no mercado relevante, *falham as razões* para uma reacção jurídica inspirada pela defesa da estrutura concorrencial do mercado.

E redundante, ainda, em face do *regime da concorrência desleal*. Será imprescindível (ou, até, oportuno) reagir contra uma situação objectiva de venda com prejuízo *quando esta não seja* ‘contrária às normas e usos honestos’ do ramo de actividade económica em causa?

Sob um outro prisma, a protecção jurídica dispensada pela disciplina da venda com prejuízo aos concorrentes afigura-se *ineficaz*: é que o mesmo resultado (afastamento dos concorrentes mais

fracos ou de menor dimensão) *pode ser licitamente prosseguido* com a fixação do preço de revenda *no limiar exacto* (ou, inclusive, *ligeiramente acima*) do preço de aquisição. Na maioria dos casos, seja por efeito de economias de escala, seja devido à dimensão dos descontos (v.g., de quantidade) obtidos dos fornecedores, tornar-se-á relativamente simples para as empresas revendedoras de certa dimensão praticar, com toda a licitude perante o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, preços que os seus rivais mais pequenos não estão em condições de acompanhar.

O regime da venda com prejuízo pode vir a revelar-se, enfim, *contraproducente* na prossecução do alegado objectivo de proteger os concorrentes mais fracos. Pois não está excluído que *um pequeno concorrente*, sem poder de mercado significativo, também possa, episodicamente, praticar a venda com prejuízo de certos produtos para atrair mais clientela. Ora a nossa lei *não faz qualquer distinção*: a norma de proibição também se aplica a estas hipóteses – o que redundará, afinal, em benefício das grandes empresas, travando comportamentos que até poderiam estimular a concorrência.

II – Já quando se assinala ao regime da venda com prejuízo a tarefa de *proteger os interesses dos consumidores*, tem-se em vista a tutela face a comportamentos aparentemente benéficos das empresas que comportam, todavia, *riscos encobertos* ou *riscos futuros* para o consumidor. Nos *riscos encobertos*, menciona-se, designadamente, a divulgação publicitária de preços que funcionam como chamariz, mas que, na realidade, se vêm a revelar diferentes dos efectivamente praticados, ou, então, que acabam por ser ‘compensados’, no saldo global da oferta da empresa, pela cobrança de preços mais elevados em outros artigos que o consumidor tem tendência a adquirir na mesma ocasião. Os *riscos futuros* prendem-se com a estratégia de eliminação de concorrentes mais fracos destinada a aumentar o poder de mercado da empresa – o que lhe permite, mais tarde, elevar consideravelmente os preços em detrimento do consumidor, que deixa de possuir alternativas para se abastecer.



De novo, cabe perguntar se, à luz destes objectivos, a protecção jurídica dispensada pelo regime da venda com prejuízo não será *redundante, ineficaz* ou, mesmo, *contraproducente*.

*Redundante*, no que toca aos *riscos encobertos*, perante a legislação de defesa do consumidor – em particular, em face do *regime dos saldos e liquidações*, o qual fornece tutela suficiente contra os principais perigos<sup>16</sup>, mas, também, no confronto com o art. 7.º, n.º 5, da *Lei de Defesa do Consumidor*<sup>17</sup>, que protege o consumidor permitindo-lhe adquirir o bem pelo preço referido na mensagem publicitária.

*Redundante*, de novo, mas agora no que respeita aos riscos futuros, à luz da tutela dispensada pela *Lei de Defesa da Concorrência*, que já reprime e sanciona os comportamentos predatórios que possibilitam às empresas em posição dominante eliminar os concorrentes e proceder à subsequente subida dos preços.

E também sob o ponto de vista da protecção do consumidor a disciplina da venda com prejuízo se mostra *ineficaz*, na medida em que os mesmos riscos (encobertos e futuros) subsistem caso o preço de revenda venha a ser licitamente fixado no limiar exacto (ou até ligeiramente acima) do preço de aquisição.

Por último, o regime em análise pode mesmo vir a revelar-se *contraproducente*, dado que o interesse dos consumidores aponta, à partida, no sentido do limiar de preços mais baixo – salvaguardada que esteja a estrutura concorrencial do mercado e reprimidas que sejam eventuais técnicas de venda enganosas, objectivos que já parecem suficientemente acautelado pelos dispositivos acima referidos.

III – Em suma, no que respeita à protecção dos interesses dos concorrentes e dos consumidores, o regime da venda com prejuízo

---

<sup>16</sup> Aliás, é bom de ver que, sempre que esteja em causa uma situação que caia sob a alçada do regime dos saldos e liquidações, *deixa de ser proibida* às empresas a venda com prejuízo – cfr. o art. 3.º, n.º 4, al. e), do Decreto-Lei n.º 370/93.

<sup>17</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

*oscila entre a ineficácia e a redundância.* Só não será assim caso se pretenda transformá-lo numa espécie de 'segundo limiar de controlo', em algo semelhante a uma 'rede de malha mais grossa' (no contraste com os exactos requisitos das leis de defesa da concorrência ou de defesa do consumidor) destinada a capturar situações consideradas *nefastas* para aqueles interesses de forma meramente *abstracta, apriorística ou potencial.* A um tal propósito, estamos em crer, falha em legitimação aquilo que sobeja em abrangência prática.

## ii] Protecção dos fornecedores

I – Não tão imediatamente exposta a este tipo de crítica parece a justificação do regime pela *protecção dos interesses dos fornecedores.* Em destaque, neste contexto, surgem os fornecedores que comercializam artigos de marca cuja reputação poderia sair diminuída pela circunstância de o revendedor os oferecer, no mercado, a um preço diminuto. O mérito de tal fundamento não sai, contudo, incólume de um exame mais detalhado.

Desde logo, sem abandonar o quadrante normativo da protecção jurídica da marca enquanto sinal distintivo, já encontramos a tutela proporcionada pelo *regime da concorrência desleal* (art. 317.º do CPI), utilizada noutros sistemas jurídicos para *combater* o perigo de quebras de reputação da marca originadas pelo preço de revenda dos produtos que a ostentam.

Por outro lado, as empresas que comercializam artigos de marca e que pretendem assegurar que a sua revenda se processe em condições favoráveis à manutenção da respectiva imagem e reputação têm *ao seu dispor* esquemas negociais específicos e adequados, como seja a *distribuição selectiva*<sup>18</sup>.

Finalmente, *se* assinalamos ao regime da venda com prejuízo o objectivo de proteger a reputação das marcas, deparamo-nos

---

<sup>18</sup> Sobre esta e outras formas de distribuição, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Direito comercial: contratos de distribuição comercial (Relatório)*, Almedina, Coimbra, 2002.

com diversas perplexidades. Desde logo, *por que motivo não se exige* que a venda com prejuízo diga respeito a um *produto de marca* e que essa marca possua uma reputação *susceptível de ser afectada* pela fixação de um preço diminuto? E por que razão *se permite* que a reputação dos produtos de marca venha, afinal, a ser afectada numa série de situações excepcionalmente contempladas? Já para não referir que o alegado dano à reputação da marca *pode ocorrer ainda que* o preço de revenda seja licitamente fixado no limiar exacto (ou até ligeiramente acima) do preço de aquisição (portanto, fora do âmbito da venda com prejuízo) – basta apenas que se trate de um preço *significativamente inferior* ao praticado pela generalidade dos concorrentes.

II – Perante a falência desta linha explicativa, cabe todavia perguntar *se, em geral (i.e., independentemente de estar em causa um produto de marca e independentemente da respectiva reputação), se destacará uma especial carência de tutela dos fornecedores* quanto à possibilidade de um seu cliente revender o produto por um preço inferior àquele pelo qual o adquiriu.

Ora, existe, em abstracto, o *risco* de tal cliente *se transformar num concorrente directo* do fornecedor: os outros clientes podem passar a abastecer-se junto dele, para beneficiar de um preço mais baixo do que o obtido na fonte.

Ao que há que somar o impacto de *eventuais reacções negativas dos restantes clientes* junto do fornecedor, suscitadas pela *desconfiança* de que este esteja a *discriminar favoravelmente*, no que toca a preços e/ou descontos, o autor da venda com prejuízo.

É certo que tais raciocínios justificativos têm o mérito suplementar de se encontrar em *sintonia* com o denominador comum das restantes proibições do Decreto-Lei n.º 370/93, subjazendo-lhe uma *concepção de lealdade nas relações verticais*. Todavia, são passíveis de outros tantos *reparos*.

Com efeito, a *possibilidade de uma concorrência directa* está à partida comprometida pela natural dificuldade de o «novo» concorrente vir a dispor das quantidades necessárias ao abastecimento de um número significativo de clientes. Por outro lado, o *risco* da

concorrência directa não fica totalmente arredado pela aplicação do regime das vendas com prejuízo – basta que os descontos dedutíveis ao preço da factura e *legitimamente* concedidos pelo fornecedor ao revendedor em causa sejam *superiores* aos concedidos à generalidade dos clientes (em virtude, v.g., da dimensão concretamente alcançada pelos descontos de quantidade).

Quanto à suspeita de discriminação em favor do autor da venda com prejuízo, está ao alcance dos clientes supostamente prejudicados fazer fiscalizar e cumprir o disposto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 370/93, norma que *proibe a aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios* para prestações equivalentes e que, coadjuvada pela imposição do art. 2.º do mesmo diploma (obrigatoriedade possuir *tabelas com preços e descontos*), é suficiente para tutelar os interesses em questão – incluindo o interesse do fornecedor em manter boas relações com os restantes clientes: basta que lhes faculte as tabelas e que os esclareça sumariamente (sem detalhes confidenciais) sobre a justificação dos descontos concedidos a outrem<sup>19</sup>.

### 3. O art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93

Não sendo claro *o quadro dos valores e interesses* com base nos quais a disciplina da venda com prejuízo restringe a liberdade de fixação de preços pelo vendedor, nem sequer emergindo ine-

---

<sup>19</sup> Claro que ao fornecedor *pode não convir* a prestação de semelhantes esclarecimentos, por razões de estratégia comercial. Mas, então, correndo por sua conta a decisão, por sua conta deverá igualmente correr o risco de algum azedume nas relações de negócios com a restante clientela.

Neste como em outros contextos, não é de descuidar a importância crescente assumida pela chamada *softlaw*, incluindo os códigos de conduta e de boas práticas aprovados nos seios das associações empresariais dos diversos sectores – de que é relevante exemplo o Código de Boas Práticas Comerciais assinado pela Confederação da Indústria Portuguesa e pela Associação Portuguesa de Empresas de Distribuição.

quívoco o modo como a lei pretende prosseguir os valores e interesses vulgarmente avançados a título justificação, é natural que a interpretação da lei se venha a revelar particularmente difícil e problemática.

Tentaremos, não obstante, analisar o conceito normativo de venda com prejuízo e proceder à determinação do sentido a atribuir às hipóteses em que a venda com prejuízo é excepcionalmente permitida.

### *a) Conceito de venda com prejuízo*

#### **i] O 'preço de compra efectivo' e o condicionamento da possibilidade de proceder a deduções**

Vender com prejuízo significa oferecer para venda<sup>20</sup> ou vender um bem por um preço inferior ao preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis à transacção e dos encargos relacionados com o transporte (art. 3.º, n.º 1<sup>21</sup>).

Ora preço de compra efectivo obtém-se partindo do preço constante da factura de compra<sup>22</sup> e subtraindo-lhe os descontos directamente relacionados com a transacção em causa. E é esta a operação que tem suscitados, em Portugal como no estrangeiro, as maiores dúvidas e os mais acesos litígios.

---

<sup>20</sup> Portanto, a proibição já abrange simples campanhas publicitárias que anunciem preço abaixo do limite legal. Aliás, em virtude do disposto no art. 7.º, n.º 5, da referida Lei Defesa Consumidor, «as informações concreta 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 cláusula contratuais em contrário».

<sup>21</sup> As normas doravante mencionadas sem indicação suplementar constam do Decreto-Lei n.º 370/93.

<sup>22</sup> Cfr. art. 476.º do Código Comercial que prescreve que o vendedor não pode recusar-se a entregar ao comprador a factura das coisas vendidas. Cfr. também a legislação sobre o extracto de factura (Decreto-Lei n.º 19 490, de 21 de Março de 1931), em particular o art. 3.º que determina o conteúdo do extracto e o art. 15.º que obriga a manter um livro (copiador) de facturas relativas a vendas a prazo e um outro (registo) para os extractos.

Sigamos a lei. O n.º 2 do art. 3.º submete a *possibilidade de dedução* dos descontos a uma dupla exigência. Desde logo, uma exigência *formal*: devem tratar-se de descontos *previstos na factura* – quer *directamente*, através de uma concreta identificação, quer *indirectamente*, através de remissão para o contrato de fornecimento ou para as tabelas de preços (as quais, nos termos do art. 2.º, n.º 2, enunciam «as diferentes modalidades de descontos praticados e os respectivos escalões»).

Complementarmente, a possibilidade de dedução está submetida a um requisito *temporal*: é mister que os descontos sejam *determináveis* (susceptíveis de determinação) no momento em que a factura é emitida.

## ii] Os ‘descontos directamente relacionados com a transacção’: interpretação do art. 3.º, n.º 3

I – Quanto ao *tipo de descontos* passíveis de dedução, o legislador optou por um *conceito indeterminado*: poderão ser feitos valer os *descontos directamente relacionados com a transacção* em causa (art. 3.º, n.º 2). Todavia, apressou-se em proceder à concretização do que deve entender-se por ‘descontos directamente relacionados com a transacção’ (art. 3.º, n.º 3), autonomizando *três categorias* de descontos (de quantidade, financeiros e promocionais) e enunciando um *requisito adicional* – que os descontos sejam identificáveis quanto ao produto, respectiva quantidade e período por que vão vigorar.

A *interpretação* deste art. 3.º, n.º 3, levanta *dúvidas pertinentes*. As categorias de descontos autonomizadas (de quantidade, financeiros e promocionais) correspondem a um *elenco fechado*? O elemento literal afigura-se ambivalente: é certo que o legislador não fez preceder a listagem do termo «nomeadamente» (ou de qualquer sinónimo); mas não é menos exacto que também se coibiu de acrescentar qualquer expressão inequivocamente restritiva (como «só» ou «apenas»). De qualquer modo, valem os critérios gerais da interpretação da lei: a letra é o ponto de partida e não o limite

absoluto para a fixação do sentido que deve prevalecer<sup>23</sup>. E a opção inicial por um conceito indeterminado<sup>24</sup> parece-nos compatível com a possibilidade de a experiência concreta vir a desvendar a existência de *outros* ‘descontos directamente relacionados com a transacção’, *para além* dos descontos de quantidade, financeiros ou promocionais.

II – A segunda dúvida prende-se com a *abrangência* do requisito adicional de que os descontos sejam identificáveis quanto ao *produto*, respectiva *quantidade* e *período* durante o qual vão vigorar. A exigência pretende aplicar-se a *qualquer desconto* de quantidade, financeiro ou promocional ou *apenas* a estes últimos? Uma vez mais, a redacção da norma não é decisiva, comportando ambos os entendimentos. Contudo, desde um ponto de vista racional-teleológico, somos conduzidos a optar pela *restrição do requisito aos descontos promocionais*, pois a sua aplicação aos descontos de quantidade e financeiros conduz a *resultados redundantes ou incompreensíveis*. Se não, vejamos.

Um *desconto de quantidade* cifra-se num abatimento ao preço-base de um produto ou de um lote de produtos, abatimento que progride em razão directa das quantidades transaccionadas. Estão, portanto, implícitas no próprio conceito de ‘desconto de quantidade’ as noções de ‘quantidade’ e de ‘produto’. Quanto à ideia de ‘período de vigência’ não faz, neste contexto, grande sentido: o desconto opera, nos termos acordados pelas partes, sempre que se atinja o limiar quantitativo fixado.

Já um *desconto financeiro* (v.g., 10% sobre o preço-base) nada tem que ver com as noções de ‘quantidade’ ou de ‘período de vigência’, embora traga implícita a identificação do ‘produto’ ou de um lote de produtos (pois o preço-base consistirá, necessariamente, no preço de um conjunto de produtos transaccionados).

---

<sup>23</sup> Ver, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 181, ss..

<sup>24</sup> Sobre o sentido da opção legislativa por conceitos indeterminados, ver, por exemplo, C. MOITA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 60-64.

Concluimos, assim, que o requisito adicional da identificação quanto ao produto, quantidade e período de vigência *apenas cobra sentido útil quando reportado aos descontos promocionais*. A ideia de 'promoção' traduz o objectivo do desconto, não o seu *modus operandi*. Por isso *se torna imprescindível esclarecer* qual o produto alvo da promoção, durante que período ela estará em vigor e, eventualmente, para que *stock* ou quantidade de mercadoria.

### ***b) Algumas interrogações sobre o conceito de venda com prejuízo***

A análise do dispositivo legal sobre a venda com prejuízo suscita-nos algumas reflexões – e outras tantas interrogações – no que toca à escolha dos conceitos operativos que dão corpo à proibição.

#### **i] Preço de compra efectivo e preços predatórios**

A primeira é a de que, curiosamente, «vender *sem prejuízo*» não significa *vender com lucro*, nem sequer *vender com lucro zero* ou *vender ao nível do custo*. Com efeito, para fugir à interdição, basta à empresa vender exactamente ao mesmo preço pelo qual comprou, acrescido de impostos e eventuais custos de transporte. Não se exige a adição proporcional dos chamados *custos variáveis* nem dos *custos fixos* (que englobam, em conjunto, despesas com trabalhadores, energia, juros, amortizações, etc.<sup>25</sup>) – não se exige, enfim, a repercussão, no preço de venda, do conjunto dos encargos necessários para colocar a empresa a funcionar.

---

<sup>25</sup> Nos *custos fixos*, é comum englobar conjunto de despesas que continuam a pesar mesmo que a empresa não esteja em laboração – nomeadamente, os juros dos capitais investidos, as rendas de terrenos e edifícios e os encargos com a depreciação ou amortização de equipamentos; *custos variáveis* são os que oscilam «com o volume de produção, sendo nulos quando a fábrica está parada e crescendo à medida que a laboração aumenta» – assim F. PEREIRA DE MOURA, *Lições de economia*, 4ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1986, p. 137 e p. 138.



Já no que respeita à determinação de um *preço predatório* – com vista a apurar, desde logo, a existência de um *abuso de posição dominante*<sup>26</sup> – são fulcrais as noções de custos variáveis médios e de custos fixos médios. Dito de forma sucinta, é necessário apurar quanto custa, em média, à empresa, aquele produto que oferece no mercado; se cobra um preço inferior ao custo (ou pelo menos, inferior ao custo variável médio), é usual<sup>27</sup> que o preço se qualifique como predatório.

Em termos práticos, esta falta de coincidência entre os limiares de preço relevantes para efeitos de venda com prejuízo e de abuso de posição dominante significa que o primeiro destes regimes *só* vai aplicar-se a hipóteses que *já* cairiam, por definição, sob a alçada do segundo. Sob este prisma, é patente uma nota de redundância. Mas, por outro lado, basta que seja detectada uma situação de venda com prejuízo para que a proibição do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93 actue, *sem mais* – enquanto que, sob a égide da Lei de Defesa da Concorrência, teria de proceder-se a averiguações relativas ao poder de mercado da empresa, ao carácter abusivo do comportamento ou ao seu efeito sobre a concorrência.

O contraste entre ambos os regimes faz, a nosso ver, ressaltar o *carácter híbrido e porventura dispensável* da disciplina da venda com prejuízo quando defendida com base em razões próximas das que inspiram os diplomas de defesa da concorrência<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. *supra*, ponto 1.a).

<sup>27</sup> Embora não totalmente incontroverso. Sobre a aplicação desta fórmula, conhecida como o «Areeda/Turner test», e sobre o problema dos preços predatórios em geral, podem ver-se VALENTINE KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 6ª ed., Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 103-107; LAWRENCE A. SULLIVAN, *Handbook of the law of antitrust*, West Group, 1977, pp. 108, ss.; e, finalmente, PHILLIP AREEDA/ LOUIS KAPLOW, *Antitrust analysis – problems, texts, cases*, 5ª ed., Aspen Law & Business, New York, 1997, pp. 508, ss.

<sup>28</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, em especial no ponto 2. d)l].

## ii] Descontos indirectamente relacionados com a transacção

A segunda interrogação diz respeito ao critério que delimita o tipo de descontos susceptíveis de relevar para o apuramento do preço de compra efectivo. Por que razão não podem ser deduzidos os descontos que *ainda estão relacionados com a transacção*, embora *de forma indirecta*? Pense-se, por exemplo, nos vários descontos previstos no contrato de fornecimento – que enquadra normativamente todos os posteriores negócios de compra e venda (as ‘transacções em causa’) – e que não dependem, na sua concessão ou determinação, de *uma* específica compra. Se tais descontos têm origem na relação jurídico-negocial das partes, da qual promana, igualmente, cada um dos concretos fornecimentos; se correspondem, na dinâmica da empresa revendedora, a economias derivadas daquela relação de abastecimento, por que motivo impede a lei que sejam subtraídos ao valor final a cobrar pelo produto?

Eventuais *dificuldades de cálculo* poderiam ser resolvidas através de fórmulas adequadas, que evitassem duplicações distribuindo os descontos indirectos por um determinado segmento de transacções concretas – logo, não subsistiriam como justificação bastante para uma nua proibição.

A única explicação que se descortina, em abstracto, para a circunscrição dos descontos dedutíveis aos que estejam directamente relacionados com a transacção é uma *razão de simetria*: se *não se obriga* a empresa a ter em conta os *encargos* indirectamente relacionados com a venda (em particular, os custos variáveis e fixos), também *não se permite deduzir as economias* indirectamente relacionadas com ela.

Semelhante explicação, todavia, enferma de um formalismo que não convence. E não convence porque lhe *falta*, como horizonte legitimador, *um fundamento credível*. Fossem os objectivos da proibição da venda com prejuízo perfeitamente nítidos e disporíamos de um padrão seguro para avaliar os mecanismos predispostos para os alcançar. Como não é isto que sucede<sup>29</sup>, ficamos sem

<sup>29</sup> Cfr. as críticas que tecemos *supra*, no ponto 2. d).

critério firme para sindicar a bondade da opção legislativa pelo tipo de descontos relevantes.

Ora, em tal situação de impasse, e partindo (recorde-se) do *pressuposto metodológico* da liberdade da empresa na fixação dos preços, *não se compreende* a razão de ser da impossibilidade de o revendedor subtrair ao preço da factura outras economias que ainda estejam – mesmo que só – indirectamente ligadas à ‘transacção em causa’.

### iii] Descontos posteriores à emissão da factura

A terceira e última interrogação prende-se com a *rigidez da interpretação prevalecente*<sup>30</sup> quanto o momento relevante para a ocorrência do desconto dedutível: *a data de emissão da factura*. Não questionamos que seja o *momento natural* para se apurar quais os abatimentos concedidos, no sentido em que é normalmente com a emissão da factura que se procede à concretização da quantia a pagar pelo comprador, indicando-se exactamente o que deve ser subtraído ao preço-base. Mas a prática negocial não se compadece com esquemas rígidos ou demasiado simplistas.

Recordemos que as transacções se inserem, vulgarmente, no quadro de um *contrato de fornecimento*, o qual estabelece uma *relação jurídica duradoura* entre as partes. Ora os actos de execução desse contrato-quadro sucedem-se no tempo, seguindo o esquema normativo previamente acordado, e não correspondem a operações estanques – como a lógica daquela interpretação prevalecente parece supor.

Daí que, com alguma frequência, nos deparemos com descontos *antecipadamente previstos* (no contrato e/ou na factura) mas que *só se vêem a concretizar num momento posterior* ao da emissão da factura – pense-se nos descontos de quantidade apurados sobre o volume de aquisições de um trimestre, os quais, independentemente do número de transacções ocorridas, só se tornam líquidos no final do período.

---

<sup>30</sup> Ver *infra*, ponto 6.

Por outro lado, é também relativamente comum que o 'deve e haver' das partes numa relação de fornecimento seja lançado numa *conta corrente*, o que potencia aquele desfasamento temporal entre cada uma das transacções e os descontos que lhe vão associados<sup>31</sup>.

Neste contexto, inclinamo-nos para uma interpretação que permita a dedução dos descontos *previstos desde o momento da emissão da factura*, mesmo que a sua *concretização* (antecipadamente certa ou meramente eventual) apenas venha a ter lugar *num momento posterior*. Com uma limitação importante: caso o desconto a conceder seja de *natureza eventual* (v.g., um abatimento que apenas sobrevenha atingido o limiar *x* de aquisições durante um dado período), a fixação do preço mais baixo só deve produzir-se *após* a concretização do desconto (*i.e.*, só deve ser possível repercuti-lo no 'preço de compra efectivo' após o momento em que se torna certo).

Apenas uma interpretação nestes moldes se harmoniza com os *dados legais* – o art. 3.º, n.º 2, exige que, no momento em que a factura é emitida, os descontos sejam *determináveis*, quer dizer, *susceptíveis de determinação*; não requer, ao invés, que se encontrem cabalmente *determinados* – e cobra sentido em face da *realidade práctico-jurídica* a que esses dados legais vão dirigidos – a outorga de descontos no âmbito de relações de negócios duradouras, emergentes de um contrato-quadro e frequentemente associadas a uma conta corrente.

Registe-se, por último, que a *atribuição de relevo a um evento superveniente* que permita deduções no preço de compra efectivo

---

<sup>31</sup> O regime da contra corrente (contrato previsto e regulado pelos arts. 344.º e ss. do Código Comercial) prescreve que apenas é exigível o *saldo* dela resultante (art. 346.º, n.º 4) e que só o encerramento da conta corrente «fixa invariavelmente o estado das relações jurídicas das partes», pelo que, antes desse encerramento, «nenhum dos interessados será considerado como credor ou devedor do outro» (art. 350.º). Ou seja, é o próprio quadro legal a dar expressão jurídica à ideia de *liquidação meramente periódica*, tão consentânea com um contrato de duração como é o de fornecimento. Pouco avisado teria sido o legislador de 1993 se houvesse pretendido regular aspectos de tal realidade jurídico-comercial sem atender à sua efectiva consistência, nem, tão-pouco, à disciplina da conta corrente que há mais de cem anos sobre ela incide.

*não é estranha ao regime da venda com prejuízo.* Atente-se na excepção consagrada na alínea c) do art. 3.º, n.º 4: sempre que o reaprovisionamento dos bens ‘se efectue a preço inferior’, permite-se a fixação de um novo (e mais baixo) preço de revenda para os *stocks* existentes, *i.e.*, para bens adquiridos ainda ao preço antigo (mais elevado)<sup>32</sup>. Ora, se isto é assim para um evento superveniente (descida do preço no reaprovisionamento) que não corresponde propriamente a um desconto e que nem sequer é determinável no momento da emissão da factura, *por maioria de razão* deve ser admitida a dedução de descontos *ab initio* previstos, ainda que só supervenientemente se venham a concretizar.

**c) As excepções: situações em que é permitida a venda com prejuízo**

I – Após caracterizar o comportamento proibido, o legislador delimita um *conjunto de situações excepcionais*, em cujo contexto permite que tenha lugar a venda com prejuízo (art. 3.º, n.º 4).

Se as quisermos agrupar de acordo com um critério material, encontraremos *três categorias de excepções*: as ligadas ao produto, as ligadas à empresa e as ligadas ao mercado.

*As excepções ligadas ao produto* constam das alíneas a) e b) do art. 3.º, n.º 4, encontrando-se, ainda, entre as situações contempladas pela al. e) do mesmo artigo. Assim, é permitida a venda com prejuízo de bens *perecíveis* ameaçados de deterioração rápida, tal como de bens *cujo valor comercial esteja afectado* por ter decorrido a situação que determinou a sua necessidade, por redução das suas possibilidades de utilização ou por superveniência de importante inovação técnica. Admite-se, igualmente, a venda com prejuízo de bens em época de *saldo*<sup>33</sup> e em hipóteses de *liquidação*<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> O que é «tecnicamente» logrado substituindo o anterior ‘preço efectivo de compra’ pelo ‘preço resultante da nova factura de compra’ (art. 3.º, n.º 4, al. c)

<sup>33</sup> De acordo com o Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto, entende-se por *venda em saldo* toda a venda a retalho praticada *em fim de estação* com o objectivo de renovar as existências através do escoamento acelerado com redução de preços (art. 8.º).

<sup>34</sup> De acordo com o Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto, considera-se *liquidação* a venda de bens com carácter excepcional, precedida ou acompanhada de

Em todos estes casos, a venda abaixo do limiar do preço de compra efectivo serve o interesse em acelerar ou fomentar o escoamento de *um produto cujas utilidades* (em sentido amplo) *se encontram ameaçadas ou prejudicadas*

II – As *excepções ligadas à empresa* constam da alínea e) do art. 3.º, n.º 4, e correspondem, praticamente, ao complexo de hipóteses que legitimam a venda com redução de preços na modalidade de *liquidação*<sup>35</sup>.

Salvaguarda-se, aqui, a conveniência em acelerar ou fomentar o escoamento da totalidade ou de parte das existências de um estabelecimento *para fazer face a ocorrências pontuais, com reflexo na actividade da empresa*.

III – Finalmente, nas alíneas c) e d) do art. 3.º, n.º 4, deparamo-nos com *excepções ligadas ao mercado* (amplamente entendido). Deixa de ser proibida a venda com prejuízo sempre que o reaprovisionamento dos bens se faça por preço inferior – caso em que se torna possível *vender* por um preço *inferior a x* bens que foram *efectivamente comprados* ao preço *x*. E permite-se, igualmente, a venda com prejuízo se o preço praticado se encontrar *alinhado com o de um concorrente directo*<sup>36</sup>.

---

anúncio público, destinada ao escoamento acelerado com redução de preços da totalidade ou parte das existências de um estabelecimento, verificadas que sejam certas ocorrências. De entre elas, interessa-nos (por se encontrar ligada ao produto) o caso dos danos nas existências provocados por motivo de força maior (art. 10.º, al. f).

<sup>35</sup> De onde se exclui, apenas, a situação dos danos nas existências provocados por motivo de força maior – art. 10.º, al. f), do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto (cfr. *supra*, nota 34); todas as outras hipóteses de liquidação caem dentro da categoria das excepções à proibição de venda com prejuízo por motivos ligados à empresa. Assim sucede em caso de cumprimento de decisão judicial; de cessação total ou parcial da actividade, mudança de ramo, trespasse ou cessão de exploração do estabelecimento; de realização de obras cuja natureza implique liquidação total ou parcial das existências; ou, finalmente, no caso de ocorrerem entraves importantes à actividade comercial.

<sup>36</sup> Ou seja, com o de 'outro agente económico do mesmo ramo de actividade que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento' (art. 3.º, n.º 4, al. d).

Vislumbramos, nestas situações, a prevalência de interesses relacionados com o *funcionamento do mercado* e com o *estímulo à concorrência* entre agentes económicos, permitindo que a resposta a flutuações de preços (sejam elas potenciais ou reais<sup>37</sup>) utilize o mecanismo da 'venda com prejuízo', *i.e.*, da venda abaixo do preço de compra efectivo.

Em suma, o art. 3.º, n.º 4, confronta-nos com um grupo de situações perante as quais o legislador não considerou que a pressão exercida pelos valores ou interesses pressupostos como fundamento do regime<sup>38</sup> fosse suficiente para coarctar a liberdade de fixação de preços pelas empresas. No conflito de interesses latente, decidiu a favor do vendedor, aparentemente por ter considerado que, neste conjunto de hipóteses, a venda com prejuízo surge como reacção a certas circunstâncias que, de algum modo, a legitimam. Mas, uma vez mais, é difícil sindicar a justeza da própria ponderação legislativa: não sendo firmes os alicerces da proibição, também a *ratio* das excepções carece, no contraste, de plena nitidez.

#### 4. O problema da prova do preço de compra efectivo

I – Finalmente, o n.º 5 do art. 3.º lida com algumas questões de prova. Se a imposição ao vendedor do *onus da prova relativo à*

---

<sup>37</sup> Serão *reais* na hipótese da al. d); mas tão-só *potenciais* na situação contemplada pela al. c). Isto porque a explicação porventura mais plausível para a permissão de 'venda com prejuízo' nos casos de reaprovisionamento por preço inferior deve buscar-se na 'resposta por antecipação' à possibilidade de os concorrentes, doravante, praticarem preços mais baixos (uma vez que compram, a partir daí, por preço inferior). Ainda assim, a *ratio* desta excepção não se torna absolutamente clara, pois colhe em pleno apenas se os concorrentes não dispuserem, eles próprios, de *stocks* e se, também eles, beneficiarem do novo preço de compra. De todo o modo, importa tornar claro que a permissão de 'vender com prejuízo' *não corresponde aqui a qualquer economia, sequer superveniente*. Os produtos antigos estão *realmente* a ser vendidos abaixo do seu 'preço de compra efectivo'; os produtos oriundos do reaprovisionamento *não estão* a ser alvo de qualquer venda com prejuízo.

<sup>38</sup> Cfr. a explicação crítica que deles fizemos *supra*, nos pontos 2. c) e 2. d).

*ocorrência de uma exceção* não levanta problemas de maior – dado estar em consonância com as regras gerais do direito probatório vigentes neste domínio –, o mesmo já não se pode dizer quanto à imposição, ao vendedor, do *onus da prova documental quanto ao preço de compra efectivo*.

A situação é susceptível de ser abordada de diversos pontos de vista.

Começando pela *perspectiva do vendedor*, as dificuldades são de ordem prática e prendem-se com a necessidade de a prova a produzir ser *documental*. Com efeito, o ‘preço de compra efectivo’ é igual ao preço constante da factura menos os descontos relevantes. A *factura* corresponde, inequivocamente, a um documento – cuja entrega não pode ser recusada pelo fornecedor, nos termos do art. 476.º do Código Comercial<sup>39</sup>. Já os *descontos*, todavia, podem constar não da factura, mas do contrato de fornecimento anteriormente celebrado. A dificuldade é que nem sempre esse contrato terá sido reduzido a escrito, o que impede o revendedor de produzir prova documental relativa aos descontos nele acordados<sup>40</sup>. E é esta dificuldade que desencadeia a polémica em torno da imposição, ao

---

<sup>39</sup> Fornecedor que está ainda obrigado a manter, segundo o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 19 490, de 21 de Março de 1931, um copiador de facturas relativas a vendas a prazo e um registo dos extractos. Claro que este tipo de registos de pouco aproveita ao *revendedor* que não disponha de factura, a menos que consiga fazer valer o regime do art. 43.º do Código Comercial, de modo a suscitar uma exame judicial limitado da escrituração mercantil do fornecedor. Sobre as condições de acesso à escrituração mercantil, pode ver-se J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 175-177. De todo o modo, convém não esquecer, neste particular contexto da venda com prejuízo, que a *entidade competente* para a instrução e decisão dos processos (a Autoridade da Concorrência) dispõe dos poderes suficientes para aceder *ex officio* à escrituração relevante, já que o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, obriga as empresas a «prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhe solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições».

<sup>40</sup> E a circunstância de os descontos também serem (obrigatoriamente) patentes nas tabelas de preços dos fornecedores (cfr. art. 3.º, n.º 2, e art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 370/93) pode não ser de grande auxílio, pois das tabelas *não decorre, forçosamente, quais os descontos* que vigoram no seio de uma relação negocial concreta.



vendedor, do ónus da prova documental do preço de compra efectivo.

Nada obsta a que *o contrato de fornecimento seja celebrado verbalmente*. Vigora, irrestrita, a regra geral da liberdade de forma nos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil), reforçada, aqui, pela tradicional característica da isenção de formalismo das operações mercantis<sup>41</sup>. Todavia, ao próprio direito comercial não é estranha, em particulares hipóteses, a tendência oposta (*i.e.*, a opção por um formalismo rigoroso)<sup>42</sup>, nem, tão pouco, a imposição, aos comerciantes, de obrigações relativas à formalização e documentação de factos jurídico-negociais da sua actividade<sup>43</sup>. Neste contexto, o encargo cominado pelo art. 3.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 370/93 – necessidade de manter, para futura e eventual produção de prova, um registo documental dos descontos relevantes –, poderia ser visto como mais uma manifestação deste fenómeno.

Sucede que a questão não é assim tão simples: a redução a escrito do contrato de fornecimento ou, pelo menos, das cláusulas referentes aos descontos concedidos, *não depende, única e exclusivamente, da vontade ou das diligências do revendedor*. Requer a colaboração da contraparte – o fornecedor –, que, por circunstâncias várias, pode não estar interessado em reduzir a escrito o acordo verbal. Se se tratasse de um problema de produção de prova *inter partes*, expeditamente poderiam ser mobilizados princípios como o da boa fé para lidar com eventuais atritos; mas trata-se de prova a produzir perante as autoridades competentes para a instrução de um processo de contra-ordenação, o que torna mais difícil essa convocação (mesmo que, no final, surtisse efeito, poderia requerer

---

<sup>41</sup> Manifestada, por ex., em normas como as dos arts. 396.º ou 400.º do Código Comercial. Sobre esta característica do direito comercial, A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. I, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA e de ANTÓNIO CAEIRO, policop., Coimbra, 1973, pp. 33-34.

<sup>42</sup> Cfr. A. FERRER CORREIA, *op. e loc. cit.*

<sup>43</sup> Refira-se, a título de exemplo e entre muitas outras, as obrigações previstas nos n.ºs 2 e 4 do art. 18.º do Código Comercial: ter escrituração mercantil, dar balanço e prestar contas.

o recurso aos tribunais, numa tramitação cujas delongas impediriam qualquer resultado útil quanto ao afastamento de uma eventual responsabilidade contra-ordenacional).

II – Já na *perspectiva das entidades competentes* para a fiscalização e instrução do processo o *problema* que se levanta é o do *controlo*: a ausência de suporte documental dificulta ou inviabiliza a sindicância de infracções à lei. Todavia, convém não esquecer o princípio constitucional da presunção de inocência do arguido (art. 32.º, n.º 2, da CRP). É certo que estamos no domínio das contra-ordenações – onde, mesmo constitucionalmente, as garantias são mais limitadas (art. 32.º, n.º 10, da CRP) –, mas o respectivo regime geral remete, subsidiariamente, para os preceitos reguladores do processo criminal<sup>44</sup>. Ora, uma das refracções daquele princípio é, precisamente, a *proibição de inversão do ónus da prova* em detrimento do arguido<sup>45</sup>. E é possível argumentar que, cabendo à autoridades demonstrar o preenchimento do ilícito contra-ordenacional, a prova documental do preço de compra efectivo imposta ao agente consubstancia uma inversão.

Só não será assim se virmos a prova documental relativa aos descontos (descontos que acabam por consubstanciar a pedra de toque, dado o carácter frequentemente verbal da sua estipulação) como dizendo respeito *não a um facto constitutivo* da infracção, *mas a um facto impeditivo* – caso em que, de acordo com as regras gerais sobre a repartição do ónus da prova, deixaríamos de estar perante uma inversão. Ou seja, facto constitutivo seria, no âmbito de semelhante construção, a venda por preço inferior ao constante

---

<sup>44</sup> Veja-se o art. 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as alterações subsequentes.

<sup>45</sup> Assim J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação IV ao art. 32.º, pp. 203-204; sobre a aplicação da «constituição processual criminal» ao ilícito de mera ordenação social, veja-se a anotação XIII ao mesmo artigo, p. 208, onde os Autores defendem que «algumas das garantias de defesa fazem parte do cerne do princípio do Estado de direito democrático, pelo que não podem deixar de ter-se por inerentes a todos os processos sancionatórios, qualquer que seja a sua natureza».

na factura; os descontos que fizessem baixar o preço de compra efectivo ingressariam na categoria dos factos impeditivos.

Esta solução, porém, não parece muito consentânea com a noção de venda com prejuízo, a qual se apoia num *conceito unitário de preço de compra efectivo*: preço da factura subtraídos os descontos relevantes.

III – De tudo isto ressuma mais uma debilidade do regime da venda com prejuízo. Adoptando *um ponto de vista prático*, propendemos para uma solução que possibilite a *prova documental dos descontos apoiada nas tabelas de condições de venda* obrigatoriamente mantidas (e facultadas) pelo fornecedor (art. 2.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 370/93), no caso de se tratar de descontos especificamente acordados em contratos verbais. Não será a solução ideal, mas parece-nos suficientemente flexível para, dentro do *espírito da lei* (exigência de um suporte probatório escrito), aplinar as *dificuldades concretas do revendedor* (não pode impor a redução do contrato de fornecimento a escrito, mas pode remeter para as tabelas praticadas pela contraparte e indicar quais os descontos de que beneficiou) e *possibilitar o controlo* pelas entidades competentes.

## 5. Contribuições do direito comparado para uma reflexão sobre o regime da venda com prejuízo

I – O direito comparado é uma fonte de sugestões e inspirações para qualquer legislador; sobretudo quando a situação de facto visada é susceptível de se replicar em outras experiências jurídicas. Ora, é usual, na distribuição moderna, os revendedores obterem dos seus fornecedores descontos que reflectem sobre o preço de revenda. Se evitarmos a tentação de efectuar importações acríticas e descontextualizadas, é da maior utilidade analisarmos alguns dos traços da resposta jurídica dada por outros sistemas<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Baseamo-nos, essencialmente, no material recolhido por LOUIS VOGEL, no estudo de direito comparado *Sale at a loss, predatory pricing, abusively low pricing in Europe and the United States*.

E parece-nos importante começar por destacar aqueles ordenamentos nos quais *vigora a ausência de uma específica proibição da venda com prejuízo*. Em países como o Reino Unido ou os E.U.A., as situações de venda abaixo do custo são examinadas no quadro dos comportamentos predatórios das empresas com certo grau de poder de mercado – ou seja, apenas no âmbito do direito da concorrência. Mesmo levando em conta a diferente cultura económico-jurídica dos países da *common law*, esta opção faz ressaltar a suficiência do direito *antitrust*, adequadamente construído e aplicado, para lidar com as hipóteses verdadeiramente nocivas de vendas abaixo do custo.

II – No espectro dos sistemas que conhecem a proibição da venda com prejuízo, são profícuos os ensinamentos colhidos na ordem jurídica alemã. A interdição é *formulada em termos abertos e complacentes*, colocando maiores exigências ao intérprete-aplicador, mas permitindo, do mesmo passo, a obtenção de resultados mais justos. Presta-se, desde logo, bastante atenção aos interesses contrapostos em cada situação concreta, sem perder de vista o eixo da liberdade de fixação de preços pela empresa; considera-se a estrutura concorrencial do mercado e a posição relativa dos concorrentes, deixando as autoridades competentes transparecer a sua falta de inclinação em penalizar sistematicamente a venda com prejuízo *que não cause dano ao processo competitivo*; muitas vezes, não chegam a ser sancionados casos que envolvam números ou valores tidos por *insignificantes*. Por outro lado, mobilizam-se critérios respeitantes à *dimensão das empresas* (a interdição só se aplica se existirem no mercado PME's susceptíveis de virem a ser afectadas) e a venda com prejuízo não é proibida se ocorrer apenas *ocasionalmente* ou se possuir uma *justificação objectiva*.

Flexível é também o sistema italiano, em cujo seio a venda com prejuízo só é reprimida *se verificar (pelo menos) uma das circunstâncias legalmente enunciadas*, a saber: caso a empresa domine 50% (ou mais) da superfície de vendas existente na província; caso a venda com prejuízo ocorra mais de 3 vezes por ano; caso dure 10 (ou mais) dias; ou caso afecte mais de 50 produtos

em simultâneo. Dito de outro modo, o sistema *tolera até um certo limiar* a prática da venda com prejuízo, reagindo apenas quando se excede tal limiar.

## 6. Análise de problemas concretos

I – Não poderíamos encerrar estas breves reflexões sobre o regime da venda com prejuízo sem referir alguns dos problemas concretos sobre os quais se tem vindo a debruçar a nossa jurisprudência, na sequência dos numerosos processos movidos pela DGCC com base no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93<sup>47</sup>.

No caso decidido pela Sentença de 13.07.2000 do 2.º Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa<sup>48</sup> e, subsequentemente, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.02.2001<sup>49</sup>, o litígio dizia respeito à qualificação e susceptibilidade de dedução, a título de desconto, de uma particular vantagem concedida pelo fornecedor.

O vendedor, sociedade proprietária de vários hipermercados, adquiriu 25 *compact discs* (CDs) a um determinado fornecedor, o qual lhe ofereceu outras tantas unidades, perfazendo um total de 50. O vendedor considerou que esta «oferta» ou «bónus» representava um desconto e procedeu à sua dedução, dividindo o preço pago pelas 50 unidades recebidas. Mas a DGCC aplicou o regime da venda com prejuízo, não reputando o «bónus» dedutível ao preço de compra efectivo.

---

<sup>47</sup> De acordo com dados disponibilizados pela DGCC em Janeiro de 2003, ao abrigo do regime da venda com prejuízo haviam sido detectadas 614 *infracções* – contra 11 *infracções* relativas à aplicação preços ou condições de venda discriminatórios, 14 *infracções* de ausência de tabelas de preços e de condições de venda, 20 de recusa de venda de bens e de prestação de serviços e apenas 1 *infracção* relativa a práticas negociais abusivas.

<sup>48</sup> 3.º Secção, ao que sabemos, inédita.

<sup>49</sup> Processo n.º 9566/2000, ao que sabemos, inédito.

O *Tribunal de 1ª Instância* deu razão à DGCC, porque, embora o bônus dos 25 CDs constasse da factura, representando uma das parcelas da transação, não estava – nem na factura, nem no contrato de fornecimento – identificado quanto à sua natureza, ou seja, classificado como desconto de quantidade, financeiro ou promocional. No entender do Tribunal, tal classificação é imprescindível, pois só ela permite que os estabelecimentos que comercializam o mesmo produto possam exercer algum controlo sobre «eventuais práticas lesivas da concorrência» e «reclamar junto do fornecedor tratamento semelhante»<sup>50</sup>.

O *Tribunal da Relação* manteve a decisão, considerando não ser lícito dividir o preço global pela quantidade total de CDs dado que uns foram vendidos e os outros oferecidos, representando, assim, «duas categorias de grandeza de desigual ordem». O «bônus» não deverá ser qualificado como desconto de quantidade mas como «oferta de quantidade», insusceptível de dedução. Para a Relação, trata-se de sindicar a actuação de empresas que, pelo seu grande poder de aquisição, conseguem bônus de quantidade que as pequenas não alcançam, o que lhes permite, sem esforço, concorrer deslealmente, aviltando os preços e destruindo as PME's.

Discordamos do entendimento perfilhado por ambos os tribunais.

No que toca à primeira decisão, somos de opinião que a factura deve possibilitar o *conhecimento* do desconto, mas *não* tem que o *qualificar* quanto à natureza<sup>51</sup>. Essa é a função do intérprete ou aplicador da lei – seja ele o agente económico que pondera deduzir o desconto, a autoridade que averigua a existência de uma infracção ou o juiz que syndica a decisão dessa autoridade. Quer se tratasse de um desconto ligado à quantidade, quer visando fins promocionais (ambas as possibilidades foram equacionadas pelos

---

<sup>50</sup> Algo que terá sido salientado, no processo, pelo depoimento do administrador da empresa que apresentou a queixa às autoridades competentes.

<sup>51</sup> Natureza que, na concepção que perfilhamos, nem tem que se reconduzir por força a uma das três categorias enunciadas na lei – cfr. *supra*, ponto 3. a) ii].

tribunais, com base nos factos carreados para o processo), o certo é que constava da factura e estava directamente relacionado com a transacção: tanto deveria bastar para fundar a legitimidade da sua dedução. Mais: se, na verdade, fosse de qualificar como desconto promocional, estava implícita e automaticamente identificado quanto ao produto (os referidos CDs), ao período de vigência (por ocasião daquela transacção) e ao *stock* abrangido (25 unidades).

Quanto à distinção entre descontos de quantidade e ofertas de quantidade, associada ao argumento de que metade dos CDs foi adquirida a título oneroso e a outra metade a título gratuito, peca, a nosso ver, por um formalismo insubsistente no plano jurídico-funcional. Se, através de um único negócio, em troca do valor  $x$  se recebe não 25, mas 50 unidades de um produto homogéneo e destinado à mesma finalidade (a revenda), cada unidade do produto tem o valor de  $x/50$  – ou seja, em termos económicos, beneficia-se de um desconto. Registe-se, aliás, que, na experiência francesa (onde tanto se inspirou o nosso legislador) é *generalizada e pacificamente admitida* a subtracção de descontos obtidos pela via da oferta de um número suplementar de produtos

Estamos em crer que o marcado formalismo da jurisprudência na abordagem desta questão se prende com a dificuldade (por nós repetidamente evidenciada) em descortinar, com segurança, o alicerce deste regime da venda com prejuízo. Com efeito, e ao contrário do que sugere a sentença, o regime das vendas com prejuízo *não serve* para evitar a prática de *condições de venda discriminatórias* – para isso existe o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 370/93; também ao contrário do que sugere o acórdão, o regime das vendas com prejuízo *não serve* para evitar a *obtenção de descontos abusivos dos fornecedores* – para isso temos o art. 4.º-A.º do mesmo diploma. Quanto à repercussão sobre os preços das economias de escala legitimamente obtidas pelas empresas de maior dimensão, não se trata propriamente de concorrência desleal, mas de simples... concorrência eficaz<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Curiosamente, no caso em apreço, temos dúvidas que a *empresa* que aparece como «símbolo» dos concorrentes prejudicados, que apresentou a queixa e que foi

II – Têm igualmente sido debatidos pela nossa jurisprudência casos relativos aos descontos previstos, não na factura, mas nas «condições gerais de fornecimento e cooperação comercial».

Mesmo considerando válida a *remissão genérica* efectuada pela factura (remissão, v.g., para «descontos decorrentes de contratos celebrados entre as partes nos termos do art. 3.º do DL 370/93»), a possibilidade de dedução tem sido *recusada* com outros fundamentos – desde logo, pela circunstância de os descontos *não estarem directamente relacionados com um concreto produto ou transacção*, dependendo do volume de negócios mensais entre as partes; ou pelo facto de os descontos *não serem susceptíveis de determinação no momento da emissão da factura*, pois só no final de cada mês serão contabilizados e lançados em conta-corrente.

Somos de *opinião favorável à dedução desta modalidade de desconto*, pelas razões que já deixamos enunciadas – tomando por pressuposto metodológico a liberdade da empresa na fixação dos preços, *não se justifica impedir o revendedor* de subtrair ao preço da factura economias que, de facto, obtém, só porque a respectiva ligação à «transacção em causa» tem cariz indirecto<sup>53</sup>; a *correcta interpretação da lei* abre caminho à dedução dos descontos *previstos desde o momento da emissão da factura*, ainda que a sua *concretização* (antecipadamente certa ou meramente eventual) apenas venha a ter lugar num momento posterior<sup>54</sup>.

III – Para terminar, cabe referir o caso decidido pela Sentença de 24.10.2000 do 1.º Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa<sup>55</sup>, de certo modo paradigmática por enunciar e debater a

---

ouvida no processo, seja, na verdade, um *pequeno concorrente* no mercado concretamente relevante. Trata-se de uma reputada sociedade que explora uma cadeia nacional de lojas especializadas na venda de CDs de música, enquanto que a arguida, recorde-se, explora uma rede de hipermercados que, entre vários outros produtos, comercializa CDs de música.

<sup>53</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. *supra*, ponto 3. b) ii].

<sup>54</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. *supra*, ponto 3. b) iii].

<sup>55</sup> 1ª Secção, tanto quanto sabemos, inédita.



possibilidade de dedução de uma série de descontos que a prática negocial tem vindo a generalizar nas relações entre fornecedores e revendedores.

A arguida, sociedade titular de uma cadeia de hipermercados, havia deduzido ao preço de compra efectivo de um conjunto de produtos *diversos bónus e descontos constantes dos acordos comerciais com os respectivos fornecedores*, assim incorrendo, no entender da DGCC, em venda com prejuízo.

Os contratos previam, designadamente, o chamado *rappel*; o bónus por garantia de tronco comum nacional; o bónus *facing* mínimo linear; o bónus de não devolução; e o bónus de organização de operações comuns especiais.

O *rappel* – caracterizado como um desconto fixo ou baseado na obtenção de um certo volume de aquisições periódico (em euros, quilos, litros, etc., podendo, eventualmente, comportar escalões) – foi qualificado, pelo Tribunal, como desconto de quantidade. Porém, apenas o desconto fixo (designado por *rappel* incondicional) obedeceria à exigência legal de ser determinável no momento da emissão da factura; e, ainda assim, o Tribunal recusou a sua dedução pelo facto de incidir, de forma genérica, sobre um conjunto de fornecimentos efectuados ao longo de certo período, não preenchendo o requisito da parte final do art. 3.º, n.º 3.

Em nossa opinião, nada haverá a obstar à dedução do *rappel* em qualquer uma das modalidades enunciadas. No que toca ao *rappel* fixo ou incondicional, a sua natureza de desconto de quantidade exime-o aos requisitos suplementares da parte final do art. 3.º, n.º 3<sup>56</sup>. Quanto ao *rappel* baseado na obtenção de um certo volume de aquisições periódico, entendemos, nos termos previamente enunciados<sup>57</sup>, que basta a sua determinabilidade em face da factura.

---

<sup>56</sup> Ver o que dissemos *supra*, no ponto 3. a) ii].

<sup>57</sup> *Supra*, ponto 3. b) iii].

Já os *restantes bônus* têm em comum a circunstância de se apresentarem, economicamente, como *contrapartidas de certas utilidades proporcionadas pelo revendedor ao fornecedor*. Assim, o *bônus por garantia de tronco comum nacional* é um desconto que surge como contrapartida da obrigação de manter nas prateleiras de todas as lojas os produtos constantes de uma lista-base (embora o desconto incida sobre todos os produtos e não apenas sobre os constantes da lista); o *bônus facing mínimo linear* é um desconto recebido por se assegurar ao fornecedor, nas lojas, uma determinada área de exposição para os seus produtos; o *bônus de não devolução* é um abatimento que representa a contrapartida de o revendedor prescindir do direito de devolução de certos produtos (v.g., os deteriorados); e, finalmente, o *bônus de organização de operações comuns especiais* é um desconto que configura a contrapartida de uma determinada promoção feita aos produtos do fornecedor.

Em todos estes casos, considerou o Tribunal que os bônus não poderiam ser deduzidos por *não se encontrarem directamente relacionados com a transacção* considerou, também, e que, em bom rigor, não representariam sequer um *desconto*, mas o *preço de uma utilidade ou serviço que o revendedor se obriga a prestar ao fornecedor* – seja essa utilidade a manutenção de um sortido mínimo, a exposição ou a promoção dos produtos, ou, ainda, a renúncia a um direito.

Quanto ao primeiro argumento, vale o que já dissemos<sup>58</sup> sobre a (des)necessidade de os descontos se encontrarem numa relação directa com a transacção.

Já o argumento de que os referidos bônus não configuram descontos, mas atribuições patrimoniais correspectivas de utilidades recebidas pelos fornecedores, suscita outra reflexão, remetendo para o próprio *conceito de desconto*. Na verdade, parece subjazer-lhe a ideia segundo a qual descontos *não são quaisquer abatimentos feitos pelo fornecedor* ao preço de venda praticado, mas, tão-só,

---

<sup>58</sup> *Supra*, ponto 3. b) ii].

aqueles abatimentos que, ancorados em critérios objectivos variados (quantidade transaccionada, promoção de produtos, etc.), visam – apenas – *fomentar o escoamento* dos produtos vendidos (e não remunerar qualquer vantagem adicionalmente obtida).

Saber se é este o conceito de desconto perfilhado pelo regime da venda com prejuízo implicaria, uma vez mais, partir de perspectiva sólida quanto aos fundamentos de tal regime; na ausência de respostas firmes, é, tão só, uma possibilidade que fica em aberto.

# O CONTRATO DE TRABALHO DE ADESÃO NO CÓDIGO DE TRABALHO: NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DO REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS AO CONTRATO DE TRABALHO

ALEXANDRE MOTA PINTO

Assistente da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

**Sumário:** 1. Nota prévia; 2. O fenómeno dos contratos de adesão na vida económica e suas consequências no conceito de contrato: a) O modelo de protecção do aderente consagrado entre nós: o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro; 3. O âmbito da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho: a) Delimitação do contrato de trabalho de adesão; b) Cláusulas contratuais abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 446/85; c) Aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais a cláusulas convencionais; 4. Breve análise da aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 ao contrato de trabalho de adesão: a) Controlo do conhecimento das cláusulas contratuais pelo trabalhador; b) “In dubio pro operario”; c) Controlo do conteúdo contratual; d) Procedimentos de controlo das cláusulas contratuais gerais.

## 1. Nota prévia

O contrato de trabalho é um dos tipos contratuais em que predomina o contrato de adesão, pelo que o Código de Trabalho, em termos oportunos, veio prever e regular o contrato de trabalho de adesão nos artigos 95.º e 96.º:

“Artigo 95.º (Contrato de trabalho de adesão)

1. A vontade contratual pode manifestar-se, por parte do empregador, através dos regulamentos internos de empresa e, por parte

do trabalhador, pela adesão expressa ou tácita aos ditos regulamentos.

2. Presume-se a adesão do trabalhador quando este não se opuser por escrito no prazo de vinte e um dias, a contar do início da execução do contrato ou da divulgação do regulamento se for posterior.

### Artigo 96.º (Cláusulas contratuais gerais)

O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspectos essenciais do contrato de trabalho em que não tenha havido prévia negociação individual, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para cláusulas de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.<sup>1</sup>”

---

<sup>1</sup> A simples comparação das normas transcritas com a norma que lhes correspondia no Anteprojecto revela que a previsão e regulamentação do contrato de trabalho de adesão não foi isenta de polémica. Era a seguinte, a previsão do contrato de trabalho de adesão no Anteprojecto:

#### “Artigo 95.º (Contrato de trabalho de adesão)

1. A vontade contratual pode manifestar-se, por parte do empregador, através dos regulamentos internos de empresa e, por parte do trabalhador, pela adesão expressa ou tácita aos ditos regulamentos.

2. Presume-se a adesão do trabalhador quando este não se opuser por escrito dentro de trinta dias, a contar do início da execução do contrato ou da divulgação do regulamento, se esta for posterior.

3. O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se ao contrato de trabalho em que não tenha havido prévia negociação individual, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para cláusulas de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.”

O denominado “Compromisso tripartido relativo à Proposta de Lei de Código de Trabalho apresentada à Comissão Permanente de Concertação Social”, celebrado entre a União Geral dos Trabalhadores, a Confederação Industrial Portuguesa e o Governo, introduziu duas importantes alterações na previsão legal do contrato de trabalho de adesão constante do Anteprojecto:

O prazo à disposição do trabalhador para se opôr ao regulamento interno (e evitar a presunção legal de adesão) diminuiu de um mês para vinte e um dias. Restringiu-se o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais que passa a aplicar-se, apenas, aos *aspectos essenciais do contrato de trabalho de adesão*.

Nas presentes notas, que têm como objecto o contrato de trabalho de adesão previsto no Código de Trabalho, pretendemos:

Apresentar o fenómeno dos contratos de adesão na vida económica, as suas consequências no conceito de contrato e o modelo de protecção do aderente consagrado entre nós, no Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro (2); delimitar o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho (3); por último, analisar alguns aspectos práticos dessa aplicação (4).

## **2. O fenómeno dos contratos de adesão na vida económica e suas consequências no conceito de contrato.**

Um dos fenómenos característicos do mundo actual consiste na massificação, que, como é óbvio, não deixou imune a esfera económico-social com relevância para o Direito. O contrato, instituto milenar e central no Direito Privado, foi arrastado nesta corrente massificadora com o surgimento dos denominados contratos de adesão, cláusulas contratuais gerais (c.c.g.), ou, ainda, noutra denominação, contratos “standard”.

As empresas, naturalmente, impõem nas suas relações jurídicas a lógica e o ritmo que lhes são próprios. Os contratos celebrados por uma grande empresa devem acompanhar o ritmo a que as suas máquinas trabalham, de forma que só através da pré-formulação do conteúdo contratual se consegue uma fácil e rápida conclusão dos contratos. Por outro lado, a uma produção “standardizada” corresponde, necessariamente, uma contratação, também ela, “standardizada” que permite racionalizar a actividade da empresa. Adapta-se a conclusão dos contratos ao plano empresarial, passando o empresário a dispor de um elemento fundamental de previsibilidade, uma vez que sabe em que condições irá ceder os seus serviços ou produtos. Simplificam-se os serviços de apoio jurídico, evitam-se desperdícios de tempo e de “energias” empresariais em negociações. Diminuem-se, enfim, os custos associados à conclusão de um elevado número de contratos. Tudo isto se consegue com o fenómeno da contratação “standard”, que ao permitir à empresa determinar o

conteúdo dos contratos que irá celebrar, lhe reserva a vantajosa possibilidade de conformar, favoravelmente, o conteúdo contratual.

Perante um sujeito que nos surge com esta força e poder, surge-nos uma contraparte fraca, cujo poder, normalmente, não vai além da possibilidade de aderir a um conteúdo contratual que lhe é imposto, colocado, pois, numa posição de verdadeiro “pegar ou largar” em que, muitas vezes, o “largar” não é verdadeira alternativa<sup>2</sup>.

Esta posição de superioridade do predisponente face ao aderente, que foi já, de forma sugestiva, intitulada “a tirania da letra miúda e da assinatura no tracejado”<sup>3</sup>, gera, não raro, consequências injustas. Porque permite a inclusão no contrato de cláusulas cujos exactos sentido e alcance não são perceptíveis ao aderente normal ou de cláusulas que, de forma desproporcionada, favorecem o utilizador. O primeiro, um problema de cognoscibilidade do conteúdo contratual pelo aderente, o segundo, um problema de equilíbrio do contrato, de equitatividade das cláusulas que foram pré-fixadas pelo utilizador.

Nesta forma de contratar, ferido de morte o seu princípio vital – o princípio da liberdade contratual –, o contrato deixa de ser um mecanismo gerador de resultados tendencialmente paritários, pelo que se reclama a intervenção da ordem jurídica para evitar os resultados mais injustos.

De forma a impedir os efeitos injustos do *abuso da liberdade de conformação do contrato*<sup>4</sup> por parte do utilizador, vários Autores

---

<sup>2</sup> Cfr. uma análise exaustiva das diversas circunstâncias que determinam a situação de inferioridade do aderente, em Joaquim de SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, págs. 341 a 349. Cfr., igualmente, António PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in R.O.A., 1986, Dezembro, págs. 742 e 743.

<sup>3</sup> Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Contratos de adesão, uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in R.D.E.S., 1973, Abril-Dezembro, pág. 124.

<sup>4</sup> Almeno de SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra, 1999, pág. 164 (sublinhado do Autor).

defenderam, entre nós, a necessidade imperiosa de uma intervenção legislativa reguladora dos contratos de adesão, apontando, aliás, experiências de direito comparado<sup>5</sup>.

**a) O modelo de protecção do aderente consagrado entre nós: o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.**

Como que ouvindo os apelos doutrinários, o legislador português veio, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, regulamentar o fenómeno das cláusulas contratuais gerais<sup>6</sup>, ficando o direito dos contratos, sempre que se verifique a contratação através da simples adesão de uma das partes a um clausulado pré-formulado pela outra parte (a mais frequente actualmente), sujeito a um controlo que lhe é imposto pela ordem jurídica.

A nossa lei seguiu o modelo da “*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*., (AGBGesetz) alemã. Assim,

---

<sup>5</sup> Salientamos Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Contratos de adesão, uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in RDES, 1973, Abril-Dezembro, que constitui, entre nós, o primeiro estudo centrado neste tema, António PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, págs. 333 a 385 (especialmente as págs. 369 a 372), António MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, 1985, vol. I, pág. 658, n. 430, e Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações* (com a colab. de J.C. Proença. J. Sinde Monteiro, J. Sousa Ribeiro, e Almeno de Sá), polic, Coimbra, 1983, pág. 100.

<sup>6</sup> Para uma análise do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, cfr. António PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in R.O.A., 1986, Dezembro, págs. 733 e segs. Para uma análise daquele regime após as alterações operadas pela transposição da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, cfr. António PINTO MONTEIRO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in R.O.A., 2002, Janeiro, págs. 1 a 32. Para uma breve análise do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e das suas sucessivas alterações, pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, cfr. a “*Nota de actualização*” ao capítulo III (*contratos de adesão*) de PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 2003, reimpressão, págs 386-a a 386-v.



começa por definir cláusulas contratuais gerais no artigo 1.<sup>7</sup>, consagrando dois níveis fundamentais de controlo: um primeiro nível que tutela o efectivo conhecimento das cláusulas pelo aderente, consagrando específicos deveres de comunicação e informação a cargo do utilizador; um segundo nível, de controlo do próprio conteúdo contratual, visa evitar a predisposição de cláusulas contratuais gerais desproporcionalmente injustas para o aderente. Este último controlo é efectuado através da previsão legal de listas de cláusulas proibidas, distinguindo-se os casos em que o aderente é um empresário ou uma entidade equiparada daqueles em que é um consumidor. Nesta última hipótese, a nossa lei dispensa uma maior protecção ao aderente, com um elenco mais vasto de cláusulas proibidas. Por fim, como uma rede de protecção do aderente para os casos em que as proibições expressamente previstas não funcionem, a lei proíbe as cláusulas contratuais contrárias à boa fé. Distingue, ainda, a lei, cláusulas relativamente proibidas e cláusulas absolutamente proibidas. Na primeira hipótese, caberá ao juiz,

---

<sup>7</sup> O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, delimitou no seu artigo 1.º o conceito de cláusulas contratuais gerais através das seguintes características: a pré-formulação, a generalidade (destinam-se a uma utilização reiterada, cfr. Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra, 1999, pág. 56, “O que releva é, pois, a finalidade intencionada com a pré-formulação, o propósito de uma utilização reiterada ou múltipla.”), e a imodificabilidade (rigidez ou permanência da oferta).

Contudo, aquela nota de *generalidade* foi posta em causa, nos Estados-Membros da União Europeia, pela Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. No seu artigo 3.º, n.º 1, exclui a generalidade como nota caracterizadora das cláusulas contratuais gerais, abrangendo, também, as cláusulas contratuais constantes de um contrato individual não precedido de negociação prévia, celebrado com um consumidor. A Directiva veio, assim, destacar a inexistência de negociação prévia, a *pré-formulação*, como o elemento fundamental do conceito que melhor se denominaria *contrato de adesão* (cfr., neste sentido, 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*, núm. 219, 1996, pág. 80, ou, do mesmo Autor, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, cit., págs. 18 e segs.).

apreciando o equilíbrio total do quadro negocial, decidir se a cláusula em análise é ou não proibida. No segundo tipo de cláusulas, a proibição é estabelecida pelo legislador com valor absoluto, não cabendo ao julgador qualquer espaço de liberdade na apreciação da respectiva validade. O desvalor que o legislador atribui àquele tipo de cláusula leva à sua proibição em qualquer circunstância. A sanção para uma cláusula proibida é a nulidade. Por último, em termos processuais, consagram-se duas formas de controlo das cláusulas contratuais gerais: uma forma preventiva e abstracta dirigida a cláusulas não incluídas em qualquer contrato singular – a acção inibitória; uma outra forma de controlo incidental que incide sobre cláusulas contratuais incluídas num concreto contrato singular.

### **3. O âmbito da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho.**

Como nos restantes domínios da vida empresarial, também quanto à gestão dos seus recursos humanos, dos seus trabalhadores, as empresas sentiram a necessidade de racionalizar e otimizar os seus recursos através da celebração de contratos em massa. As empresas optam por celebrar contratos uniformizados com os seus trabalhadores, o que lhes permite evitar desequilíbrios entre as condições de trabalho oferecidas<sup>8</sup>, pondo-as a salvo de uma violação do princípio da igualdade dos trabalhadores. Este fenómeno verifica-se com maior frequência nas organizações empresariais de grande dimensão, mas também se vai verificando nas médias e pequenas empresas, com o recurso a minutas de contratos de trabalho que os empregadores, por falta dos necessários conhecimentos e apoio jurídicos, não estão dispostos a negociar.

---

<sup>8</sup> Argumento fortíssimo para justificar a inegociabilidade das condições oferecidas aos trabalhadores a contratar.

### **a) Delimitação do contrato de trabalho de adesão.**

Nos termos do artigo 96.º do Código de Trabalho, o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se a qualquer contrato de trabalho “em que não tenha havido prévia negociação individual”, abrangendo as seguintes formas de contratar:

Antes de mais, a adesão do trabalhador a contratos padronizados formados por cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas pelo empregador. Muitas vezes, trata-se de formulários em que estão impressas as condições de trabalho, devendo o trabalhador preenchê-los com os seus dados pessoais.

Em segundo lugar, a adesão do trabalhador a uma proposta individual de contrato de trabalho pré-elaborada pela entidade patronal.

Por último, como forma específica que o contrato de adesão assume no Direito do Trabalho, a adesão do trabalhador ao regulamento interno da empresa, prevista no artigo 95.º do Código de Trabalho. O regulamento interno é um documento elaborado pela entidade patronal com dois objectivos distintos: organizar a forma como o trabalho é prestado na empresa e exteriorizar as condições de trabalho que se propõe oferecer aos seus trabalhadores (subsídios especiais, prémios de produtividade, regime de carreiras e de promoções, tempo de trabalho etc.). Este regulamento, que deve ser sujeito a parecer (não vinculativo) da comissão de trabalhadores da empresa, tem de ser comunicado à Inspeção Geral do Trabalho para registo e depósito (cfr. o artigo 153.º, n.º 4, do Código de Trabalho)<sup>9</sup>, devendo ser publicitado na empresa, designadamente, através da sua afixação no local de trabalho (cfr. o artigo 153.º,

---

<sup>9</sup> Ao contrário do artigo 39.º n.º 3 da LCT, o artigo 153.º do Código de Trabalho não exige a aprovação dos regulamentos pela Inspeção Geral do Trabalho. Contudo, a IGT se entender que o regulamento contém cláusulas contratuais proibidas pode solicitar ao Ministério Público que intente uma acção inibitória (artigo 26.º, n.º 2, do DL 446//85).

n.º 3, do Código de Trabalho), de modo a possibilitar o seu conhecimento pelos trabalhadores<sup>10</sup>.

A adesão do trabalhador às condições de trabalho expressas no regulamento pode ser convencional, caso em que se limita a assinar uma folha onde este consta ou que para ele remete, ou legal<sup>11</sup>, uma vez que o artigo 95.º, n.º 2, do Código de Trabalho estabelece uma *presunção de adesão* “tácita” do trabalhador ao regulamento interno “quando este não se opuser por escrito no prazo de vinte e um dias<sup>12</sup>, a contar do início da execução do contrato ou da divulgação do regulamento, se esta for posterior.” Neste último caso, de adesão “tácita” legalmente presumida do trabalhador ao regulamento interno, não há coincidência entre o momento em que o contrato é celebrado (início da execução do contrato) e o momento em que se dá a adesão do trabalhador às condições de trabalho que lhe são propostas no regulamento (vinte e um dias após aquela data). Ou seja, a celebração do contrato não se dá através do mecanismo da adesão. Porém, uma vez que uma parte relevante das condições de trabalho é por essa forma definida, parece-nos que ainda estamos perante um contrato de adesão.

Esta presunção legal de adesão, dita “tácita”, do trabalhador ao regulamento interno segue o regime geral das presunções, admi-

---

<sup>10</sup> Sobre o regulamento interno, cfr. João Francisco de ALMEIDA POLICARPO, *Algumas observações acerca do artigo 7.º do Decreto – Lei n.º 47 032 de 27 – 05 – 1966*, in ESC, 1968, n.º 28, págs. 127 a 132, e F.J. COUTINHO DE ALMEIDA, *Os poderes da entidade patronal no direito português*, in RDE, 1977, separata do n.º 2, 1977, pág. 312, que distingue no regulamento interno “as disposições relativas às condições do contrato de trabalho (artigo 7.º-LCT [artigo 95.º do Código de Trabalho]), cuja modificação supõe o acordo dos trabalhadores, daquelas que constituem como que a carta de disciplina e das condições técnicas de trabalho, que relevam do poder de direcção (artigo 39.º, 2,3,4,5 – LCT [artigo 153.º do Código de Trabalho]).” (sublinhado do Autor).

<sup>11</sup> Assim, Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho, vol. II, contrato de trabalho*, Lisboa, 1998, pág. 121.

<sup>12</sup> O artigo 7.º, n.º 2, da Lei do Contrato de Trabalho e o próprio Anteprojecto previam um prazo maior, de 30 dias, para o trabalhador manifestar a sua oposição ao regulamento interno.

tindo-se a possibilidade de o trabalhador a vir a ilidir ( cfr. o artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). O trabalhador que não se pronuncie contra o regulamento interno nos 21 dias posteriores ao início da execução do contrato, fica com o *onus probandi* de que, apesar desse silêncio, não aderiu às condições de trabalho corporizadas no regulamento (v.g. porque o trabalhador não sabe ler ou porque a empresa é enorme e dado o local em que o regulamento foi afixado, o trabalhador nunca topou com este).

Excluídos da sombra tuteladora do Decreto-Lei n.º 446/85 são os contratos de trabalho da *função pública* (cfr. actual artigo 3.º, alínea c)), uma vez que se encontram submetidos a normas de direito público.

#### **b) Cláusulas contratuais abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 446/85.**

O artigo 96.º do Código de Trabalho restringe a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos *aspectos essenciais do contrato de trabalho de adesão*. Esta restrição que não constava do Anteprojecto é bastante criticável.<sup>13</sup>

Porque conduz a uma difícil distinção entre aspectos essenciais e não essenciais do contrato. Porque retira grande parte da efectividade à protecção do trabalhador-aderente visada por aquele regime, protegendo, apenas, o conhecimento e o carácter equitativo de aspectos contratuais normalmente já tutelados pelo dever de informação a cargo da entidade patronal e pelas normas laborais de protecção mínima. Porque é incoerente com os motivos determinantes da inferioridade do aderente (e, claro está, da sua tutela), que se verificam, sobretudo, em relação aos aspectos não essenciais

---

<sup>13</sup> O Anteprojecto não previa esta restrição, que constitui um exemplo claro de que a negociação de normas (neste caso, através do denominado “Compromisso tripartido relativo à Proposta de Lei de Código de Trabalho apresentada à Comissão Permanente de Concertação Social”, celebrado entre a UGT, a CIP e o Governo.), muitas vezes, produz resultados defeituosos do ponto de vista jurídico.

do contrato<sup>14</sup>. Porque conduz a resultados injustos ou pouco adequados, como a validade de cláusulas relativas a aspectos não essenciais do contrato que não foram comunicadas ao trabalhador ou que, pelo seu conteúdo injusto, são absolutamente proibidas. Se fizéssemos uma interpretação literal desta norma seria válida uma cláusula que estabelecesse um desconto para falhas de caixa constante num formulário a que o trabalhador não teve acesso, ou uma cláusula inserida no regulamento interno que excluísse a responsabilidade da entidade patronal por danos patrimoniais causados ao trabalhador (v.g. no seu automóvel).

Ora, para evitar estes resultados injustos deverá prevalecer a engenhosa interpretação proposta por Pedro Romano Martinez, Autor do Anteprojecto<sup>15</sup>. A referência aos aspectos essenciais do contrato relevará, apenas, para uma “ponderação interpretativa” das cláusulas pré-formuladas. “Sempre que tais cláusulas, não digam respeito a aspectos essenciais do contrato de trabalho, devem ser ponderadas com base numa justificação de ordem empresarial. Deste modo, uma cláusula que, desinserida do contexto da organização empresarial, poderia ser proibida, será lícita porque não respeita a aspectos essenciais do contrato e justifica-se nesse contexto”.

A validade das cláusulas relativas a aspectos não essenciais do contrato deve, assim, ser aferida em função da organização empresarial em que o trabalhador se insere. Por exemplo, uma cláusula de um regulamento interno que estabeleça que a violação da proibição de fumar constitui uma infracção disciplinar grave sujeita a uma sanção mínima de suspensão por 20 dias não será nula, por atestar conhecimentos jurídicos das partes relativos ao contrato (cfr. artigo 21.º, alínea *e*), do Decreto-Lei n.º 446/85), se o trabalho for prestado numa fábrica de pirotecnia.

---

<sup>14</sup> Na Alemanha, a “AGBGesetz” exclui mesmo as prestações principais do seu campo de aplicação.

<sup>15</sup> Pedro Romano MARTINEZ, Luís Miguel MONTEIRO, Joana VASCONCELOS, Pedro Madeira de BRITO, Guilherme DRAY, Luís Gonçalves da SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, 2003, pág. 188.

### c) Aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais a cláusulas convencionais

De forma surpreendente, a parte final do artigo 96.º do Código de Trabalho estende o regime das cláusulas contratuais gerais aos aspectos do contrato cujo “conteúdo se determine por remissão para cláusulas de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”, colidindo com o artigo 3.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85 que exclui do campo de aplicação da lei as “cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho”.

Esta extensão do regime das c.c.g. às C.C.T. surpreende, porque na negociação colectiva não se verificam, de todo, os motivos que conduziram à protecção do aderente, isto é, a posição de superioridade de uma das partes que predispõe, livremente, o conteúdo contratual ao qual a outra parte se limita a aderir. Em consequência, também não discernimos nas C.C.T. as eventuais consequências injustas daquela posição de superioridade: a não cognoscibilidade e a falta de equilíbrio, ou de equitatividade do conteúdo contratual.

Pelo contrário, a contratação colectiva permite aos trabalhadores superar a sua posição de inferioridade individual e, representados colectivamente pelas associações sindicais, negociar com os empregadores uma disciplina conforme aos seus interesses.

Por outro lado, a aplicação do regime das c.c.g. a cláusulas convencionais é dificilmente conciliável com a força normativa das C.C.T. e pode até suscitar-se a questão de uma eventual inconstitucionalidade por violação do direito de contratação colectiva consagrado no artigo 56.º, n.º 3, da Constituição.

Contudo, em defesa desta extensão do regime das c.c.g. pode e deve afirmar-se (de acordo com a teoria da recepção automática das cláusulas convencionais nos contratos individuais de trabalho<sup>16</sup>)

---

<sup>16</sup> Desvalorizando o confronto entre as teorias da recepção automática e da eficácia invalidante, uma vez que “a convenção afecta o contrato em termos substancialmente idênticos àqueles em que o faz a fonte legal”, cfr. Gonçalves da SILVA, *Notas sobre a eficácia normativa das convenções colectivas*, Coimbra, 2002, págs. 46-53.

que o artigo 96.º não se dirige às próprias cláusulas das C.C.T., mas, apenas, à sua incorporação num concreto contrato de trabalho. Com efeito, esta incorporação do regime convencional no contrato revela as notas características do contrato de adesão: a pré-formulação (pela entidade patronal) e a imodificabilidade (referida ao momento da incorporação das cláusulas convencionais no contrato individual de trabalho). E, na verdade, uma cláusula de uma convenção colectiva que se afigure equitativa em termos abstractos, pode, pela sua incorporação/aplicação num/a um dado contrato, e considerada no conjunto das cláusulas contratuais, configurar uma cláusula relativamente proibida ou contrária à boa fé.

Dois exemplos:

Primeiro: uma cláusula de um acordo de empresa prevê uma cláusula penal de valor elevado para a violação de um pacto de não concorrência. Face ao baixo montante da retribuição acordada no contrato individual de trabalho, aquela cláusula penal pode ser desproporcionada e, como tal, relativamente proibida (cfr. artigo 19.º, alínea c)).

Segundo: uma cláusula de um acordo de empresa estabelece o dever de a entidade patronal reembolsar as despesas de deslocação dos trabalhadores até um determinado montante. Ao mesmo tempo, uma cláusula de um contrato individual de trabalho estabelece um prémio para a superação de um determinado volume de vendas, provando-se que o custo das deslocações necessárias para atingir esse volume de vendas não é compensado pelo montante daquele prémio. A cláusula do acordo de empresa, na parte em que limita o reembolso das despesas de deslocação até um determinado montante, conjugada com a cláusula do contrato individual que prevê o referido prémio, pode ser contrária à boa fé (cfr. o artigo 16.º do DL 446/85).

Ainda assim, parece-nos pouco adequada a sujeição das cláusulas de C.C.T. ao regime das c.c.g.. Por um lado, as cláusulas convencionais foram negociadas a nível colectivo, pelo que se presumem conformes aos interesses dos trabalhadores. Por outro lado, o artigo 98.º, n.º 1, alínea j), do Código de Trabalho, já obriga a entidade patronal a comunicar ao trabalhador a C.C.T. que lhe



é aplicável, protegendo o conhecimento das cláusulas convencionais. Por último, o carácter imperativo das cláusulas convencionais, determinando a substituição automática das cláusulas do contrato individual de trabalho que as violem (art. 531.º do Código de Trabalho) não parece coadunar-se com a sua sujeição ao regime das c.c.g.<sup>17</sup>.

Poderão, ainda, surgir dúvidas quanto a uma eventual inconstitucionalidade da parte final do artigo 96.º, por violação do direito de contratação colectiva consagrado no artigo 56.º, n.º 3, da Constituição, que atribui à lei a função de garantir este direito fundamental dos trabalhadores. Uma regulamentação legal que esvazie o conteúdo deste direito fundamental<sup>18</sup> será inconstitucional, pelo que nos parece de afastar um controle abstracto das cláusulas de CCT, através da acção inibitória prevista no regime das cláusulas contratuais gerais<sup>19</sup>.

Pelo contrário, uma interpretação do artigo 96.º no sentido de admitir um controlo em concreto da incorporação/aplicação de cláusulas de Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho nos/aos contratos de trabalho parece conciliar-se com o direito de contratação colectiva.

Não nos parece que um controlo em concreto da inclusão/aplicação no/ao contrato de trabalho de cláusulas de convenções colectivas, visando a protecção da parte mais fraca (o trabalhador-aderente), resulte numa violação do direito constitucional de contratação colectiva. Uma análise do âmbito de aplicação do artigo 96.º reforça esta conclusão:

---

<sup>17</sup> O que assume total clareza quanto às cláusulas convencionais absolutamente imperativas, que não admitem qualquer alteração no contrato de trabalho, impondo um regime fixo à própria entidade patronal.

<sup>18</sup> GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., Coimbra, 1984, pág. 311, escrevem sobre o direito de contratação colectiva: “a lei não pode deixar de delimitá-lo de modo a garantir-lhe um mínimo de eficácia constitucionalmente relevante”.

<sup>19</sup> Cfr. os artigos 25.º e 26.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 446/85.

Ninguém duvidará da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos contratos de trabalho de adesão celebrados entre entidades patronais e/ou trabalhadores não filiados em associações patronais/sindicais. Na verdade, estes contratos não estão sujeitos à força normativa das CCT, optando o empregador/predisponente por remeter para as cláusulas convencionais e, assim, formular uma proposta contratual imodificável. Contudo, uma interpretação que restringisse a aplicação da parte final do artigo 96.º aos contratos de trabalho de adesão em que o empregador e/ou o trabalhador não se encontrem filiados em associações colectivas, além de contrariar o aparente sentido literal desta norma<sup>20</sup>, discriminaria os trabalhadores sindicalizados, cujos contratos de trabalho, na parte regulada por remissão para C.C.T., não beneficiariam da tutela decorrente do regime das cláusulas contratuais gerais. Assim, este regime deve abranger, igualmente, os contratos de trabalho de adesão sujeitos à força normativa das CCT, isto é, celebrados entre trabalhadores e entidades patronais filiados nas associações colectivas contratantes<sup>21</sup>.

O artigo 96.º, ao sujeitar ao regime das cláusulas contratuais gerais a incorporação/aplicação das cláusulas convencionais num/a um concreto contrato de trabalho, embora criticável por outros motivos, não padece, a nosso ver, do vício de inconstitucionalidade por violação do direito de contratação colectiva.

---

<sup>20</sup> Sujeitar ao regime das cláusulas contratuais gerais, as cláusulas de convenções colectivas de trabalho incluídas, por remissão (expressa ou tácita, determinada ou indeterminada), num contrato de trabalho de adesão.

<sup>21</sup> O artigo 94.º abrange, pois, diferentes tipos de “remissão” do contrato individual para a convenção colectiva de trabalho. O regime das cláusulas contratuais gerais tanto se aplica aos contratos que remetam, expressamente, para as cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho, como aos contratos que, não contendo qualquer remissão expressa, incorporam/sujeitam-se a essas cláusulas dada a eficácia normativa destas. A remissão do clausulado contratual para a CCT pode ser determinada, (v.g. “Ao trabalhador será paga a retribuição correspondente à função de operário de produção, nos termos da CCT aplicável”) ou indeterminada (v.g. “Todos os outros aspectos serão regulamentados nos termos da CCT aplicável”).

#### **4. Breve análise da aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 ao contrato de trabalho de adesão.**

Se um trabalhador invocar a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, caberá à entidade patronal provar que o contrato de trabalho (ou a(s) cláusula(s) em questão) foi precedido de negociação, de forma a afastar aquele regime especial de protecção do trabalhador-aderente (cfr. o artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85). E são várias, como veremos, as situações em que aquela invocação poderá ser extremamente útil ao trabalhador-aderente.

##### **a) Controlo do conhecimento das cláusulas contratuais pelo trabalhador**

As cláusulas contratuais gerais adquirem uma eficácia regulamentadora de certa relação individual de trabalho, através da sua inclusão no contrato de trabalho, o que só acontece com a sua aceitação por parte do trabalhador-aderente.

Como forma de proteger a correcta formação da vontade de o trabalhador aceitar c.c.g., o Decreto-Lei n.º 446/85 estabelece um controlo da inclusão das cláusulas no contrato de trabalho, ou controlo do conhecimento das cláusulas pelo trabalhador-aderente. Antes de mais, o artigo 5.º exige que a entidade patronal comunique ao trabalhador o teor de todas as cláusulas contratuais. O cumprimento deste dever de comunicação não exige que o trabalhador venha a ter um efectivo conhecimento, mas, apenas, a cognoscibilidade (por um trabalhador que use de diligência comum), das cláusulas em causa<sup>22</sup>. É à entidade patronal que cabe provar o

---

<sup>22</sup> O dever de comunicação é, pois, uma obrigação de meios, exigindo-se, apenas, que a entidade patronal utilizadora de cláusulas contratuais gerais desenvolva “uma actividade considerada razoável” para que o trabalhador conheça efectivamente o clausulado a que adere, cfr. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA/António MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais, anotação ao decreto-lei n.º 446/85 de 25 de Outubro*, Coimbra,

cumprimento deste dever de comunicação (cfr. o artigo 5.º, n.º 3) e, se essa prova não for realizada, as referidas cláusulas contratuais serão excluídas do contrato de trabalho (cfr. o artigo 8.º, alínea *a*).<sup>23</sup> Para além deste dever de comunicação, a entidade patronal tem, também, um acrescido dever de informação, nos termos do qual deverá informar o trabalhador de certos aspectos incluídos nas c.c.g. que, pela sua maior complexidade, devem ser aclarados<sup>24/25</sup>. Por último, o Decreto-Lei n.º 446/85 protege, ainda, o trabalhador-aderente em relação às cláusulas-surpresa que, dada a sua apresentação gráfica, a sua epígrafe, e a sua inserção no contexto contratual, passaram despercebidas ao trabalhador (cfr. o artigo 8.º, alíneas *c*) e *d*). Estas cláusulas, bem como as cláusulas que não tenham sido comunicadas ou cujo conteúdo não tenha sido

---

1991, pág. 25. Estabelece-se, assim, para aferir o cumprimento desse dever, um padrão de diligência média do trabalhador, que este pode não vir a revelar. No caso de o trabalhador não revelar essa diligência mediana (v.g. porque não leu as cláusulas constantes do contrato padronizado a que aderiu, nem prestou a devida atenção à sua leitura efectuada pela entidade patronal), as cláusulas não deixam de integrar o contrato singular, embora o trabalhador-aderente não as conheça efectivamente.

<sup>23</sup> É esta uma regra que se pode vir a revelar útil para o trabalhador-aderente que, de outra forma, teria de sujeitar-se a condições de trabalho resultantes de cláusulas contratuais que não devia, ou, mesmo, não podia conhecer. (por exemplo, porque constavam de formulários, ou mesmo de regulamentos. V.g. um regulamento de controlo do consumo de bebidas alcoólicas, para os quais o contrato que o trabalhador assinou remete, mas cujo conteúdo não foi comunicado ao trabalhador pela entidade patronal).

<sup>24</sup> Pense-se, por exemplo, numa cláusula que prevê a atribuição a um vendedor de uma retribuição variável (cfr. os artigos 251.º e 252.º do Código de Trabalho) correspondente a uma comissão percentual sobre as vendas realizadas, que variará, de acordo com cálculos complexos, em função da evolução das mesmas vendas. De todo o modo, só perante uma concreta situação contratual se pode aferir se este ou aquele aspecto carece de ser aclarado pela entidade patronal.

<sup>25</sup> Note-se que estes deveres de comunicação e informação protegem o trabalhador de forma mais efectiva do que o dever de a entidade patronal informar o trabalhador sobre os aspectos essenciais do contrato, previsto nos artigos 97.º a 101.º do Código de Trabalho. A violação deste dever é sancionada com o simples pagamento de uma coima pela entidade patronal (cfr. o art. 650.º do Cód. Trabalho), ao passo que a violação daqueles deveres de comunicação e informação tem como consequência a não inclusão da(s) cláusula(s) no contrato.

devidamente aclarado ao trabalhador, são inexistentes, ou seja, estão excluídas do contrato de trabalho (cfr. os artigos 8.º, alíneas a), b), c) e d)<sup>26/27</sup>.

### b) “In dubio pro operario”

Um segundo nível de controlo das c.c.g. resulta das regras interpretativas previstas no Decreto-Lei n.º 446/85. Ao contrário

---

<sup>26</sup> Hans BROX/Bernd RÜTHERS, *Arbeitsrecht*, Estugarda, 1997, pág 32, citam sentença do Tribunal Federal de Trabalho Alemão (*Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht* § 611 BGB *Inhaltskontrolle* Nr. 4), que considerou ineficazes as cláusulas surpreendentes inseridas em formulários de contratos de trabalho. Contudo, o Tribunal Federal de Trabalho não explicitou se essa ineficácia resultava da aplicação do § 242 BGB, ou da aplicação, por analogia, do § 3 AGBGesetz.

<sup>27</sup> Os artigos 8.º e 9.º, n.º 1, do DL 446/85 prescrevem a substituição das cláusulas que não se tornaram cognoscíveis ao trabalhador pelas normas legais ou convencionais de Direito do Trabalho. Conhecendo o regime legal, o trabalhador-aderente não virá invocar o desconhecimento de cláusula contratual que lhe é mais favorável. Pelo contrário, será normal que o trabalhador invoque esse desconhecimento nas hipóteses em que o contrato de trabalho lhe imponha encargos pouco comuns, não previstos na lei ou na CCT (v.g. um vendedor que desconhece que o combustível consumido nas suas deslocações profissionais fica a seu cargo).

O contrato de trabalho prevê, cada vez mais, regalias “oferecidas” pela entidade patronal que não constituem condições mínimas de trabalho e, como tal, não se encontram previstas na lei ou na C.C.T. A essas regalias, muitas vezes, ligam-se encargos que oneram o trabalhador (v.g. uma cláusula de um regulamento interno que exclui a responsabilidade da entidade patronal por acidentes de filhos dos trabalhadores no jardim de infância da empresa ou uma cláusula de um contrato pré-formulado nos termos da qual a entidade patronal só reembolsa as despesas relativas a deslocações profissionais de comboio em segunda classe. Seguindo o ensino de Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Lisboa, 2002, págs. 281 e segs., a correcta interpretação de cláusulas do tipo da que exclui a responsabilidade da entidade patronal por acidentes de filhos dos trabalhadores no jardim de infância da empresa conduz, com frequência, à sua qualificação como cláusulas de limitação do conteúdo contratual e não, propriamente, como cláusulas de exclusão de responsabilidade. Ora, Pinto MONTEIRO salienta que “seria contrária à ordem pública uma cláusula que afastasse o *dever de vigilância* de crianças de tenra idade, entregues ao cuidado de uma creche ou infantário” (sublinhado do Autor, ob. cit., pág. 290).

do que acontece na lei alemã<sup>28</sup>, a nossa lei consagra um princípio de interpretação individualizadora das c.c.g. Isto é, as cláusulas contratuais gerais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do contrato individual de trabalho em que se inserem (cfr. artigo 10.º).

Em caso de dúvida relativamente ao sentido a atribuir a uma determinada cláusula, deverá esta valer com o sentido que um trabalhador-aderente normal, colocado na posição daquele trabalhador, lhe daria. Trata-se, aqui, de uma simples aplicação da “teoria da impressão do destinatário”. No entanto, se a dúvida for insanável, o risco da ambiguidade da cláusula corre por conta da entidade patronal, prevalecendo o sentido mais favorável ao trabalhador-aderente<sup>29</sup>. Esta regra poderá ser de grande utilidade na interpretação das cláusulas do contrato de trabalho, uma vez que as normas laborais não prevêm, com esse sentido, qualquer princípio de favorecimento do trabalhador (“*in dubio pro operario*”).

Durante a relação laboral é frequente o surgimento de dúvidas sobre as condições de trabalho acordadas. Ora, sempre que estivermos perante um contrato de trabalho de adesão, em caso de dúvida insanável relativamente à interpretação de uma cláusula contratual, esta valerá com o sentido favorável ao trabalhador. Poderá encontrar-se, aqui, um profícuo campo de aplicação do artigo 11.º, n.º 2, do DL 446/85 ao contrato de trabalho de adesão. Essa aplicação, aliás, foi já posta em prática pelo Tribunal da Relação

---

<sup>28</sup> Aqui, uma vez que as cláusulas se destinam a ser utilizadas numa multiplicidade de contratos, optou-se pela interpretação objectiva, fora de qualquer relação contratual a estabelecer, que se “casa” melhor com o controlo por via abstracta das cláusulas contratuais gerais.

<sup>29</sup> É a regra denominada “*in dubio contra stipulatorem*” consagrada no C.Civile Italiano. Esta regra surge, também, consagrada no § 5 da AGBGesetz, embora de forma mais gravosa para o utilizador, uma vez que se aplica a qualquer ambiguidade (não se exige uma ambiguidade insanável). A sua razão de ser é simples: a entidade patronal monopoliza a liberdade contratual, logo, deverá correr os riscos dessa monopolização (“*ubi commoda, ibi incommoda*”). Por outro lado, também se lhe reconhece um claro efeito preventivo quanto à clareza exigida à proposta contratual da entidade empregadora.

de Lisboa que, no seu Acórdão de 28 de Junho de 1995<sup>30</sup>, face à dúvida insanável na interpretação de uma cláusula de um contrato de adesão, relativa à forma de cálculo e ao montante da retribuição, optou, nos termos do artigo 11.º, pelo sentido mais favorável ao trabalhador. Ponto é, como no caso acabado de referir, que os tribunais exijam a efectiva insanabilidade da dúvida em questão, do ponto de vista objectivo, sob pena de estimular a dúvida fácil e sistemática do trabalhador-aderente, favorecido com a aplicação daquela regra.

### c) Controlo do conteúdo contratual

O terceiro e último nível de controlo a que ficam sujeitos os contratos de trabalho de adesão é o *controlo do seu conteúdo*. Isto é, a possibilidade que se reconhece ao trabalhador de requerer ao tribunal o controlo do equilíbrio das prestações contratuais.

A lei prevê dois catálogos exemplificativos de cláusulas proibidas, dividindo-os em função do sujeito aderente: se se tratar de um empresário ou entidade equiparada aplicam-se as proibições previstas nos artigos 18.º e 19.º. Tratando-se de um consumidor final a sua necessidade de protecção é maior, razão pela qual se aplicam, além daquelas proibições (dos artigos 18.º e 19.º), as previstas nos artigos 21.º e 22.º.

Uma pergunta ocorre desde logo: qual o regime a aplicar ao aderente-trabalhador? O regime aplicável ao aderente-consumidor com um catálogo mais extenso de proibições e, por isso mesmo, de maior tutela, ou o regime de menor protecção aplicável nos contratos comerciais (ao aderente-empresário ou entidade equiparada)?

Parece-nos a todos os títulos que, dada a situação de desigualdade resultante da debilidade económica do trabalhador-aderente face à empresa-utilizadora, se deverá realizar a analogia com a posição do *consumidor*. Propendemos, assim, para a aplicação

---

<sup>30</sup> (Carlos Horta), cfr. *C.J.*, Tomo III, 1995, págs. 192 a 194.

análoga ao contrato de adesão celebrado por trabalhador, do catálogo de cláusulas proibidas nos contratos de adesão celebrados com o consumidor final<sup>31</sup>.

Ao analisar os catálogos de cláusulas proibidas pelo Decreto-Lei n.º 446/85, concluímos, antes de mais, que a grande maioria é abrangida pela protecção que o Direito do Trabalho dispensa ao trabalhador. Uma vez inseridas num contrato individual de trabalho, tais cláusulas consubstanciariam um regime menos favorável ao trabalhador do que o regime legal ou convencional, quando não violariam, mesmo, uma norma laboral imperativa absoluta. Por exemplo, no caso de inclusão no contrato de trabalho de uma cláusula que limitasse ou excluísse a responsabilidade da entidade patronal em caso de acidente ou doença profissional do trabalhador, não funcionaria a proibição prevista no artigo 18.º, alínea *a*), uma vez que essa cláusula seria, desde logo, nula por violar normas imperativas de Direito do Trabalho (cfr. os artigos 120.º, alínea *g*) e 281.º a 312.º (maxime artigo 288.º) do Código de Trabalho. E muitos outros exemplos poderíamos encontrar de cláusulas proibidas pelo Decreto-Lei n.º 446/85 que seriam, desde logo, excluídas pelo manto protector do Direito do Trabalho.

Contudo, interessa-nos, sobretudo, verificar a existência (melhor, a conceptibilidade) de cláusulas, que *não sendo excluídas*

---

<sup>31</sup> Outros argumentos suportam a aplicação ao trabalhador-aderente do regime aplicável aos consumidores-finais: por um lado, o trabalhador não dispõe de conhecimentos especializados que lhe permitam ter uma noção exacta de condições de trabalho com uma complexidade crescente. Por outro lado, não existe aqui o receio, justificável nas relações empresariais, de afectar o dinamismo do mercado de trabalho.

No entanto, parece-nos que a desigualdade entre empregador e trabalhador se deve avaliar em concreto, reconduzindo-se os contratos em que esta não se verifica (porque o aderente é um trabalhador altamente qualificado, contratado como quadro superior, ou para o exercício de funções directivas ou de especial confiança), ao regime aplicável nas relações entre empresários ou entidades equiparadas. Já no quadro geral do Decreto-Lei n.º 446/85, relevando as notas de igualdade ou desigualdade, e defendendo a sua verificação em concreto para a aplicabilidade do regime das relações entre empresários ou entre empresários e profissionais liberais, Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Lisboa, 1996, págs. 224 e 225).



pelas normas legais ou convencionais de Direito do Trabalho, serão, porém, dado o seu conteúdo, proibidas nos termos do Decreto-Lei n.º 446/85. Só nestas hipóteses se justificará a aplicação do regime das c.c.g. ao contrato de trabalho de adesão.

Ora, parece-nos que tais hipóteses poderão surgir, sobretudo, em relação a cláusulas regulamentadoras de aspectos contratuais que, ou pela sua especificidade, ou por consubstanciarem regalias do trabalhador pouco comuns, ou por se inserirem num espaço em que as vontades do trabalhador e da entidade patronal, ainda, são livremente actuantes, não estão previstos nas leis laborais, ou nas Convenções Colectivas de Trabalho.

Passemos a exemplificar:

Hipótese 1: no regulamento interno consta uma cláusula que autoriza o trabalhador a colocar o carro dentro do parque de estacionamento da empresa, mas exclui qualquer responsabilidade da entidade patronal pela guarda ou conservação do carro. O carro é furtado quando se encontra no parque de estacionamento e o trabalhador pretende responsabilizar a entidade patronal pelos prejuízos que esse furto lhe causou. A entidade patronal, apoiando-se no regulamento interno, declina essa responsabilidade<sup>32</sup>. Estaremos perante uma cláusula limitativa do conteúdo contratual – em que a entidade patronal afasta a obrigação de guarda ou conservação do carro<sup>33</sup> – contrária à boa fé (artigo 15.º), uma vez que afecta, irremediavelmente, o “objectivo que as partes visam atingir negocialmente” (artigo 16.º, alínea *b*)<sup>34</sup>?

---

<sup>32</sup> Exemplo inspirado em caso prático que colhemos em Hans BROX/Bernd RÜTHERS, *Arbeitsrecht*, Estugarda, 1997, pág 25.

<sup>33</sup> Sobre a distinção entre cláusulas de exclusão de responsabilidade e cláusulas limitativas do conteúdo contratual, nas quais “Não se trata, numa palavra, de excluir a *responsabilidade*, mas de suprimir uma *obrigação*”(sublinhados do Autor), cfr. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, págs. 116 e segs, (cfr., também, Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Lisboa, 2002, págs. 281 a 285).

<sup>34</sup> Seguimos, aqui, Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, cit., págs. 293-295, que analisa a inclusão de cláusulas limitativas do conteúdo contratual

Hipótese 2: num contrato de trabalho padronizado, uma vez que a entidade patronal previa despende somas avultadas com a formação do trabalhador, estipulou-se um pacto de permanência nos termos do qual o trabalhador se obrigava a prestar serviço durante 3 anos, prevendo-se uma cláusula penal exorbitante para o caso de violação desta obrigação pelo trabalhador (cfr. o artigo 147.º, n.º 1, do Código de Trabalho)<sup>35</sup>. O trabalhador recebeu uma proposta contratual de outro empregador e decidiu abandonar a empresa, violando o compromisso de permanência. A primitiva entidade patronal acciona a cláusula penal. Estaremos perante uma cláusula penal “desproporcionada aos danos a ressarcir”, nos termos do artigo 19.º, alínea c)?

Hipótese 3: um contrato de trabalho remete para um formulário anexo em que a entidade patronal estabelece as condições de participação, através de descontos salariais, num fundo empresarial destinado ao pagamento aos trabalhadores reformados de pensões de reforma complementares das pensões da segurança social. Numa das cláusulas desse formulário estabelece-se que a não oposição do trabalhador até à efectivação do primeiro desconto salarial valerá como adesão ao referido fundo. Um trabalhador (menos atento, ou não) apercebe-se, apenas mais tarde, dos referidos descontos salariais e não pretende participar no fundo. Estaremos aqui perante uma cláusula que impõe uma presunção de aceitação com base em factos para tal insuficientes, proibida nos termos do artigo 19.º, alínea d)?

Hipótese 4: num regulamento interno de empresa surgem várias cláusulas que regulamentam a realização de testes de alcoolémia aos trabalhadores. De acordo com uma das cláusulas desse regula-

---

em contratos de adesão, concluindo que “para que sejam válidas, as cláusulas limitativas do conteúdo contratual devem respeitar as obrigações *essenciais* ao *tipo* ou ao *fim* contratual, cujo afastamento será *contrário à boa fé*”.

<sup>35</sup> Podemos ver uma hipótese semelhante, embora relativa à inclusão de uma cláusula penal excessiva no caso de violação de um pacto de não concorrência, em Joaquim de SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pág. 468, n. 547.

mento, o trabalhador reconhece que o resultado positivo do teste de alcoolémia constitui uma infracção disciplinar grave, devendo-lhe ser aplicada a sanção disciplinar de suspensão do trabalho durante 20 dias (cfr. o artigo 368.º, n.º 3, do Código de Trabalho). Será esta cláusula válida, ou é uma cláusula proibida porque atesta conhecimentos jurídicos das partes relativos ao contrato (cfr. artigo 21.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85)?

Não pretendemos fazer uma análise casuística da possibilidade de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 ao contrato de trabalho. Servem estas hipóteses, apenas, para demonstrar que há espaço para o controlo, nos termos do Decreto-Lei n.º 446/85, das cláusulas contratuais inseridas no contrato de trabalho. Estamos certos que, mais que a pobre imaginação do autor, o fértil fluir da vida se encarregará de o demonstrar...

#### **d) Procedimentos de controlo das cláusulas contratuais gerais**

Quanto ao processo de fiscalização de c.c.g. consagrado no Decreto-Lei n.º 446/85, importa referir que esta poderá ser realizada “*a priori*”, em termos abstractos, através da análise pelo tribunal de cláusulas contratuais gerais antes da sua inclusão num determinado contrato de trabalho, numa acção declarativa de condenação no não uso de c.c.g. ilícitas. O artigo 26.º n.º 1, alínea b), reconhece legitimidade activa às associações sindicais para propor esta acção, mas um trabalhador (ou a Inspeção Geral do Trabalho) pode igualmente requerer ao Ministério Público que intente esta acção inibitória (cfr. artigo 25.º, n.º 1, alínea c)), para a qual é competente o tribunal da comarca onde “se localiza o centro da actividade principal” da entidade patronal (artigo 28.º).

Além da acção inibitória, preventiva e abstracta, podem ainda os trabalhadores pedir no tribunal do local onde prestem trabalho ou do seu domicílio (artigo 14.º, n.º 1, do Código de Processo de Trabalho) a declaração de nulidade de cláusulas incluídas num concreto contrato de trabalho (cfr os artigos 24.º do DL 446/85 e 286.º do Código Civil).

---

A finalizar, uma sugestão: para facilitar o conhecimento de cláusulas contratuais abusivas funciona junto do Ministério da Justiça um serviço que organiza e mantém actualizado um registo de cláusulas consideradas abusivas por decisão judicial (artigo 35.º do DL 446/85). Cabendo à Inspeção Geral de Trabalho receber para registo e depósito os regulamentos internos de empresa, uma das formas mais comuns de contrato de trabalho de adesão, seria útil que esta Inspeção dispusesse de um registo semelhante de cláusulas consideradas abusivas nos contratos de trabalho.



# A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELECTRÓNICO NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

EDGAR TABORDA LOPES

Juiz de Direito

O tema que nos é proposto assume uma grande relevância prática, para todos os que lidam com o fenómeno judiciário, com a realidade do consumo e com a complexidade da sociedade da informação, mas, assume também, como adiante veremos, um carácter pouco menos que *virtual*.

Assinala *Stephen Bertman*, que, actualmente, “sobre o mundo está a cair outra cortina, uma cortina electrónica, menos evidente e mais difusa do que a cortina do tempo de Churchill. Trata-se de uma cortina não geográfica mas temporal, que nos isola de todas as outras épocas menos da actual”<sup>1</sup>.

Nas palavras de *Erwin Lazlo*, podemos dizer que “Atingimos, nos anos finais do século XX, uma encruzilhada crucial na nossa história. Encontramo-nos no limiar de um novo estágio de evolução social, espiritual e cultural, um estágio diferente do dos decénios anteriores deste século, como as pastagens o foram das cavernas, e os povoados o foram da vida nas tribos nómadas. Estamos a desenvolver-nos fora das sociedades nacionais baseadas na indústria que foram criadas nos alvares da primeira revolução industrial, e

---

<sup>1</sup> Hipercultura – O Preço da Pressa, Instituto Piaget, 2001, pag. 276.

caminhamos para um sistema interligado, um sistema social, económico e cultural baseado na informação que se estende por todo o mundo. O caminho desta evolução não é fácil: encontra-se pleno de choques e surpresas”<sup>2</sup>.

São esses choques e essas surpresas de algum modo começam a alimentar a nossa realidade judiciária (e, por certo, irão continuar a alimentar).

De facto, as novas possibilidades oferecidas pela tecnologia introduzem-nos num mundo novo, seja ele ou não admirável.

Do surgimento da prensa de Gutemberg até ao ponto em que nos encontramos neste momento, em que a Economia chega a tremer com a (boa ou má) utilização da Internet, passaram vários séculos e a normalidade da existência de um computador em cada casa, a existência de cerca de 400 milhões de pessoas com possibilidade de aceder à Internet (50 milhões dos quais utilizadores regulares da rede para fins comerciais<sup>3</sup>) e mais de um milhão de redes conectadas entre si, faz abrir caminho a potencialidades (e a problemas), que permitem uma interligação, em rede e interactiva, entre tudo e entre todos, de uma forma e com características totalmente inovadoras na história da comunicação humana: como assinala de forma aguda, *Oliveira Ascensão*, já não está em causa a comunicação de um ponto para muitos pontos, como na radio-difusão; nem a de um ponto para outro, com interactividade, como no telefone; mas sim de todos os pontos, para todos os pontos<sup>4</sup>.

A Internet é já a infra-estrutura comunicacional da Sociedade da Informação em que começamos a viver<sup>5</sup>, constituindo-se como

---

<sup>2</sup> Ervin Laszlo, O 3.º Milénio – O Desafio e a Visão, Relatório do Clube de Budapeste sobre os Rumos Criativos da Evolução Humana, Instituto Piaget, 1999, pag. 145.

<sup>3</sup> Adérito Vaz Pinto, A Tributação do Comércio Electrónico, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pag. 136.

<sup>4</sup> Oliveira Ascensão, E agora ? Pesquisa do Futuro Próximo, in Sociedade da Informação – Estudos Jurídicos, Almedina, 1999, pag. 11.

<sup>5</sup> Com interesse, vd., Alexandre Libório Dias Pereira, Internet, Direito de Autor e Acesso Reservado, in As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, pag. 263-273.

um meio de comunicação<sup>6</sup>, ou de expressão<sup>7</sup>, sem restrições territoriais.

“Se a rede da Internet levanta tantas paixões e tanta admiração, tantas esperanças, mas também tantos medos e algumas vezes escândalos, é antes de mais porque instaura a sociedade da ubiquidade no plano das mensagens entre particulares e que põe fim à dissimetria entre os emissores e os receptores de mensagens, dissimetria que nem a televisão por satélite tinha abolido”<sup>8</sup>.

“A rede aparece aqui (*afirmam Philippe Forget e Gilles Polycarpe*), muito mais que um simples modelo de espacialização cartográfica e social, como uma organização dinâmica e estratégica, que impõe a sua lei, tanto aos seus autores como ao seu mundo.

Ela é o poder objectivado, a objectivação concreta e arrebatadora do tecnocapital que vem, em troca, pedir contas aos poderes humanos que a estabeleceram. (...)

O poder residia nos intervalos do Céu, e o homem lançou-os sobre a Terra. Quis conquistar o poder do número; mas este já o faz funcionar nas suas estratégias. Era necessário arrancar a vacuidade dos céus e torná-la humana, encarná-la no número; agora a vacuidade opera, descarnando o ser do humano. A rede desenvolve-se como processo objectivo, estratégico, de desbaste dos sítios, das estâncias e das pessoas. A rede: jogo constelar, abstracto e enigmático dos intervalos do mundo”<sup>9</sup>.

“Efectivamente, graças às técnicas da informação, não só os sistemas de intervalos calculáveis – próprias da rede – se desmultiplicam e se subdividem até ao infinito, como a velocidade dos

---

<sup>6</sup> Helena Moniz, Internet e Globalização, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, pag. 369.

<sup>7</sup> Faria Costa, *As Telecomunicações e a privacidade*, in *Direito Penal da Comunicação- Alguns Escritos*, Coimbra Editora, 1998, pag. 161.

<sup>8</sup> Gérard Leclerc, *A Sociedade de Comunicação – Uma Abordagem Sociológica e Crítica*, Instituto Piaget, 2000, pag. 186.

<sup>9</sup> Philippe Forget-Gilles Polycarpe, *A Rede e o Infinito – Ensaio de Antropologia Filosófica e Estratégica*, Instituto Piaget, 1999, pag. 97.



móveis, que percorrem incessantemente os intervalos, parece, também ela, ter de acelerar-se indefinidamente. Esta «acumulação de movimento», gera um salto qualitativo inédito, no sentido em que os sistemas sociopolíticos e os pólos de poder que agiam até agora nestas redes tendem a tornar-se... também eles, redes”, permitindo concluir que “as redes informáticas ou informatizadas determinam cada vez mais as condições da dominação social e política”<sup>10</sup>: um caos fractal (des)organizado <sup>11, 12</sup>.

Neste contexto, parece-nos correcto assinalar, que neste novo mundo, novos equilíbrios têm de ser encontrados, em todos os níveis da sociedade.

Como em tantas outras vezes, dado que a realidade costuma ir à frente da legislação, vai ser no campo dos Tribunais que esses equilíbrios vão começar por ser logrados.

O Futuro que começamos a vislumbrar, permite já verificar que tudo o que determina o poder da Economia (e onde assume um cada vez maior peso, a Economia Digital, ou a Nova Economia), passa por discussões em Tribunal, mais ou menos mediatizadas.

Apesar de tudo, não é isso que sucede ainda em Portugal, pelo menos de forma sistemática.

---

<sup>10</sup> Philippe Forget-Gilles Polycarpe, ob. cit., pags. 101-102.

<sup>11</sup> “A rede, ou melhor, esta rede de redes que é a «teia», põe na horizontal, igualiza, homogeneiza todos os discursos, todos os enunciados, todas as mensagens. Põe em questão a assimetria entre os emissores e os receptores de mensagens, a diferenciação entre os «criadores» e os consumidores de discursos. Desvaloriza relativamente os discursos institucionais, os enunciados dos poderes, as mensagens dos representantes oficiais de valores estabelecidos, das crenças tradicionais, e valoriza comparativamente as opiniões individuais mesmo as mais insignificantes, as mais desviantes, as mais heterodoxas, as mais «loucas»” (Gérard Leclerc, *A Sociedade de Comunicação – Uma Abordagem Sociológica e Crítica*, Instituto Piaget, 2000, pag. 188).

<sup>12</sup> Sublinhe-se, todavia, que o espaço de liberdade em que a Internet se traduz, começa a deixar sinais de se transformar em “zona de constrição”, encolhendo o seu universo, devido aos acessos condicionados resultantes da “comercialização da Internet” (assim, José de Oliveira Ascensão, *Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2002, pag. 218)

Há que sublinhar, com *Mauro Capelletti*, que “a complexidade das sociedades modernas dá nascimento a situações nas quais um acto concreto do homem pode trazer vantagens ou inconvenientes para um grande número pessoas, com a consequência, entre outras, que o esquema tradicional do processo judiciário olhado como «conflito entre duas partes» e como sendo «a coisa das partes» torna-se completamente desadequado”<sup>13</sup>, constatando-se **que as relações humanas revestem, cada vez mais, um aspecto, índole ou natureza colectivo/a**, que cada vez mais se afirma nos processos judiciais: é que, “a modernidade fez mudar subitamente de escala as questões submetidas à justiça. Está confrontada com problemas de uma amplitude vertiginosa, até aqui inédita na história” (*Antoine Garapon, O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia, Instituto Piaget, 1998, pag. 163*).

Mas esta vertigem é também a vertigem do tempo e da velocidade, que “passou a ser o único valor que justifica a existência de todos os produtos, serviços, indústrias – o valor característico que obriga as pessoas a recorrer a eles e a depender deles”<sup>14</sup>.

O presidente de uma das principais empresas norte americanas (a AT&T), John R. Walter, sobre a alteração de processos e de mentalidade empresarial que isto implica, diz o seguinte: “Costumávamos fazer alterações nos negócios obedecendo a esta ordem: Preparar. Apontar. Fogo! Hoje, a ordem tem de ser: Disparar. Apontar. Disparar. Apontar. Disparar. Apontar! Dispara-se primeiro para se acertar no alvo. Dispara-se uma rajada. Vê-se o que acontece. Fazem-se as correcções. Dispara-se outra rajada. Confiem na pressa em tudo o que fazem e depois comparem-se com a pressa do mundo que vos rodeia”<sup>15, 16</sup>.

<sup>13</sup> Le Pouvoir des Juges, Economica, Paris, pag. 58.

<sup>14</sup> Stephen Bertman, *Hipercultura – O Preço da Pressa*, Instituto Piaget, 2001, pag. 276; com interesse, também, Frances Cairncross, *The Death of Distance: How the communications revolution will change our lives*, Harvard Business School Press, 1997).

<sup>15</sup> Stephen Bertman, ob. cit., pag. 171.

<sup>16</sup> “O crescimento da cibercultura é alimentada por uma dialéctica da utopia e do negócio, na qual cada um representa o outro, sem que haja por enquanto perdedores.

Convém não esquecer, ainda como enquadramento desta matéria, que tem sido o desenvolvimento económico a proporcionar a existência de cada vez maiores necessidades de encontrar novos mecanismos de fomento de produtividade(s), de vendas (de preferência com custos e riscos menos elevados), e de lucros, utilizando-se para tal o estruturante princípio da liberdade e da autonomia contratual (cfr., art. 405.º, do Código Civil; que, na actual sociedade de “modernas economias de massas”, obrigou a que o contrato deixasse de ser configurado como o “reino da vontade individual (...), para servir o sistema da produção e da distribuição de massa”, tornando-se, “tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas de mercado”, de modo a exercer a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa económica” – *Enzo Roppo*<sup>17</sup>).

Mas se assim é, também se fazem sentir cada vez mais, necessidades de protecção dos consumidores em face do tipo de mentalidade acima indiciado e quanto à agressividade do comportamento que acaba por implicar da parte de determinadas empresas (em especial em certos tipos de contratos), que com métodos e técnicas de *arregimentação* e de *conquista* de compradores e de clientes, não deixam a estes a suficiente capacidade de ponderação na deci-

---

O comércio não é um mal em si. Os projectos culturais e sociais não podem ser separados à machadada das restrições e do dinamismo económicos que tornam a sua incarnação possível”, mas, “felizmente para nós o capitalismo não é incompatível com a democracia, nem a inteligência colectiva com o supermercado planetário. Não somos forçados a escolher um em vez do outro: dialéctica da utopia e do negócio, jogos da indústria e do desejo” (Pierre Lévy, *Cibercultura*, Instituto Piaget, 2000, pag. 248); com dados interessantes, vd., também, Manuel Castells, *A Sociedade em Rede – A Era da Informação: Economia Sociedade e Cultura*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>17</sup> O Contrato, Almedina, 1988, pags. 309-310

são – conduzindo, por vezes, a aquisições “às cegas”<sup>18</sup> (em que a publicidade cria necessidades<sup>19</sup> e ilusões irresistíveis, com facilidades de crédito<sup>20</sup>, quase sempre enganadoras) – recorrendo ainda a uma massificação de contratos que potencia a colocação de cláusulas abusivas (que obrigam os Tribunais a actuar, como efectivamente têm actuado).

O “fenómeno da Internet e das múltiplas transacções a que dá origem confere um carácter de urgência à evolução dos nossos textos; os actores da Internet – a grande massa dos internautas é cada vez maior – já não são profissionais avisados, mas um grande público *a priori* vulnerável” (Xavier Linant de Bellefons)<sup>21</sup> e, ainda para mais, de uma forma *virtual* (por os intervenientes se relacionarem sem estarem presentes e sem se conhecerem).

No domínio do comércio electrónico, com a oferta apresentada<sup>22</sup> (e como é apresentada), ao consumidor é criada a ilusão da facilidade de acesso a todo o tipo de produtos e serviços (a qualquer dia e a qualquer hora), agravada com a possibilidade de, de forma simples (com um simples “click”), proceder ao pagamento, o que cria, ou pode criar, situações insustentáveis: a tentação e o desafio são infinitos, as facilidades são normalmente aparentes<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Vd., Elsa Dias Oliveira, A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet, Almedina, 2002, pags. 25-26.

<sup>19</sup> “Era uma vez um Homem que vivia na Raridade. Depois de muitas aventuras e de uma longa viagem através da Ciência Económica, encontrou a Sociedade da Abundância. Casaram-se e tiveram muitas necessidades”<sup>19</sup> (conto de A. N. Whitehead, citado por Jean Baudrillard, A Sociedade de Consumo, Edições 70, 1995, pag. 68).

<sup>20</sup> Cfr., Maria Manuel Leitão Marques-Vítor Neves-Catarina Frade, Flora Lobo-Paula Pinto-Cristina Cruz, O Endividamento dos Consumidores, Almedina, 2000.

<sup>21</sup> Informática e o Direito, Colecção Jurídica Internacional, GB&A Editores, 2000, pag. 64.

<sup>22</sup> Repare-se que, em Portugal, serão já mais de 10 mil, as empresas que colocam os produtos no mercado por esta via (2,6% das PMEs) – Adérito Vaz Pinto, A Tributação do Comércio Electrónico, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pag. 135.

<sup>23</sup> Ora, uma vez que os produtos não são palpáveis ou directamente visíveis, há dificuldades de informação e de pedir esclarecimentos ou tirar dúvidas, isto dá lugar a

Comércio electrónico ou *e-commerce*, vem definido no Livro Branco para o Comércio Electrónico em Portugal, como “todas as formas de transacção comercial que envolvam organizações ou indivíduos, baseadas no processamento de dados por via electrónica” e que pode ser indirecto (encomenda electrónica com entrega física pelos meios tradicionais) ou directo (encomenda, pagamento e entrega, *on line*, de bens e serviços), sendo que, podem estar em causa, desde livros a bilhetes de transportes, desde conteúdos digitais multimedia – corpóreos ou incorpóreos – a reservas de hotéis, desde viagens e férias a medicamentos, desde leilões de todo o tipo de produtos a compra e venda de acções, desde compras de supermercado a pornografia<sup>24</sup>.

*Maria Raquel Guimarães* define-o como o “conjunto de transacções comerciais electrónicas” que “inclui, nomeadamente, a celebração de contratos de compra e venda e de prestação de serviços, as negociações que os precedem, mas também as actividades posteriores complementares para a sua execução (onde se incluem os pagamentos electrónicos), desde que levadas a cabo através da Internet, concretamente através de correio electrónico ou da World Wide Web, ou, de forma mais geral, utilizando terminais de computador”<sup>25</sup>, ou seja, transacções permitidas e asseguradas por tecnologia que permite processar e transmitir dados de texto, som, ou imagem, digitalizados.

---

“uma vontade superficial, imponderada e irreflectida; diversa da que se teria formado se o consumidor pudesse ter conhecido em toda a extensão, as circunstâncias decisivas para a sua escolha; se o consumidor pudesse aferir as reais qualidades do bem ou serviço e analisar todas as alternativas ao dispor” (Fernando Santos Silva, Dos Contratos negociados à distância, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Março de 1996, n.º 5, pags. 45-46), .

<sup>24</sup> António Costa Neves Ribeiro, in O Comércio Electrónico – Breves Reflexões, Revista Portuguesa do Direito do Consumo, n.º 29, Março de 2002, pag. 112, refere mesmo “plagiando uma expressão processual civil muito conhecida, que «o que não está na INTERNET não está no mundo»”.

<sup>25</sup> Maria Raquel Guimarães, Comércio Electrónico e Transferências Electrónicas de Fundos, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pags. 58-59.

O comércio electrónico pode assumir quatro modalidades: empresa a empresa (*business-to-business/B2B*)<sup>26</sup>, empresa-consumidor (*business-to-consumer/B2C*)<sup>27</sup>, empresa/administração pública<sup>28</sup> e consumidor/administração pública<sup>29</sup>.

“A vertente *business-to-consumer* do comércio electrónico, aquela que se estabelece entre os consumidores finais e as empresas, é a menos expressiva em termos de volumes movimentados, correspondendo a menos de um décimo do denominado *business-to-business* (negócio entre empresas)<sup>30</sup>. No entanto esta é a área mais mediática do comércio electrónico<sup>31</sup>, e a que mais dúvidas coloca no seu mais correcto tratamento jurídico, sobretudo no que toca à protecção legal da parte mais fraca neste tipo de contratos: o consumidor<sup>32</sup>, o qual, na expressão de *Luís Lima Pinheiro*, “é protegido como parte economicamente mais fraca e negocialmente menos experiente”<sup>33</sup> (também o acórdão da Relação de Coimbra, de 27/

---

<sup>26</sup> Rede de comunicação privada de empresa a empresa (encomenda a fornecedor, recebe factura e faz pagamento).

<sup>27</sup> Próxima do comércio a retalho de todo o tipo de produtos.

<sup>28</sup> Ainda pouco desenvolvida, ainda que nos EUA há situações em que a Administração publica anúncios na Internet e as empresas apresentam propostas pela mesma via (Mário Castro Marques, O Comércio Electrónico – Algumas Questões Jurídicas, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pags. 41).

<sup>29</sup> Que ocorre em Portugal já em várias situações como no pedido de certidões às Conservatórias e no envio das declarações de contribuintes.

<sup>30</sup> B2B – 919 milhões de dólares em 2001, estimando-se 8,5 trilhões de dólares em 2005 (Adérito Vaz Pinto, A Tributação do Comércio Electrónico, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pag. 135)

<sup>31</sup> Repare-se que, em Portugal, de Julho de 99 a Julho de 2000, o volume de compras na Net, correspondeu já a 1,8 milhões de contos (1,3 milhões dos quais em iniciativas de comércio electrónico fora do território nacional) – Carlos Torres Albuquerque, A Internet e a Banca, Comércio Electrónico e Valores Mobiliários, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 9, Dezembro de 2000, pag. 173.

<sup>32</sup> Ana Margarida Marques-Mafalda Anjos-Sofia Queiróz Vaz, 101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática, Centro Atlântico, 2002, pag. 109.

<sup>33</sup> Luís Lima Pinheiro, Direito Aplicável aos contratos com consumidores, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, I, 2002, pag. 98.

/05/1997<sup>34</sup>, sublinha as limitações à autonomia contratual, que visam “a protecção do contraente mais fraco ou menos experiente”<sup>35</sup>), manipulável, face à sua ignorância, dispersão, desvantagem económica, pressão das necessidades<sup>36</sup>, em confronto com o fornecedor, “detentor de uma superioridade organizativa, técnica e cognitiva”<sup>37</sup>.

Procura-se, assim, “compensar a desigualdade de facto, com uma desigualdade de direito, com vista a atingir uma igualdade ou, no mínimo, um equilíbrio”<sup>38</sup>.

Pese embora o Direito português comportar a existência de institutos como o da Boa Fé (art. 227.º, 762.º, n.º 2, 239.º, 334.º e 437.º, do CC), o regime imperativo do negócio usurário (art. 282.º, CC), e as cláusulas genéricas e abrangentes de respeito pelos “bons costumes” e ordem pública (arts. 271.º, 280.º e 281.º, CC), “o sistema não protege em geral a parte mais fraca, mas certos contraentes – o trabalhador, o aderente num contrato de adesão – que se admite se encontram nesta situação”<sup>39</sup> (Rui Moura Ramos), sendo certo que é a própria CRP que – quanto aos consumidores – lhes dedica o art. 60.º, tornando a sua tutela “um imperativo constitucional e uma tarefa do Estado Português”<sup>40</sup> (e,

---

<sup>34</sup> Sem indicação de relator, publicado na Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 10, Junho de 1997, pags.

<sup>35</sup> No âmbito, in casu, dos contratos de adesão.

<sup>36</sup> Carlos Ferreira de Almeida, Os Direitos dos Consumidores, Almedina, 1982, pag. 21.

<sup>37</sup> Elsa Dias Oliveira, A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet, Almedina, 2002, pag. 27.

<sup>38</sup> Rui Moura Ramos, citado por Elsa Dias Oliveira, ob. cit., pag. 28.

<sup>39</sup> Rui Moura Ramos, Contratos Internacionais e Protecção da Parte mais Fraca, in Contratos: Actualidade e Evolução, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pag. 357; também, Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional, Almedina, 1991; Alexandre Dias Pereira, A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVII, 2001, pags. 663-666.

<sup>40</sup> Guilherme Machado Dray, O Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais débil, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, I, Almedina, 2002, pags. 87.

daí, a publicação da Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho; do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais – DL 446/95, de 25 de Outubro<sup>41</sup>; do diploma que transpõe para o direito interno, a Directiva 97/7/CE, relativa à protecção dos consumidores, em matéria de contratos à distância – DL 143/2001, de 26 de Abril; do diploma que transpõe para o direito interno a Directiva 99/44/CE, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores – DL 67/2003, de 08 de Abril<sup>42</sup>; do Código da Publicidade – DL 330/90, de 23 de Outubro; e de muitíssimos outros diplomas para regularem concretas práticas e actividades).

Se se tem como ponto de partida e se pode “presumir que um contrato ajustado por cidadãos livres e responsáveis é um contrato intrinsecamente justo, porque querido pelas partes”, importa conciliar o “princípio da justiça contratual, com a liberdade contratual e a responsabilidade individual”<sup>43</sup>, ilidindo tal presunção em casos como o dos trabalhadores e o dos consumidores.

Ora, é neste contexto e por tudo o exposto, que cada vez mais se vem tornando necessário criar um **ambiente de segurança e confiança**<sup>44</sup> que permita um desenvolvimento sustentado do

---

<sup>41</sup> Com as alterações produzidas pelos DLs 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 07 de Julho e 323/01, de 17 de Dezembro, e que permite uma actuação em três níveis de controlo: formação do contrato (comunicação e informação); conteúdo (controlo das cláusulas abusivas); a nível processual (possibilidade de acções inibitórias).

<sup>42</sup> Publicado já posteriormente à data do Colóquio para o qual foi elaborado este texto; Sobre este diploma, vd., João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo – Comentário*, Almedina, 2003; *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, Almedina, 2001, pags. 131-168; Paulo Mota Pinto, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda – Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português – Exposição de Motivos e Articulada*, Instituto do Consumidor, 2002;

<sup>43</sup> Guilherme Machado Dray, *ob. cit.*, pag. 78.

<sup>44</sup> “Comércio Electrónico, implica credibilidade”, referia em 25/11/2000, Robert Parone (presidente da Associação de Transferência Electrónica de Fundos e consultor norte americano da nova economia), ao EXPRESSO (disponível em <http://primeirasedicoes.expresso.pt/ed1465/e164.asp>).



comércio electrónico, sem que tal ocorra prejudicando os consumidores internautas (ciberconsumidores), o que explica as especiais preocupações que a nível comunitário têm vindo a ser expressas e que levam a que, desde 1987<sup>45</sup>, venha sendo frequente a elaboração de Recomendações, Directivas e Regulamentos<sup>46</sup>.

Para compor o quadro de segurança <sup>47</sup>pretendido, foram e são essenciais, quer as constantes e surpreendentes inovações tecnológicas na área da segurança<sup>48</sup>, quer (para o que ao nosso país releva), instrumentos legislativos como os que regulam a Assinatura Digital<sup>49</sup>, a Factura Electrónica<sup>50</sup>, a Protecção dos Consumidores

---

<sup>45</sup> Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo. Uma Perspectiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, Centro de Informação Jacques Delors, 1998, pags. 124-126.

<sup>46</sup> Com interesse, vd., Eugénia Galvão Teles, *A Lei Aplicável aos Contratos de Consumo no “Labirinto Comunitário”*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Almedina, 2002, pags. 683 a 751; e Ana Guerra Martins, *O Direito Comunitário do Consumo*, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, I, Almedina, 2002, pags. 63 a 91.

<sup>47</sup> “Quanto à segurança jurídica, podem identificar-se fundamentalmente três categorias de problemas que os consumidores experimentam nos pagamentos *on line*:

i) “Não o fiz”, o que pode cobrir usos fraudulentos de um cartão de pagamento ou erros de procedimento;

ii) “Não o recebi” no caso de falta de entrega de bens ou serviços;

iii) “Não o quero” no caso em que ocorre uma entrega ou cumprimento defeituoso” (Sofia Nascimento Rodrigues, *Comércio Electrónico e Valores Mobiliários*, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 9, Dezembro de 2000, pag. 99).

<sup>48</sup> Como curiosidade, em <http://ganges.cs.tcd.ie/mepceirce/Project/oninternet.html>, podemos encontrar 150 links relativos a sistemas e mecanismos de pagamento através da Internet.

<sup>49</sup> DL 290-D/99\*, de 02 de Agosto – diploma que regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos (documento com conteúdo susceptível de representação como declaração escrita) e a assinatura digital (anterior à Directiva Comunitária 1999/93/CE, mas que tem em conta a proposta que lhe deu origem).

Trata-se de um diploma que se baseia nos princípios da não obrigatoriedade da assinatura digital (selo electrónico, certificação de origem e de integridade), da equiparação ao documento escrito e do livre acesso à actividade de certificação (sociedade ou pessoa singular, capital mínimo de 40.000.000\$00 – actualmente, € 200.000 –, idoneidade, auditada, com seguro obrigatório, com recursos humanos e credenciada), e que pode passar por uma assinatura digitalizada (reprodução de assinatura autógrafa, scannerizada), por um código secreto (password ou PIN), por uma chave biométrica (reconhecimento

em Matéria de Contratos Celebrados à Distância<sup>51</sup> e a Defesa do Consumidor<sup>52</sup>.

pelo sistema de determinadas características do utilizador – impressão digital, traçado das veias da mão, íris, sangue, face – por equipamento adequado), por uma assinatura digital ou criptográfica, constituindo um instrumento técnico ao dispor dos contraentes, que possibilita de uma forma segura (face à certificação por entidade credenciada para o efeito), o acesso aos elementos identificadores do autor de uma mensagem ou documento electrónico e da integridade do conteúdo da mensagem (Mário Castro Marques, *O Comércio Electrónico – Algumas Questões Jurídicas*, in *O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, Almedina, 2002, pags. 45 e 46.

Nele se acolhe – art. 6.º – “a propósito das mensagens electrónicas, a teoria da recepção” (Sofia Nascimento Rodrigues, *Comércio Electrónico e Valores Mobiliários*, ob. cit., pag. 87; Manuel Lopes Rocha-Marta Felino Rodrigues-Miguel Almeida Andrade, Miguel Pupo Correia-Henrique Carreiro, *As Leis do Comércio Electrónico*, Centro Atlântico, 2002, pags. 66-67; cfr., também, o art. 224.º, CC; a Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias e o Acordo Europeu Tipo para o EDI – Recomendação n.º 94/820/CE), uma vez que o documento electrónico se tem por enviado e recebido se for expedido para o endereço electrónico convencionado pelas partes e nele for recebido, não se impondo a abertura do e-mail, para produzir efeitos).

\*Alterado, entretanto, pelo DL 62/2003, de 03 de Abril (que altera 34 artigos do anterior diploma, compatibilizando-o com a aludida Directiva 1999/93/CE.

<sup>50</sup> DL 375/99, de 18 de Setembro, que regula o regime jurídico da Factura Electrónica, equiparando as facturas emitidas em suporte de papel e às facturas electrónicas (sobre este diploma, vd., Manuel Lopes Rocha-Marta Felino Rodrigues-Miguel Almeida Andrade, Miguel Pupo Correia-Henrique Carreiro, cit., pags. 186-239; Miguel Pupo Correia, *Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas*, Lusfada, II série, n.º 1, Janeiro-Junho 2003, pags.173-193).

<sup>51</sup> DL 143/2001, de 26 de Abril (que transpõe Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Maio) – protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, procurando regular as vendas automáticas e especiais esporádicas, tendo em vista assegurar que os direitos do consumidor, no que se refere à informação prestada, à identificação do vendedor, ao objecto do contrato, às condições da sua execução.

Nele se consagra: o direito de livre resolução dos contratos, por parte do consumidor; o direito ao período de reflexão de 14 dias úteis, a contar da data da assinatura do contrato ou da recepção dos produtos/serviços; a existência de um prazo livre de resolução por três meses se não foi cumprido o ónus de informação ao consumidor por parte do vendedor (identidade do fornecedor, características essenciais dos bens/serviços, despesas de entrega, modalidades de pagamento, etc.) – art. 6.º; que os bens e serviços destinados ao consumo devem satisfazer os fins a que se destinam

Na última linha, temos os Tribunais, que, apesar de tudo, têm de alguma forma sido poupados a uma opção muitas vezes seguida, de para eles “empurrar” aquilo que os legisladores não conseguem resolver (o que sempre cria o risco e o perigo de fazer transpor para o campo da juridicidade, uma discussão que tem muito de político, acabando por poder prejudicar e desprestigiar ambos os campos): “o direito português tem resposta para as questões que o electrónico pode levantar”<sup>53</sup> e se mais litígios não têm sido suscitados, é porque não ocorreram, ou porque foram resolvidos extrajudicialmente, ou porque, simplesmente, os intervenientes preferiram não os suscitar (muitas vezes, por desconhecimento dos seus direitos).

De facto, o legislador nacional tem, nas matérias de direito do consumo e de comércio electrónico, mantido uma postura razoavelmente ponderada, procurando evitar precipitações capazes de tornarem os diplomas letra morta ou de serem rapidamente ultrapassados pela realidade<sup>54</sup>.

Essencial é – todavia – continuar a trabalhar no desenvolvimento de Convenções Internacionais (dada a transnacionalidade dos problemas que se colocam) e na transposição das Directivas da União Europeia, com mais celeridade<sup>55</sup>, até porque não estamos diante de um qualquer “espaço livre de direito”<sup>56</sup>.

---

e produzir os efeitos que lhes eram atribuídos, de forma a que fiquem satisfeitas as legítimas expectativas do consumidor; se produto contiver defeitos, concede os direitos de exigir reparação, substituição, redução de preço, resolução – arts. 9.º, 18.º e 19.º; que pode haver denúncia em 30 dias, após conhecimento, no prazo de um ano.

<sup>52</sup> Lei 24/96, de 31 de Julho.

<sup>53</sup> Paula Costa e Silva, *Transferência Electrónica de Dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, pag. 216.

<sup>54</sup> Paula Costa e Silva, *Transferência...*, cit., pag. 216.

<sup>55</sup> Procurando – em qualquer caso – evitar incontidas e por vezes incontinentes vontades legiferantes, com respeito pela sensatez e pela fuga a fundamentalismos de qualquer espécie (com interesse, vd., Eduardo Garcia de Enterría, *Justicia e Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, 1999; e Filipe Fraústo da Silva, *Proliferação Legislativa: Que hipóteses de superação?*, *Legislação-Cadernos de Ciência e Legislação*, n.º 7, Abril/Junho 1993, INA, pags. 83 a 95).

Releva neste ponto a verificação da noção de **consumidor** (que não possui um sentido único, nos vários diplomas que a ele se referem<sup>57</sup>). Assim, o art. 2.º, n.º 1, da LDC<sup>58</sup>, define-o como “todo aquele<sup>59</sup> a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços

---

<sup>56</sup> Paulo Mota Pinto, Sobre Alguns Problemas Jurídicos da Internet, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, pag. 365.

<sup>57</sup> Elsa Dias Oliveira, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, 2002, pag. 57; Ana Guerra Martins, *O Direito Comunitário do Consumo*, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, I, Almedina, 2002, pags. 67-68.

<sup>58</sup> Lei 23/96, de 31 de Julho.

<sup>59</sup> Para uns, apenas *pessoa singular* (Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor* Anotada, Instituto do Consumidor, 1997, pag. 29; Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Almedina, 1999, pags. 86-87, parece entender, recorrendo à Directiva sobre os contratos à distância, que estão excluídas as pessoas colectivas; Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, *Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pags. 397-399, entendendo que estando uma empresa que adquire um bem a afectá-lo a um uso profissional, está excluída – em princípio – do conceito; Elsa Dias Oliveira, *ob. cit.*, pags. 55-56 e 52-53, assinala que a LDC não esclarece a questão, mas que as directivas comunitárias tendem a entender que o consumidor deverá ser sempre uma pessoa singular e não uma pessoa colectiva; João Calvão da Silva, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, Almedina, 2001, pags. 132-133, que entende estão de fora as pessoas colectivas e as singulares que actuem no âmbito da sua actividade profissional), para outros, também *pessoa colectiva* (vd., o essencial – e, cremos que com a argumentação mais sólida e pertinente –, Paulo Duarte, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, Coimbra, 1999, pags. 649 a 700, em especial, 661 a 665, onde se releva a “largueza extensiva” da expressão “todo aquele” e se sublinha a necessidade de verificação caso a caso do “princípio da especialidade do fim”, sendo de “postergar tomadas de posição de vezo ontologista, que *a priori* recusem às pessoas colectivas, só pelo simples facto de o serem, a possibilidade de acederem à posição jurídico-constitucional de consumidor”; também, Paulo Mota Pinto, in *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, nota 45; vd., ainda, Jorge Pegado Liz, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Editorial Notícias, 1999, pags. 186-187).

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” (ou seja, tem de ser alguém que celebra um contrato para finalidade estranha à sua actividade comercial ou profissional<sup>60</sup>).

Para efeitos da Directiva 2000/31/CE, do PE e do Conselho, de 08/06/2000<sup>61</sup>, a noção é a de pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial empresarial ou profissional<sup>62</sup>.

Em todo o caso, podemos assumir a noção de consumidor como todo aquele que adquire bens, direitos ou a quem sejam prestados serviços (destinados a um uso não profissional), a uma empresa ou a um profissional que vise o lucro (sendo de assinalar que, para efeitos do DL 446/85, de 25 de Outubro<sup>63</sup>, o art. 20.º, é algo mais abrangente, porque alarga proibições às relações entre empresários e profissionais liberais, “quando intervenham nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica”).

---

<sup>60</sup> Alexandre Dias Pereira, Os Pactos Atributivos de Jurisdição nos Contratos Electrónicos de Consumo, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pag. 285.

<sup>61</sup> Disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex>, relativa a aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, dedicando a sua “Secção n.º 3”, aos contratos celebrados por meio electrónicos e está actualmente em discussão no Parlamento Português.

Destina-se tal Directiva, a regular o comércio electrónico, entendido como qualquer serviço, pago à distância, prestado por meio de equipamento electrónico de processamento, que envolva armazenamento de dados e seja efectuado a pedido expresso do destinatário do serviço de dados (abarcando a Internet, o correio electrónico, o fax, a transferência electrónica de dados (EDI) e os pagamentos electrónicos).

Com ela se procura, fundamentalmente, que o controlo dos serviços da sociedade de informação seja exercido na fonte, ou seja, no estado-membro em que o prestador se encontra (cfr., Sofia Nascimento Rodrigues, Comércio Electrónico e Valores Mobiliários, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 9, Dezembro de 2000, pag. 87).

<sup>62</sup> Do mesmo modo, há que relevar que, “pessoa singular” é exigência e definição do art. 1.º, n.º 3, a), DL 143/2001, de 26 de Abril.

<sup>63</sup> Com as alterações assinaladas na nota 41.

Ora, com todo o enquadramento até aqui feito, vejamos em que sede e em que termos se podem suscitar os conflitos e os problemas e como e quem os pode resolver.

Da análise da matéria e da apreciação do trabalho doutrinal que tem vindo a ser realizado, crê-se que os temas *conflituáveis* poderão passar, nomeadamente e só para citar alguns:

- pela verificação da Identidade das Partes, capacidade jurídica e competência para a prática dos actos;
- pela prova do contrato (momento, data e local da celebração e da conclusão) – situações estas que os diplomas respeitantes à assinatura digital e à factura electrónica abordam, e cuja regulamentação legal traduziu um enorme contributo para a consolidação e desenvolvimento do comércio electrónico, ao criar condições para garantir a autenticação electrónica dos dados, dando segurança aos agentes económicos;
- pela apreciação da validade do contrato, verificando os conteúdos contratuais, das cláusulas jurídicas convencionadas (regime das cláusulas contratuais gerais<sup>64</sup> e dos contratos de adesão, possibilidade de rescisão unilateral dos contratos<sup>65</sup>, apreciação da responsabilidade das partes no con-

---

<sup>64</sup> Que assentam em características de pré-elaboração (predisposição unilateral), rigidez e indeterminação (generalidade): presentes estes três elementos, presume-se que as referidas convenções contratuais não resultaram de negociação prévia entre as partes.

Trata-se de um modo de contratar que se caracteriza, num primeiro momento, pela prévia estipulação, por parte da Autora, em forma geral e abstracta, das cláusulas ou “condições contratuais”, com vista à sua futura incorporação no conteúdo dos contratos do “tipo” em alusão. Subsequentemente, a conclusão de cada um desses singulares contratos, a aplicação uniforme dessas mesma cláusulas ou condições é assegurada através da recusa do seu predisponente em negociá-las, colocando, assim, a contraparte, perante a alternativa de se sujeitar às condições prefixadas ou de desistir do contrato, renunciando à almejada prestação. Optando pela sujeição, passará a “dar vida a um contrato cujo processo formativo não reproduz a sua imagem ideal” (Joaquim de Sousa Ribeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Almedina, 1990, pag. 39).

<sup>65</sup> Maria Raquel Guimarães, *Comércio Electrónico e Transferências Electrónicas de Fundos*, in *O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, Almedina, 2002, pags. 77-78

- trato de utilização de cartões bancários, por operações não autorizadas, licenças de shrink/click wrap<sup>66</sup>, etc.);
- pela apreciação desta matéria no âmbito do regime legal da contratação à distância, em que se fazem relevar questões como o direito ao arrependimento<sup>67</sup>, a distribuição do risco<sup>68</sup> e a reacção contra a venda de produtos defeituosos;

---

<sup>66</sup> O adquirente, antes de abrir o pacote de software e poder utilizar os produtos adquiridos, aceita os termos da licença: trata-se de uma forma de contratação, que terá já suscitado decisões contraditórias em Tribunais estrangeiros, sem que tenha ainda sido colocada perante os nossos. Assim, vd. Ana Margarida Marques-Mafalda Anjos-Sofia Queiróz Vaz, 101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática, Centro Atlântico, 2002, pag. 136.

<sup>67</sup> Legitimidade “desvinculativa que não tem paralelo da parte do alienante e que corresponde, no quadro geral da teoria do contrato, a uma situação de clara excepção ao princípio da estabilidade contratual” (Januário Gomes, Sobre o ‘Direito de arrependimento’ do Adquirente de Direito Real de Habitação Periódica (Time Sharing) e a sua Articulação com Direitos Similares noutros Contratos de Consumo, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Julho de 1995, n.º 3, pag. 79).

O que está em causa com a garantia deste direito é uma preocupação de “assegurar que as obrigações sejam assumidas com suficiente consciência e ponderação” (Carlos Ferreira de Almeida, Os Direitos dos Consumidores, Almedina, 1982, pag. 148 – sobre o direito ao arrependimento, vd., a nota 43, na página 92); “obedecendo sempre à ideia de que o consumidor deve poder pesar a oferta ou o “produto” “à tête reposée”” (Januário Gomes, ob. cit., pag. 80; Jacques Ghestin-Bernard Desché, *Traité des Contrats – La Vente*, LGDJ, 1990, Paris, pags. 137-139, 314-315 e 340, em especial, pag. 138 – com referências relevantes ao “*délai de réflexion*” e ao “*délai de rétractation ou de repentir*”, permitindo este último assegurar de forma mais eficaz aqueles que mais facilmente se deixam suggestionar; Georges Ripert-René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, Tome 2, 15<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 1996, pag. 629; Enrique Rubio Torrano, *Contratación a Distancia y Protección de los Consumidores en el Derecho Comunitario; En Particular, el Desistimiento Negocial del Consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, pags. 59-77, em especial, 73-77; Gemma Alejandra Botana García, *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*, J.M.Bosch Editor, 1994, pags. 111-118; Fernando Santos Silva, *Dos Contratos negociados à distância*, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Março de 1996, n.º 5, pags. 53-54; Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo. Uma Perspectiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, Centro de Informação Jacques Delors, 1998, pag. 124; *Protecção do Consumidor*, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Setembro de 1997, n.º 11, pag. 20; Mário Frota, *Os Contratos de Consumo*

- pela verificação da lei aplicável e da jurisdição competente, para apreciação e decisão do conflito (relevando aqui a opção por saber a quem pertence o ónus da prova, por exemplo, de operações de transferência ou levantamento de dinheiro, por via electrónica);
- pela regulação de situações como o *spamming* (envio de e-mails em massa, não solicitados, no âmbito de estratégias de marketing e publicidade, ou de informação<sup>69</sup>), para a qual não há legislação específica em Portugal<sup>70</sup> (pois está

---

– realidades sócio-jurídicas que se perspectivam sob novos influxos, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Setembro de 2000, n.º 23, pags. 23 a 27).

Será pois o circunstancialismo especial, vivido pelo ciberconsumidor, que justifica a protecção que o legislador sentiu necessidade de regular, permitindo-lhe formar uma vontade mais fortalecida – ao longo dos dias que lhe são concedidos – e esclarecida – (Jacques Ghestin-Bernard Desché, *Traité des Contrats – La Vente*, LGDJ, 1990, Paris, pag. 138).

Vd., ainda, as nossas sentenças de 15 de Maio de 1997 e 07 de Maio de 1997, proferidas nos Processos n.º 403-A/97 e 239-A/97, da 1ª e 3ª Secções do 9.º Juízo Cível de Lisboa, publicadas na Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Junho de 1998, n.º 14, pags. 84 a 94 e 95 a 100).

<sup>68</sup> E, aqui, cremos poder ter como base, o princípio de que quem tem uma estrutura e usa da tecnologia em seu benefício (lucro), deve aceitar os riscos do mau funcionamento do sistema (a não ser que o receptor tenha meios que lhe permitam ou devessem permitir identificar os erros) (Paula Costa e Silva, *Transferência Electrónica de Dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, pags. 216 Paula Costa e Silva, *Transferência Electrónica de Dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, pag. 224).

<sup>69</sup> Que também cria problemas ao nível da privacidade, cfr., Luís de Menezes Leitão, *A Distribuição de Mensagens de Correio Electrónico Indesejadas (SPAM)*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, II, Almedina, 2002, pags. 222-223 e 239-240.

<sup>70</sup> Nos outros países, vd., [www.spamlaws.com](http://www.spamlaws.com) e <http://www.emailtoday.com>; Vd., ainda, a recente Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, disponível em [http://europa.eu.int/eur-lex/pr/pt/oj/dat/2002/l\\_201/l\\_20120020731pt00370047.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pr/pt/oj/dat/2002/l_201/l_20120020731pt00370047.pdf); Com mais dados, Ana Margarida Marques-Mafalda Anjos-Sofia Queiróz Vaz, *101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2002, pag. 125-130; e, essencial, Luís de Menezes Leitão,



- expressamente excluída do âmbito da Lei 6/99, de 27 de Janeiro, pelo seu art. 1.º, n.º 2<sup>71</sup>)<sup>72</sup>;
- pela existência de conflitualidade já latente entre Bancos e os seus clientes<sup>73</sup> (repare-se que, por um lado, hoje em dia,

---

A Distribuição de Mensagens de Correio Electrónico Indesejadas (SPAM), in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, II, Almedina, 2002, pags. 219-240.

<sup>71</sup> Se bem que Alexandre Dias Pereira, defenda a aplicação do art. 23.º, do Código da Publicidade, respeitante à publicidade domiciliária (Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica, Almedina, 1999, pags. 93-95; Contra, Luís Menezes Leitão (A Distribuição..., cit., pag. 238; concordando com Celso Serra, Publicidade Ilícita e Abusiva na Internet, relatório de mestrado, não publicado), assinalando ser “muito forçada”, a qualificação como publicidade domiciliária, quando a caixa de correio electrónica pode ser acedida de qualquer ponto do mundo, através de um computador.

<sup>72</sup> Sendo certo que, no que respeita a mensagens comerciais, rege a Lei 69/98, de 28 de Outubro (que regula – transpondo a Directiva 97/66/CE – o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações), que no seu art. 12.º, n.º 1 e 2, proíbe acções de marketing directo, com utilização de aparelhos de chamada automática ou aparelhos de fax, sem o consentimento prévio do assinante chamado, dando a este o direito de se opor à recepção de chamadas não solicitadas, por meios diferentes, o que tem capacidade de abarcar este tipo de mensagem electrónica (Luís Menezes Leitão, A Distribuição..., cit., pag. 240), deixando, todavia, fora de regulação, o correio electrónico sem características comerciais, não desejado).

Trata-se esta de uma matéria relativamente à existe já uma vasta produção jurisprudencial estrangeira.

Reunindo vários casos ocorridos nos Tribunais norte-americanos, vd. [www.spamlaws.com/cases/](http://www.spamlaws.com/cases/), <http://legal.web.aol.com/decisions/dljunk/>, <http://www.jmls.edu/cyber/cases/spam.html>, <http://law.spamcon.org/us-cases/index.shtml>. Casos ocorridos em Tribunais de outros países, vd., <http://law.spamcon.org/intl-cases/index.shtml#individual-notes>.

<sup>73</sup> Nomeadamente respeitante a instrumentos de pagamento electrónico (os que permitem através do recurso a meios informáticos, o acesso à distância a uma conta bancária do utilizador: cartões de crédito, de débito, de despesa [de débito diferido], a situações ocorridas em sede de banca a domicílio/banca à distância [phone banking, Internet banking, home banking], ou relativas a porta moedas electrónico ou saldo gravado no computador (como que se paga em cash).

Sobre o PMB, vd., com interesse, Fernando Conceição Nunes, O Porta-Moedas Electrónico, in Estudos de Direito Bancário, Coimbra Editora, 1999, pags. 213 a 240.

os contratos de depósito vêm uma grande parte da sua utilidade dependente da possibilidade do recurso a meios electrónicos para a sua movimentação e, por outro, que, de acordo com um estudo da Deloitte Consulting, o custo de uma transacção bancária custa **mais de um euro ao balcão, 50 cêntimos ao telefone, 25 cêntimos no Multibanco e apenas um cêntimo através da Internet**)<sup>74</sup>.

As relações de consumo (entre um particular e um comerciante), podem no âmbito deste tipo de comércio gerar conflitos na ordem interna (ambos os intervenientes portugueses e com residência e sede em Portugal), intracomunitários (ambos os intervenientes de países pertencentes à União Europeia e com residência e sede nela) e extracomunitários.

Quanto a estas últimas, o factor de determinação da lei aplicável através das regras de conflito nacionais aplicáveis a situações plurilocalizadas do nosso Código Civil (arts. 41.º e 42.º, CC) e da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980<sup>75</sup> (que se sobrepõe às regras de conflitos nacionais), é o lugar da execução da obrigação (que não é certamente o mais adequado para o caso da **execução de obrigações on line** – pagamento electrónico, download de programas –, como critério de conexão mais estreita ou de interesse sério dos declarantes<sup>76</sup>).

Os factores mais adequados haverão de ser os que se prendem com a situação de cada uma das partes.

<sup>74</sup> Ana Margarida Marques-Mafalda Anjos-Sofia Queiroz Vaz, 101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática, Centro Atlântico, 2002, pag. 109.

<sup>75</sup> Geraldo da Cruz Almeida, Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 – Sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, Pedro Ferreira-Editor, Lisboa, 1999; Elsa Dias Oliveira, Lei Aplicável aos Contratos Celebrados com os Consumidores Através da Internet e Tribunal Competente, *in* Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, Centro de Direito do Consumo – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, pags. 219-238.

<sup>76</sup> No caso da execução de obrigações off line ou por encomenda – já vale esse critério.

Assim, face ao art. 5.º, da aludida Convenção, a lei da residência do consumidor é lei supletiva, quanto a contratos concluídos com consumidores, sobre bens móveis/prestação de serviços e financiamento de aquisição desses bens (sem prejuízo de na opção e escolha por uma determinada lei, se aplicarem, em todo o caso, as normas imperativas de defesa do consumidor da lei do domicílio do consumidor), isto, desde que tenha sido recebido proposta directa ou tenha sido consultado anúncio e tenha executado no seu país os actos necessários à celebração do contrato<sup>77</sup>.

O objectivo, deste regime, como se refere no relatório explicativo da Convenção, é precisamente o de proteger a parte mais fraca.

Nesta linha, aliás, refere *Rui Moura Ramos*, que o art. 19.º, g], do já citado DL 446/85, “proíbe a *electio iudicis* quando ela envolva graves inconvenientes para uma das partes sem que os interesses da outra o justifiquem (não leva a palma em vantagens à prevista na Convenção de Bruxelas que, nos contratos em que intervém o consumidor ou o segurado, apenas admite a estipulação convencional de competência quando ela é posterior ao litígio, aumenta o leque de escolhas oferecidas à parte mais fraca ou quando o pacto atribui competência jurisdicional aos tribunais dos Estados onde residem ambas as partes, a menos que a lei desse estado a não aceite”<sup>78</sup>.

Quanto ao problema do Tribunal competente, depois de se assinalar que “o problema da competência judiciária articula-se em torno de *um princípio de equilíbrio entre as partes*, aferido pela

---

<sup>77</sup> Com interesse, vd., Alexandre Dias Pereira, Os Pactos Atributivos de Jurisdição nos Contratos Electrónicos de Consumo, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pags. 281 a 300.

<sup>78</sup> Contratos Internacionais e Protecção da Parte mais Fraca, in Contratos: Actualidade e Evolução, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pag. 356; Luís Lima Pinheiro, Direito Aplicável aos contratos com consumidores, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, I, 2002, pag. 94; Dário Moura Vicente, A Competência Judiciária em Matéria de Conflitos de Consumo nas Convenções de Bruxelas e de Lugano: Regime Vigente e Perspectivas de Reforma, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, I, 2002, pag. 123).

existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro<sup>79</sup>, importa referir que rege – desde 01 de Março de 2002 – o Regulamento (CE) 44/2001<sup>80</sup>, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000<sup>81</sup> (respeitante à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial; cfr., também o art. 65.º, CPC), que prevê no art. 16.º, n.º 1, quanto ao B2C, que “em matéria de contratos por estes celebrados, que o consumidor possa intentar um acção contra a outra parte no contrato, quer perante os Tribunais do estado Membro, em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio”<sup>82</sup> (acrescentando o n.º 2, que a outra parte só pode intentar a acção contra o consumidor, nos Tribunais do Estado membro do seu domicílio).

“Na esfera das transacções *on line* com consumidores”, sublinha Sofia Nascimento Rodrigues, “tenderá, portanto, a prevalecer (incluindo em caso de escolha em contrário) a lei e a jurisdição do país da residência do consumidor (ou do lugar a partir do qual este emitiu a ordem ou o pedido), sempre que essa lei seja mais protectora do que a lei do Estado do prestador do serviço”<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Alexandre Dias Pereira, Os Pactos Atributivos de Jurisdição nos Contratos Electrónicos de Consumo, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, nota 45); e A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001..., cit, pags. 663-666.

<sup>80</sup> Sobre este diploma, vd., Miguel Teixeira de Sousa, Âmbito de Aplicação do Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I), in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, II, Almedina, 2002, pags. 675-691; Alexandre Dias Pereira, A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVII, 2001, pags. 633-687; e, também, Os Pactos Atributivos de Jurisdição nos Contratos Electrónicos de Consumo, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pags. 281 a 300.

<sup>81</sup> Publicada no Jornal Oficial n.º L012, de 16/01/2001.

<sup>82</sup> Mário Castro Marques, O Comércio Electrónico – Algumas Questões Jurídicas, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pag. 53).

<sup>83</sup> Sofia Nascimento Rodrigues, Comércio Electrónico e Valores Mobiliários, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 9, Dezembro de 2000, pag. 87.

Fora do espaço comunitário, teremos de aplicar os arts. 41.º e 42.º, do Código Civil e os arts. 65.º e 65.ºA, CPC<sup>84</sup>, podendo ainda servir como elemento de enquadramento, as iniciativas de *soft law*<sup>85</sup>.

\*

Iniciei as minhas palavras, com a referência a que esta seria uma comunicação algo *virtual*.

E é-o porque todas as referências feitas mereceriam que agora desse conta do que os Tribunais portugueses sobre esta matéria têm dito, ou como sobre ela se têm pronunciado.

Só que, das decisões publicadas ou das disponíveis através das Bases de Dados, directamente relacionadas com o comércio electrónico, não as encontramos.

As questões que chegam aos nossos Tribunais e que podem ser relacionadas, com esta matéria, passam sobretudo pelo controlo de validade das cláusulas contratuais gerais, em especial no que concerne aos contratos de utilização de cartões bancários (o que se compreende, pela circunstância de 97% das compras *on line* serem pagas com cartão de crédito<sup>86</sup>, estimando-se mesmo que, em 2002, 11 a 16% dos cartões emitidos terá resultado de contas abertas *on line*<sup>87</sup>).

Tais acções são intentadas por associações de defesa do consumidor ou pelo Ministério Público, e os instrumentos de pagamento electrónico originadores dos conflitos são – invariavelmente – cartões de débito, de crédito, ou de despesa.

---

<sup>84</sup> António Costa Neves Ribeiro, ob. cit., pag. 113.

<sup>85</sup> Entendida como “um conjunto de «regas de conduta que, em princípio, não têm força vinculativa do ponto de vista legal, mas que, apesar disso, produzem efeitos práticos” (*Francis Cnyder*, citado por *Ana Guerra Martins*, ob. cit., pag. 69).

<sup>86</sup> Carlos Torres Albuquerque, A Internet e a Banca, Comércio Electrónico e Valores Mobiliários, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 9, Dezembro de 2000, pags. 173

<sup>87</sup> Carlos Torres Albuquerque, ob. cit., pags. 173.

As Sentenças e Acórdãos que se passam a referenciar, mesmo que algumas se pronunciem sobre outros temas, permitem retirar elementos interpretativos relevantes para definir importantes tendências de apreciação:

- Sentença de 02 de Março de 1994, do 15.º, Juízo Cível de Lisboa, *Ana Paula Boularot*, que decidiu fazer recair sobre o titular do cartão a responsabilidade pelas operações automáticas de levantamento, de numerário, alegadamente levadas a cabo por terceiro, na medida em que não provou o furto, nem que os levantamentos tenham sido devidos a falhas técnicas do sistema<sup>88</sup>;
- RL 16/06/1994, *Noronha Nascimento*, CJ, 3, 121<sup>89</sup> (confirmado pelo STJ 20/06/1995, *Pais de Sousa*. [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj) e CJSTJ, 2, 136) – MP vs. CGD – entendendo como violadoras da ordem pública, cláusulas que invertam ou alterem a distribuição do risco e de repartição do ónus da prova, ou que tenham como efeito a exclusão da responsabilidade de um dos contraentes se se verificarem determinados requisitos, sendo que, faz recair sobre a entidade emitente do cartão o ónus de provar que foi utilizado pelo seu titular para realizar as operações cujo reembolso exige, mas que, como sem o conhecimento do código pessoal, o cartão não pode ser utilizado, sobre o titular recai uma obrigação de confidencialidade (nula seria a cláusula que transfere o risco de utilização por terceiro em caso de extravio/furto, sem culpa daquele); este acórdão faz recair sobre o titular do cartão, uma presunção de culpa no que à sua utilização por um terceiro respeita<sup>90</sup>;

<sup>88</sup> Maria Raquel Guimarães, *As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Crédito*, Almedina, 1999, pag. 241.

<sup>89</sup> E também, in *Fernando Conceição Nunes-Paulo Câmara*, *Direito Bancário*, AAFDL, 1994/1995, pags. 126-152.

<sup>90</sup> Maria Raquel Guimarães, *As Transferências...*, ob. cit., pags. 241-242.

- STJ 20/06/1995, *Pais de Sousa*, CJSTJ, 2, 136, que considera ilícita a cláusula que onere o titular até ao termo das 48 horas seguintes à comunicação dos factos à entidade emissora, por não poderem recair sobre o titular os problemas burocráticos-administrativos da emitente (é esta que tem os meios de criação de mecanismos que permitam barrar o cartão);
- RL 26/10/1998, *Jorge Santos*, CJ, 5, 109, que tem como ilícita cláusula que preveja que a não reclamação dos valores constantes do extracto até dado prazo, corresponde ao reconhecimento pelo titular, das dívidas nele inscritas (por impôr uma ficção de recepção do extracto – carta extraviada e titular ausente, por ex. – e a valoração do silêncio do titular como reconhecimento da sua correcção e dívida);
- STJ 03/12/1998, *Armando Lourenço*, CJSTJ, 3, 144 e RL 09/10/1997, *Ponce de Leão*, CJ, 4, 109 (Deco vs. BCP e CPP), que têm como válida uma cláusula que preveja para efeitos de modificações do contrato, um pré aviso de 30 dias;
- RL 19/10/2000, *Salazar Casanova*, CJ, 4, 124 – que considera inválida, por abusiva, cláusula semelhante, que preveja pré aviso de 15 dias (ainda que não em absoluto, dependendo dos meios utilizados);
- RL 20/04/1999, *Pimentel Marcos*, CJ, 2, 110, que considera inválida cláusula que preveja que qualquer das partes pode a todo o tempo e sem justificação ou aviso prévio, denunciar o contrato e as condições de utilização (por lesar altamente os interesses do titular, que veria unilateralmente e sem fundamento, frustrados, os fins que o levaram a contratar);
- Sentença de 03/05/1999, 2.º Juízo Cível de Lisboa, RPDC, n.º 20, Dezembro de 1999, pag. 147 (intentada pela Unicre), que julga inválida cláusula, que prevê que o titular se obriga a reembolsar a emitente, pelo que for pago por força do uso indevido do cartão, até ao momento da comunicação do roubo/extravio, mesmo que ultrapasse o limite do crédito;
- STJ 02/06/1999, *Quirino Soares*, Processo 99B387, [www.dgsj.pt/jstj](http://www.dgsj.pt/jstj) (que confirmou o RL 14/01/1999, *Narciso*

- Machado*, Processo n.º 0070636, [www.dgsi.pt/jtrl](http://www.dgsi.pt/jtrl) ), sublinha e realça a estreita ligação entre o efectivo acesso aos termos do contrato, que com a entrega de um exemplar/cópia se procura assegurar, e a possibilidade de o titular **repensar a sua decisão** (se o exemplar não é entregue na altura da celebração do contrato, como pode o consumidor ponderar sobre um texto que não tem à mão), acrescentando que os interesses do consumidor não podem ficar dependentes das conveniências burocráticas/organizacionais do credor<sup>91</sup>;
- STJ 17/06/1999, *Abílio Vasconcelos*, CJSTJ, 2, 148; RL 26/10/1998, *Jorge Santos*, CJ, 5, 109, que defendem que a cláusula que responsabiliza o titular de cartão de débito/crédito, mesmo sem culpa sua, é nula, por traduzir uma inversão do ónus da prova e uma restrição aos meios probatórios legalmente admitidos, o mesmo sucedendo quanto à que permite a qualquer das partes denunciar o contrato, a todo o tempo e sem justificação ou aviso prévio;
  - STJ 07/07/1999, *Machado Soares*, Processo n.º 99A510, [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), que entende que, na interpretação de um contrato de adesão (de seguro), não deve prevalecer o sentido mais favorável ao aderente (leia-se consumidor), se do ponto de vista do declaratório normal, colocado na posição de um declaratório real, outro dever ser o sentido da cláusula;
  - o STJ 18/11/1999, *Ferreira de Almeida*, Processo n.º 99B869, [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), que defende que é o fornecedor de bens ou serviços que tem de informar de forma completa o consumidor dos serviços e benefícios que presta e concede, estando o consumidor dispensado do ónus de tomar

---

<sup>91</sup> vd., também, *Joana Vasconcelos*, Emissão de Cartões de Crédito, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, I, 2002, pags. 175 e 176, que assinala, que este entendimento, aplicado aos cartões de crédito, leva a considerar que, o momento relevante para início da contagem do prazo de revogação pelo titular consumidor, é o da recepção do cartão e cópia do contrato, enviados pelo emitente (e não o da assinatura da proposta, como consta em vários casos, da Unibanco, Totta, BES e VISA).



- as iniciativas necessárias ao seu correcto esclarecimento;
- o STJ 23/11/1999, *Garcia Marques*, BMJ 491-241 (MP vs. CGD), que entende as Recomendações da Comissão 87/598/CEE, de 08/12/1987 (JOCE n L 365) – relativa a código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico; Recomendação 88/590/CEE, de 17/11/1988 (JOCE n.º L 317) – relativa aos sistemas de pagamento e às relações entre o titular e o emissor dos cartões; e – 97/489/CE – relativa a transacções através de meios electrónicos de pagamento; como não possuindo **valor vinculativo** (pois o art. 3.º, n.º 1, do DL 166/95, prescreve que as entidades emitentes de cartões bancários, ao elaborar as respectivas condições de utilização, deverão “ter em conta” as recomendações emanadas da União Europeia, o que não é de molde a conceder à norma contida naquelas recomendações a vinculatividade de que, *a se*, não dispõem); mais considerando válida cláusula que prevê que os prejuízos derivados de utilização abusiva, no período anterior à comunicação, correm por conta do titular, até ao montante de 150 euros por ocorrência<sup>92</sup>; mas já é nula a cláusula que permite denúncia do contrato com pré aviso de três dias;
  - RL 14/02/2000, *Torres Veiga*, Actualidade Jurídica, III, Abril Maio, 54 e CJ, 1, 110, que admite a validade de cláusula

---

<sup>92</sup> Sobre esta matéria, importa assinalar que a “partilha dos meios de acesso entre o banco e o cliente indispensável à realização do pagamento electrónico veio criar uma situação nova” (Amável Raposo, *Alguns Aspectos Jurídicos dos Pagamentos Através das Caixas Automática: Responsabilidade Civil e Prova*, 1988, BMJ 377, pag. 20), na qual também o cliente dispõe da chave de acesso ao dinheiro.

Em matéria de repartição de riscos, o critério, há-de atender à posição privilegiada em que um e outro, dos intervenientes (titular e emitente) sucessivamente, se encontram para detectar e promover a exclusão do sistema do cartão perdido, furtado ou irregularmente reproduzido (*Joana Vasconcelos*, *Emissão...*, cit., pag. 180).

Até à comunicação da ocorrência fortuita ou criminosa, o titular é o único que pode impedir a utilização fraudulenta do cartão, mas, depois disso, parece-nos excessivo sobrecarregá-lo, devendo ainda ter-se como limite para a sua responsabilização a possibilidade “razoável” de efectuar a comunicação.

que preveja a responsabilização do titular por todas as operações realizadas até à comunicação, desde que tenha como limite o crédito fixado pela emitente ao titular e por este disponível;

- STJ 16/03/2000, *Sousa Dinis* (não publicado) – MP vs. BPI – que julga inválidas cláusulas que prevêm denúncia a todo o tempo, sem justificação; que prevêm responsabilidade do titular independentemente de culpa, pelas operações efectuadas até à comunicação, por alterar regras de distribuição do risco; que prevêm que sempre que o PIN é utilizado, se presume que foi utilizado pelo titular; que prevêm que a utilização do PIN implica a confirmação da transacção e o compromisso de reembolso, por alterarem as regras de repartição do ónus da prova (é ao banco que cabe a prova de que o cartão foi utilizado pelo seu titular); que prevêm que a dívida se considera exacta, não sendo recebida comunicação em contrário, até à data limite de pagamento; que prevêm que em depósito num ATM, prevaleça o montante apurado pelo Banco sobre o valor digitado pelo cliente;
- STJ 12/10/2000, *Nascimento Costa*, CJ, 3, 67, que considera proibida cláusula que preveja rescisão *ad nutum* pelo Banco;
- STJ 23/11/2000, *Sousa Inês* (com declaração de voto de *Nascimento Costa*), CJSTJ, 3, 133 (MP vs. BPI), que julga nulas: a cláusula que responsabiliza o titular até 24h do dia seguinte ao da recepção da comunicação escrita ao Banco do roubo/furto/falsificação; a cláusula que afirma prevalecerem os montantes apurados pelo Banco, sobre os digitados pelo utilizador nos depósitos em ATM; a cláusula que permite denúncia livre do contrato pelo Banco;
- STJ 13/12/2000, *Abílio Vasconcelos* (não publicado) – Montepio Geral vs. Clínica Dentária e médico), julga válida cláusula que obriga o titular a comunicar extravio, furto, roubo do cartão, pelo meio mais rápido ao dispor, ficando obrigado a reembolsar a o Banco, no que este pagar pelo uso indevido, até ao momento do recebimento da comunicação;

- Sentença de 22/06/2001, do 3.º Juízo Cível de Lisboa, *Fernando Vilares Ferreira*, Subjudice n.º 18, Abril/Junho, 2000, pag. 23 MP vs. BPI), que considera nula a cláusula que prevê, que em caso de divergência entre o Banco e o titular, incumbe a este a prova dos factos que invoque e que o extracto se considera exacto se não houver reclamação até à data limite de pagamento; bem como a cláusula que permite ao Banco cancelar unilateralmente o cartão, com pré aviso de dois dias;
- STJ 11/10/2001, *Silva Paixão*, CJSTJ, 3, 76 ( MP vs. BESCL), que julga nulas: a cláusula que prevê que o titular é responsável por todas as transacções efectuadas até ao momento do aviso extravio/perda/furto; a cláusula que afirma prevalecerem os montantes apurados pelo Banco, sobre os digitados pelo utilizador nos depósitos em ATM; a cláusula que permite ao Banco exigir devolução do cartão por inadequada utilização, sem possibilidades de ser reclamada indemnização; a cláusula que considera aceites os valores do extracto, não sendo contestados em 15 dias, após o envio do aviso;
- STJ 14/02/2002, *Ferreira de Almeida* (não publicado) – MP vs. BFE, que considera válida cláusula que prevê que os prejuízos derivados de utilização abusiva, no período anterior à comunicação, correm por conta do titular, até ao montante de 150 euros por ocorrência; válida a cláusula que permite alterações ao contrato, após comunicação escrita, sem nada dizer em 15 dias o cliente, ao qual se permite, a rescisão;
- STJ 19/11/2002, *Azevedo Ramos*, [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj) (António vs. BCP), que considera nulas cláusulas que atribuem ao titular a responsabilidade por todas as transacções efectuadas, sem lhe facultarem a prova da ausência de culpa na respectiva utilização.

\*\*

A Jurisprudência disponível sobre esta matéria e que fuja aos temas indicados, não nos atrevemos a dizer que inexistente, mas

encontrá-la será bem mais difícil que encontrar uma agulha num palheiro, sendo aqui de assinalar que continua a faltar uma publicação de jurisprudência de primeira instância que permita o conhecimento das suas decisões, a sua divulgação e a sua necessária e útil crítica.

Nos Tribunais superiores, publicada ou disponível nas Bases de Dados do ITIJ, o que encontramos é, todavia, encorajador, em termos de, de uma maneira geral, se poder afirmar que existe uma grande capacidade de percepção dos interesses em jogo, e da necessidade de, na fase patológica de uma relação contratual (que é a que chega ao Tribunal), se reequilibrarem aqueles, tendo presente – em todo o caso – que não “devemos exigir a todo o custo, a obtenção de efeitos contratuais “justos”; basta que nos contentemos com o evitar de graves injustiças contratuais”<sup>93</sup>: “a intervenção do Direito justificar-se-á sempre que se constate um desequilíbrio excessivo das prestações ou sempre que se torne evidente que uma das partes contratantes, no processo de formação negocial, não estava em condições de compreender o alcance das respectivas declarações de vontade ou, estando em condições de o fazer, se encontrava de tal modo inferiorizada que a sua liberdade de estipulação – ou de celebração – foram postergadas”.

O Direito e os seus institutos, têm – por certo – capacidade e maleabilidade suficientes para enquadrarem estas novas realidades e os novos contratos surgidos, bem como a apreciação – em termos de responsabilidade civil – das violações de direitos cometidas e dos danos provocados.

Creemos que os Tribunais estão atentos e têm mostrado abertura perante os desafios que se nos apresentam<sup>94</sup>, faltando agora... que as acções cheguem aos Tribunais, uma vez que:

---

<sup>93</sup> Guilherme Machado Dray, *O Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais débil*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Almedina, 2002, pags. 77; Claus-Wilhelm Canaris, *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*, in *Contratos: Actualidade e evolução*, UCP, 1997, pag. 58).

<sup>94</sup> “Cabe hoje aos Tribunais, portanto, a tarefa de explorar à exaustão as potencialidades dos poucos recursos existentes em matéria legislativa e, sobretudo,

- a *matéria-prima* que constitui os conflitos existe certamente;
- há uma cada vez maior consciencialização dos direitos por parte dos cidadãos e da comunidade;
- o legislador tem colocado ao dispor instrumentos legislativos relevantes;
- a Doutrina vem cumprindo de forma assaz produtiva (quantitativa e qualitativamente) o seu papel (estudando, adiantando, perspectivando os problemas, e fornecendo uma base de trabalho que contribui para permitir dar respostas eficazes às solicitações e estímulos que a sociedade lance).

Vivemos a sociedade da informação, das informações, da comunicação e das comunicações, da rápida evolução tecnológica, mas tudo isso continua ainda a passar um pouco ao largo dos Tribunais, situação que, todavia, não tem apenas aspectos negativos, uma vez que o **tempo da Justiça**<sup>95</sup>, para permitir **ponderação** (e evitar precipitações), não se compadece com a velocidade e histerismo mediáticos<sup>96</sup>: um processo judicial leva e tem de levar o seu Tempo<sup>97</sup>, quer por força dos rituais legais<sup>98</sup>, quer pela necessidade

---

complementá-los com as recomendações que nos chegam do centro da Europa, uma vez que é o próprio legislador nacional que indica esse caminho” (cfr., DL 166/95, de 15 de Julho; Maria Raquel Guimarães, Comércio Electrónico e Transferências Electrónicas de Fundos, in O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos, Almedina, 2002, pags. 78-79.

<sup>95</sup> Com interesse, vd., François Ost, O Tempo do Direito, Instituto Piaget, 2001.

<sup>96</sup> Sobre o Tempo Judiciário, vd., com interesse, Antoine Garapon, Bem Julgar-Ensaio Sobre o Ritual Judiciário, Instituto Piaget, 1999, pags. 53 a 72.

<sup>97</sup> Para o homem tribal o espaço era um mistério incontrolável. Para o homem tecnológico o tempo ocupa o mesmo papel (Marshall McLuhan).

<sup>98</sup> Sobre o ritual do julgamento e o seu simbolismo, vd., Antoine Garapon, ob. cit., obra que não nos cansamos de considerar notável e de aconselhar como de leitura “obrigatória”, para todos os que tenham interesse em apreender a forma como se desmonta, descodifica e lê, o espaço, o tempo e o discurso judiciários, em ligação com a realidade dos novos tempos da Justiça na Democracia mediática que vivemos.

da sua Decisão ser devidamente **pensada e reflectida**, com sensibilidade, sensatez, mas sempre e também num prazo que tem de ser razoável<sup>99</sup>.

Venham pois as acções.

---

<sup>99</sup> Cfr., art. 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; vd., ainda, João Aveiro Pereira, *A Responsabilidade Civil Por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora, 2001, pags. 195-202; Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado Pela Administração da Justiça – O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Almedina, 1999, pags. 381-403; e Irineu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 2ª edição, Coimbra Editora, 1999, pags. 144-150.



## OS CAMINHOS NACIONAIS DA DEFESA DO CONSUMIDOR: EUROPA, MAS POUCO

TERESA ALMEIDA

Procuradora da República  
Assessora do Gabinete do Procurador-  
-Geral da República

A protecção dos consumidores na União Europeia encontra-se fortemente marcada, para os próximos anos, pelo Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia, de 2 de Outubro de 2001 [COM (2001) 531 final] e pela Estratégia da política dos consumidores para 2002-2006 [COM (2002) 208 final – Jornal Oficial C 137/2 de 08.06.2002].

O papel da evolução da política e do direito comunitários na consolidação do sistema de defesa do consumidor em Portugal tem sido e manter-se-á seguramente decisivo.

Debate-se, com algum empenho, se aquelas orientações mais recentes da Comissão, que partem, de algum modo, da ideia de que a defesa do consumidor é indispensável ao fortalecimento do mercado único, em lugar da simples consideração dos direitos dos consumidores como valores em si mesmos, quase primordiais, não se mostrarão, por isso, desviadas da verdadeira natureza dos interesses em causa.

Ou seja, se não estará a prevalecer, com naturais consequências na regulamentação, um interesse económico e financeiro do qual a protecção dos consumidores constituirá mero instrumento.

Nesta interpretação, constituindo a defesa dos direitos sobretudo instrumento da construção do mercado único, esta será,



também, o limite das políticas dirigidas em primeira linha à protecção dos consumidores.

Ora, a protecção dos direitos dos consumidores está associada (no sentido mais profundo, na medida em que dele nasce) a um género de mercado – o da concorrência –, a um sistema – o capitalista –, e a um regime, a democracia.

A União Europeia, não obstante a sua cada vez mais forte componente de união política, é, antes do mais (e não apenas historicamente) uma união económica, assente na instituição de um mercado único.

Por outro lado, os direitos dos consumidores não integram, manifestamente, o universo dos direitos humanos.

É mesmo questionável que façam parte de outros direitos, de dimensão universal que constituam um *acquis* civilizacional da humanidade, como é o caso da protecção do ambiente.

Aproximam-se, contudo, designadamente em matéria de defesa contra actividades monopolistas dos Estados, de direitos de cidadania, assumindo, neste particular, um relevo considerável.

A consideração dos direitos dos consumidores, também como instrumento do sucesso de um mercado europeu de qualidade e, por este atributo, reconhecido e competitivo à escala global não diminui, necessariamente, a sua importância, realçada pelos Tratados constitutivos.

Não podemos, pois, ignorar essa íntima relação entre uma política de defesa do consumidor e o funcionamento do mercado em democracia.

A criação de um estatuto jurídico de consumidor para o cidadão decorre da existência do mercado em que aquele é agente, opera e do qual extrai benefícios.

A verdadeira questão coloca-se, antes, no plano da definição concreta de políticas, de que é bom (mau) exemplo o processo tendente à regulamentação dos serviços financeiros.

Por outro lado, a política europeia de defesa dos consumidores tem representado, com uma extensão cada vez mais significativa,

um ponto de partida para reformas profundas no direito que regula a economia, mesmo na sua matriz – o direito dos contratos.

A grande reforma dos direitos nacionais sobre contratos e a criação de um “direito europeu dos contratos”, tendo embora objectivos mais vastos e intimamente ligados ao funcionamento do mercado, tem a sua génese no acervo de directivas sobre a protecção dos interesses económicos dos consumidores – direito de retractação, cláusulas abusivas, garantias, responsabilidade do produtor.

Esta profunda reforma em curso<sup>1</sup>, para a qual nos devemos preparar, é a evidência de que o direito do consumo não é uma “bolha” no sistema jurídico; a regulamentação jurídica especial da relação económica de consumo “contamina” a definição da natureza e dos termos das relações entre os restantes agentes económicos, produzindo, necessariamente, um novo desenho de importantes áreas do direito civil.

Do ponto de vista dos concretos instrumentos de protecção dos direitos dos consumidores, encontramos-nos, ainda, distantes da média europeia: no tocante ao peso específico da política de consumo e de regulação do mercado; em matéria de rigor e aprofundamento dos instrumentos legislativos; na fiscalização das condutas lesivas; na efectivação do sistema repressivo; no que respeita à simplificação do processo e na atribuição de capacidade aos tribunais e às instâncias de resolução extrajudicial de conflitos.

Continuamos, na realidade, destituídos de uma visão de conjunto que proporcione reformas harmoniosas e, ao menos, uma aplicação planificada da produção legislativa comunitária.

Constituindo a prevenção um dos pilares de uma política séria de protecção dos consumidores, seria, por exemplo, natural a aposta nas medidas cautelares administrativas, com a criação de um regime

---

<sup>1</sup> Iniciada com a Comunicação da Comissão sobre o direito europeu dos contratos, de Julho de 2001 e que tem, já, em execução o Plano de Acção – COM (2003) 68, de 12.2.2003.

jurídico esclarecido e, portanto, susceptível de ser aplicado e com autoridades bem concebidas e cientes de que podiam dispor dos meios legais e coercivos adequados.

Contudo, grassa, nesta concreta área de intervenção, a maior confusão conceptual, uma (tradicional) irracionalidade na organização administrativa, em suma, um sistema inoperante e um regime legal quase insusceptível de ser aplicado.

Por exemplo, o Instituto do Consumidor (no absurdo complexo de funções que se lhe mostram atribuídas por lei) é, também, autoridade administrativa e tem ao seu dispor um naipe de medidas cautelares que, embora escasso, constituiria, se aplicado, um instrumento demolidor de dissuasão.

Contudo, a execução de uma medida dessa natureza pelo Instituto do Consumidor é concebida<sup>2</sup>:

- no âmbito de um processo contra-ordenacional, por conhecimento directo ou da entidade competente para a autuação ou instrução;
- no âmbito de um processo criminal,
- como uma espécie de “providência cautelar” administrativa que caduca se, no prazo de 60 dias, não for proposta acção inibitória que tenha por fundamento o direito acautelado pela medida.

Ora, as medidas cautelares, ou medidas de polícia administrativa, retomando a definição de Marcello Caetano<sup>3</sup>, são “as providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou do direito de propriedade de determinada entidade, aplicadas pelas autoridades administrativas independentemente da verificação da transgressão ou contravenção ou da produção de outro acto concretamente delituoso, com o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições de polícia.”

<sup>2</sup> Artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n.º 234/99 de 25 Junho.

<sup>3</sup> “Manual de Direito Administrativo”, II, 1146

E, segundo o mesmo autor, polícia administrativa é o “modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir *no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos que as leis procuram prevenir*”<sup>4</sup>.

As medidas cautelares devem conformar-se às exigências do artigo 272º da Constituição da República.

A sua natureza administrativa e autónoma (relativamente a processos e independentemente da sua existência presente ou futura) remetem as medidas cautelares para o enquadramento do direito administrativo.

Elas não podem ser adoptadas no âmbito de um processo de contra-ordenação porque não integram as medidas previstas no Decreto-Lei n.º 433/82.

Com efeito, do ponto de vista material e do fim, constituem uma realidade estranha às medidas de coacção ou de obtenção e conservação da prova (quer no processo de contra-ordenação, quer no processo penal), não podendo o legislador ou o intérprete confundí-las.

No caso do processo criminal, a situação necessita de algum esclarecimento; com efeito, tal como a lei a apresenta, parece tratar-se de uma espécie de enxerto de uma medida administrativa no processo penal: a medida é tomada “no âmbito do processo penal”, a decisão final do processo criminal “deverá conhecer da medida cautelar aplicada, designadamente no que respeita à sua manutenção ou revogação”; para o efeito, o Ministério Público pode ouvir o Instituto do Consumidor.

Todo o desenho do procedimento e da inserção da medida no processo criminal parece ser de duvidosa constitucionalidade: porque intervém sobre o objecto da decisão no processo e sobre as competências do Ministério Público enquanto autoridade judiciária, matérias da competência reservada da Assembleia da República; porque coloca nas competências da autoridade judiciária o poder

<sup>4</sup> Itálico nosso.

de se pronunciar sobre a manutenção de uma decisão de uma autoridade pública que integra a Administração Pública, o que afectará o princípio da separação de poderes.

Também no que respeita ao processo contra-ordenacional, a alteração operada do regime processual relativo a estes ilícitos se nos não afigura conforme à Constituição.

Independentemente dos eventuais vícios das normas em referência, o regime é tal modo confuso e complexo que inibe a autoridade de o aplicar.

Com efeito, as consequências jurídicas e para o erário público da aplicação de uma medida cautelar seriam imprevisíveis.

Mas se virarmos a atenção para as medidas cautelares de carácter administrativo e para a instituição de uma autoridade pública, relativamente a uma concreta área, tão gravosa para a saúde dos cidadãos como é a da qualidade dos géneros alimentícios, verificaremos que o regime é já diverso e que, do ponto de vista organizativo, as vicissitudes associadas ao processo de edificação da Agência para a Qualidade Alimentar são demonstrativas da vontade e da capacidade das instâncias de decisão.

As graves crises surgidas na segurança alimentar encontram-nos, ainda hoje, desprovidos de meios eficazes de informação, fiscalização e prevenção de riscos e danos.

É, assim, indispensável uma atenção séria aos instrumentos legislativos a criar ou aperfeiçoar, com especial ênfase na definição de um regime geral das medidas cautelares, com processo e meio de impugnação próprios.

De igual modo, a organização do sistema institucional de protecção dos consumidores (especialmente, em áreas sensíveis como a da saúde e segurança alimentar) demanda intervenção com vista a uma integração sustentada nos sistemas europeus de alerta e de autoridades europeias.

A evolução conceptual e a standardização de procedimentos (nos diversos planos possíveis) ao nível da União Europeia devem merecer um acompanhamento interno, a par e passo, que não se

---

pode confundir com a simples transposição de directivas e a instituição (quase sempre, pouco mais que formal) de interlocutores.

Um envolvimento marginal dos decisores na política de defesa dos consumidores pode significar uma total incompreensão do quanto esta representa para o desenvolvimento social e económico, para o aprofundamento da cidadania (nacional e europeia) e para a reforma de importantes áreas do direito.



# “TENDÊNCIAS RECENTES SOBRE A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA”<sup>1</sup>

Lúís SILVEIRA RODRIGUES  
Advogado

## 1. Introdução

Devo dizer, a título de introdução, que tenho dúvidas se se poderá falar de “Tendências Recentes sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia”, título da sessão que nos reúne hoje, ou se será mais adequado o título “Tendências Recentes para Ganhar a Confiança do Consumidor”. São duas noções distintas – a protecção do consumidor e a confiança do consumidor – embora, evidentemente, estejam interligadas.

Alguns dos recentes documentos comunitários, nomeadamente o Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia<sup>2</sup>, a Comunicação sobre o seu seguimento<sup>3</sup> e a Proposta de Directiva

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde, com as alterações ditadas pela publicação em Junho de 2003 da Proposta de Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais, à intervenção do seu autor no Colóquio promovido pelo CDC com que encerrou o 5.º Curso de Pós Graduação em Direito do Consumidor organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 28 de Março de 2003

<sup>2</sup> Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia COM(2001) 531 final

<sup>3</sup> Comunicação da Comissão – Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia COM(2002) 289 final



sobre Práticas Comerciais Desleais<sup>4</sup>, parecem demonstrar que a preocupação das autoridades comunitárias se centra mais em ganhar a confiança do consumidor, dado que esta é essencial para que o mercado interno funcione, do que assegurar um elevado nível de protecção do consumidor como exige o art.º 153 do Tratado que institui a União Europeia. Atente-se, por exemplo no seguinte excerto do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor: “Os objectivos da defesa do consumidor consistem em assegurar um sistema de regulação que: assegure um nível de defesa do consumidor tão elevado **quanto possível** mantendo ao mesmo tempo o **menor custo possível** para as empresas (...)”<sup>5</sup> (negrito meu). Ou seja o nível de defesa do consumidor está subordinado ao custo que possa ter para as empresas. Se o custo for muito elevado a defesa do consumidor será diminuta, se o custo for razoável pode elevar-se um pouco a defesa do consumidor. Dentro da mesma ideia refere a Proposta de Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais: “(...) a directiva apresenta as seguintes características principais (...) Prevê a **total harmonização** das obrigações comunitárias em matéria de práticas comerciais desleais das empresas relativamente aos consumidores, bem como **um nível adequado de defesa dos consumidores**. Estes dois elementos são necessários para **eliminar os obstáculos ao mercado interno** resultantes da disparidade entre as disposições nacionais e para **reforçar a confiança dos consumidores** com o propósito da adopção efectiva de uma abordagem baseada no princípio do reconhecimento mútuo. Os Estados Membros não poderão utilizar cláusulas mínimas das outras directivas para impor outros requisitos nas matérias coordenadas por esta directiva.”<sup>6</sup> (negrito meu)

---

<sup>4</sup> Proposta de Directiva sobre as práticas comerciais desleais COM (2003) 356 final

<sup>5</sup> Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia pág. 4

<sup>6</sup> Parágrafo 3.º, ponto 30 da Proposta de Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais

Não sei se esta é uma abordagem certa ou errada ou se é simplesmente a abordagem possível mas, penso que temos que analisar as referidas tendências tendo em conta esta perspectiva.

A Comissão no Livro Verde, no Seguimento do Livro Verde e na Proposta de Directiva referida apresenta algumas novas tendências das quais realço:

- a. A abordagem mista;
- b. A harmonização máxima;
- c. A subordinação aos princípios do reconhecimento mútuo e do controlo do país de origem;
- d. A auto regulação;

## **2. A abordagem mista**

Uma das propostas da Comissão Europeia no referido Livro Verde é uma alteração significativa na intervenção legislativa comunitária.

Até aqui a Comunidade intervinha em sectores específicos ou em assuntos concretos onde se entendia que era necessário uma harmonização entre as legislações dos Estados-Membros. Recorria habitualmente à chamada cláusula mínima, ou seja, permitia aos Estados-Membros ir mais além na defesa do consumidor, do que o mínimo exigido no instrumento comunitário. Foi isso que aconteceu em Portugal nomeadamente, e para falar apenas nos casos mais recentes, na legislação sobre contratos celebrados à distância e sobre garantias nas vendas de bens de consumo.

A partir de agora a Comunidade propõe-se elaborar uma directiva quadro sobre práticas comerciais leais, rever, se necessário, à luz desta nova directiva, as directivas sectoriais existentes e propor, pontualmente, novas directivas sectoriais onde tal se venha a justificar. Mas, para além desta nova forma de legislar, pretende também a Comissão abandonar a cláusula de harmonização mínima e passar para uma harmonização máxima, impedindo, assim, os Estados-

Membro de elevarem, se o entenderem, o nível de protecção dos consumidores a nível nacional.

Abstraindo, neste primeiro momento, dos vários problemas que esta nova abordagem levanta, e apesar de discordar da forma, em concreto, como a Comissão definiu esta proposta de directiva quadro, parece-me que a abordagem mista é uma forma adequada de legislar face aos interesses dos consumidores.

Com efeito, a existência de uma directiva quadro sobre práticas comerciais leais – matéria de especial relevância nas relações de consumo – permite, um enquadramento de toda a legislação de defesa do consumidor no espaço comunitário que pode ser muito benéfico para os consumidores.

Esta forma de legislar – diploma enquadrador seguido de diplomas sectoriais – parece-me ser o que mais interessa aos consumidores porque dá à legislação uma coerência e uniformização de princípios e conceitos.

### **3. A harmonização máxima e mínima**

Outra das tendências é a opção por directivas de harmonização máxima em detrimento das de harmonização mínima até agora características da legislação comunitária de defesa do consumidor.

Esta opção levanta aos consumidores vários problemas:

Um primeiro diz respeito às diferenças de instrução, cultura, desenvolvimento económico e mesmo jurídico, existentes entre os vários Estados-Membros. A harmonização máxima não permite respeitar estas diferenças criando problemas vários quer aos consumidores, quer mesmo às empresas.

Reflexo claro deste problema é a opção da Comissão constante da Comunicação sobre o Seguimento do Livro Verde e da Proposta de Directiva em que se avalia o prejuízo causado ao consumidor através de um consumidor de inteligência média, razoavelmente

bem informado e razoavelmente advertido<sup>7</sup> – esta noção significa trabalhar sobre uma ficção principalmente num contexto europeu (actualmente de 15 países mas, rapidamente, de 25) onde o nível de alfabetismo, de conhecimentos e de acesso à informação é verdadeiramente díspar; ou a não consideração dos casos “exagerados” com fundamento em que “qualquer pessoa razoável tem obviamente capacidade para reconhecer este tipo de declarações”. O consumidor não pode ter o ónus de desconfiar de toda e qualquer proposta comercial que lhe é feita – aliás se assim fosse seria contraditório com a própria obrigação de contratar de boa-fé. Por outro lado, muitas vezes a credulidade e a falta de perspicácia estão relacionadas com consumidores com menor grau de instrução e menor acesso à informação e que, como tal, devem ser objecto de uma maior protecção. Tal como estão definidos os princípios da directiva quadro este tipo de consumidores passa a estar ainda mais desprotegido valendo, em relação a eles, a lei do mais forte e do mais hábil a enganar. Na minha opinião, os casos “exagerados” deveriam ser ainda mais fortemente penalizados em termos de práticas desleais.

Um segundo problema com este intimamente relacionado é que regra geral, dada a dificuldade em gerar consensos quer entre consumidores e profissionais, por um lado, quer entre Estados-Membros, por outro, a harmonização máxima significa um baixo nível de defesa do consumidor, ou seja, harmoniza-se pelo mínimo denominador comum.

Pensemos, por exemplo, nas directivas sobre contratos celebrados à distância e sobre as garantias dos bens de consumo. Se estas directivas fossem de harmonização máxima os consumidores portugueses teriam ficado grandemente prejudicados. O prazo de garantia, por exemplo, que, em Portugal, era de um ano durante o qual o consumidor não tinha que provar que se tratava de um

---

<sup>7</sup> art.º 2.º al. b), art.º 5.º n.º 2 segundo travessão, art.º 6.º n.ºs 1 e 2 e art.º 7.º n.º 1, entre outros, da Proposta de Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais

defeito de origem não teria sido aumentado para dois anos<sup>8</sup>, em conformidade com o espírito da Directiva, mas sim reduzido para seis meses, dado que apenas durante este prazo se prevê na Directiva uma presunção de que a desconformidade encontrada pelo consumidor já se verificava no momento da entrega do produto ou da celebração do contrato. Durante o restante ano e meio da garantia prevista na Directiva os consumidores, têm que provar que a desconformidade encontrada já existia naqueles momentos o que, como se sabe, é uma prova quase impossível.

É claro que, mesmo para os consumidores, a harmonização máxima tem a vantagem de eliminar as diferenças de legislação entre os vários Estados-Membros aumentando, assim, a certeza e a segurança jurídicas. Este problema assume maior importância pelo facto de, com o previsível alargamento da Comunidade Europeia, serem admitidos Estados com pouca tradição em termos da defesa do consumidor.

Mas, assim chegamos à única solução possível, verdadeiramente lapalissiana, que é a de afirmar que a harmonização máxima só interessa se alinhar pelo mais elevado nível de protecção do consumidor existente nos Estados-Membros. Aliás, face à redacção do art.º 153.º do Tratado de Roma (alterado) nem outra coisa parece ser possível sob pena de violação dessa disposição legal.

Isto mesmo, aliás, é reconhecido nas resoluções do Parlamento Europeu recentemente aprovadas<sup>9</sup> e que afirmam: que “a abordagem de harmonização não pode diminuir o nível de protecção dos

---

<sup>8</sup> Art.º 5.º do DL 67/2003, de 8 de Abril que transpôs para o ordenamento jurídico português a Directiva 44/CE/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio

<sup>9</sup> Resolução do Parlamento Europeu sobre as implicações do Livro Verde da Comissão sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia para o futuro da política do consumidor da União Europeia (COM(2001)531 – C5-0295/2002 – 2002/2151(COS)) e Resolução do Parlamento Europeu sobre a procura de protecção legal do consumidor à luz do Livro Verde da Comissão sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia (COM(2001)531 – C5-0294/2002 – 2002/2150 (COS))

consumidores alcançado em certas legislações nacionais”, que “a harmonização máxima deve ter como objectivo um elevado nível de protecção do consumidor” e que a opção entre a mínima e máxima harmonização deve ser analisada caso a caso quando se revir a legislação existente ou se desenvolver nova legislação.

#### 4. A subordinação aos princípios do reconhecimento mútuo e do controlo do país de origem.

Estes dois princípios têm sido responsáveis pelas maiores dificuldades que os consumidores têm sentido na realização do mercado interno.

Com efeito, estes princípios podem significar que empresas que não cumpram a legislação de defesa do consumidor de um determinado Estado Membro possam operar nesse Estado Membro o que se revela desleal para com as outras empresas e altamente prejudicial para os consumidores. Não levantará problemas, por exemplo, para países com legislação de defesa do consumidor bastante avançada como os países nórdicos ou mesmo Portugal mas, levantará certamente, relativamente a outros países com legislação de defesa do consumidor mais permissiva.

Como muito bem afirmam as resoluções do Parlamento Europeu já referidas “só se pode considerar a aplicação dos princípios do reconhecimento mútuo e do controlo pelo país de origem se já tiver sido atingida uma vasta harmonização com um elevado nível de protecção do consumidor” em arropio do referido na Comunicação sobre o Seguimento do Livro Verde: “um nível **adequado** de harmonização” (negrito meu) sem sequer se referir ao nível exigido de protecção do consumidor.

#### 5. A auto-regulação

A auto-regulação é outra das tendências, neste caso eu diria, obsessivas, da Comissão Europeia.

Consigno perceber e tenho defendido as vantagens da auto-regulação, embora deva confessar que as experiências que conheço em Portugal, excluindo os Centros de Arbitragem que não são uma simples auto-regulação, não têm sido positivas para os consumidores. Os exemplos mais recentes são as violações claras do Código de Conduta celebrado pela Banca relativamente à informação a prestar aos consumidores, mas outros exemplos existem como o Código de Conduta das empresas que prestam serviços de valor acrescentado.

No entanto, talvez Portugal não seja um bom exemplo para aferir da bondade e eficácia destas iniciativas já que o nosso principal problema não é a falta ou deficiência das regras existentes mas sim a falta de fiscalização e de efectivo respeito pelas regras a que, voluntariamente ou não, estamos obrigados.

Apesar disto devo dizer que a auto-regulação me parece uma boa forma de complementar a legislação existente permitindo uma maior flexibilidade e uma melhor adesão já que é voluntária.

Por isso, parece-me essencial que se entenda a complementaridade da auto-regulação, que se prevejam sanções para a violação dos códigos de conduta e que, no mínimo a violação de regras a que voluntariamente se aderiu sejam consideradas práticas desleais como foi reconhecido nas citadas resoluções do Parlamento Europeu.

Infelizmente não o entendeu assim a Comissão Europeia que, na Proposta de Directiva já referida, dedica apenas um artigo (apesar de ser o único artigo de um capítulo) aos códigos de conduta e sem qualquer utilidade prática ou valor acrescentado.

## **6. Conclusão**

Do ponto de vista meramente conceptual não se discorda em absoluto das novas tendências definidas pela Comissão Europeia, embora com a ressalva de que têm como objectivo a realização do

---

mercado interno e não a defesa dos consumidores. No entanto, a forma como a Comissão tem vindo a propor a concretização de tais tendências põe em causa direitos dos consumidores essenciais para reduzir o desequilíbrio contratual que caracteriza as relações de consumo e que fundamenta a sua especial protecção, conseguida através de uma árdua evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial.





## Trabalhos de Estudantes do Curso



# O DIREITO DOS CONTRATOS E A AUTONOMIA DA VONTADE. A PROTECÇÃO ESPECIAL DOS CONSUMIDORES

ROBERTO WIDER

Juiz Desembargador – Rio de Janeiro\*

*“Se há uma lei injusta que quereis abolir, foi a vossa própria  
mão que a escreveu sobre a vossa frente.*

*Não a podeis apagar queimando os livros de leis, nem lavando  
a frente de vossos juízes, ainda que sobre ela derrameis o mar.*

*E, se há algum déspota que gostaríeis de destronar, vede primeiro  
se o seu trono erigido em vós foi também derrubado.”*

Da liberdade – Khalil Gibran.

## 1. Das transformações do direito dos contratos.

Ingressamos no 3º milénio e as transformações sociais e tecnológicas aceleradas provocam mudanças em profundidade nas áreas mais sensíveis do relacionamento humano.

Assim, o conceito e a imagem da Família, desestruturada em sua forma original, nos põem de frente com entidades familiares

---

\* Estudante do Curso do CDC 2001-2002

em uniões do mesmo sexo, na reprodução assexuada e na necessidade de protecção jurídica de embriões humanos.

Anote-se que o conteúdo fenomenológico, social e moral está em processo de mudança, mas a designação de “família” permanece.

O direito de repressão aos desvios de conduta, em presença do que Figueiredo Dias chama “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”<sup>1</sup> que se propõe tornar-se um “direito penal do risco” (Escola de Frankfurt), com opção aos recursos de “*leis penais em branco, a conceitos indeterminados e a clausulas gerais*” (ob.cit. p.73).

Essa solidariedade nos riscos, tornando todos responsáveis pela vida de todos, já era vista na ordem jurídica alemã, ainda na década de 50, por Wieacker<sup>2</sup>, atribuindo “ao mesmo tempo ao contrato, aos direitos patrimoniais, à propriedade sobre o solo, ao capital e aos meios de produção e à constituição de associações de natureza económica uma função social global”.

Anote-se, porque relevante, e atribuível a meu juízo, a idênticas razões de ordem social, como veremos mais adiante, que mudanças significativas também ocorreram e ocorrem no instituto da responsabilidade civil, fundamentalmente erigido sobre a culpa, e que por razões de conveniência e justiça social, desbordou para a responsabilidade objectiva, com previsões legais de reparação fundada no risco da actividade danosa.

---

<sup>1</sup> Citado por Paulo Silva Fernandes em Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal. Almedina, p. 20.

<sup>2</sup> Franz Wieacker – História do Direito Privado Moderno, 2ª edição – Fundação Calouste Gulbenkian, p. 720.

## 2. A função social do contrato.

Mas, que significado se atribuir a esta função social global e qual os efeitos dela nos contratos e na protecção que se pretende aos consumidores em geral?

Antes de se responder esta questão no âmbito do instrumental jurídico vigente, impõe-se estabelecer a que fase socio-económica nos refere Figueiredo Dias.

Ultrapassada na maior parte do mundo civilizado a sociedade regida por uma ordem económica-agrária e pré-industrial, a realidade referida hodiernamente é a da sociedade industrial ou, como querem alguns a pós-industrial<sup>3</sup>.

Ao tratar da chamada moderna sociedade industrial, João Calvão da Silva, na obra referida, indica como características desta, uma tecnologia progressivamente mais complexa e sofisticada na produção de bens, onde o homem vem paulatinamente sendo substituído pela máquina, ocorrendo, destarte, a mecanização e automação dos métodos de produção, o que estabelece a chamada “produção em série” ou “fabrico de massa” e a “distribuição em cadeia”.

Sobre a crise do direito correspondente a esta “sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global”, lecciona Gustavo Tepedino<sup>4</sup> assinalando que as construções de teorias gerais levadas a efeito nos últimos 50 anos, em relação aos negócios jurídicos, às obrigações, aos contratos, sofreram um estilhaçamento, que atingiu o próprio direito, como o ocorrido com a teoria contratual, cuja codificação destinava-se a proteger “uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada”.

---

<sup>3</sup> Ver sobre esta designação o comentário de João Calvão da Silva in Responsabilidade Civil do Produtor – Dissertação de Doutoramento – Almedina, p.14, remissão 4, atribuindo-a a Daniel Bell, no sentido da necessidade de serem introduzidos correctivos na sociedade industrial tecnológica, a fim de evitar a alienação e degradação do homem.

<sup>4</sup> in Temas de Direito Civil – 2ª edição – ED. Renovar, p.200-201.

A nova ordem de coisas deslocou a atenção do Estado para a **função social** que os institutos privados devem cumprir. Esta função social se dirige à protecção da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades entre os indivíduos.

Este, então, o objectivo da função social global que os novos institutos de direito buscam, à custa da decomposição das categorias jurídicas dogmáticas, entre as quais, por seu simbolismo e representatividade do *ancien régime* – o contrato.

### 3. A alegada “morte do contrato”.

Neste contexto se situa compreensivelmente a alegada “morte do contrato” referido por Grant Gilmore<sup>5</sup>, e que deve ser entendida como explica Guido Alpa, no prefácio do livro, na antinomia entre um acto de autonomia privada, um negócio que diz respeito apenas às partes, onde a intervenção externa (do juiz ou do legislador) deve ser excepção, assim considerado o que deve ser entendido como contrato e, a outra concepção pela qual, o contrato, ainda que criado pelas partes, fica exposto a todo tipo de intervenções externas previstas no ordenamento jurídico. É essa versão moderna do direito contratual que justifica a versão tida como surpreendente da afirmação de Gilmore de que “o contrato morreu”!

#### 3.1. Uma visão nova da autonomia contratual.

No entanto, o que se pode depreender é que sob a mesma designação “contrato” teremos instrumentos e significados bem distintos, com fundamentos bem diversos daqueles integrados no Código Civil Francês, e importados pelo Código Civil Brasileiro<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> La morte del contrato – Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1988 (Traduzione de Andrea Fusaro do original **The death of Contract**).

<sup>6</sup> De se consignar que o Novo Código Civil Brasileiro (a entrar em vigor em Janeiro de 2003) tem, no capítulo das disposições gerais, no título Dos Contratos,

Assim, o contrato tal como concebido, tinha como fundamento básico a autonomia da vontade, denominada por Grant Gillmore como «*sacertà del contratto*» (**sanctity of contract**) firmado no princípio da liberdade contratual, cuja noção é explícita no artigo 405.º/1, do Código Civil Português, in verbis:

“Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.”

Poder-se-ia dizer então que o contrato subsiste, assim como subsiste a família, mas, com contornos e conteúdos diversos, adaptados a uma nova dinâmica social com valores diferentes?<sup>7</sup>

Parece-me que sim, sem aquele carácter de imutabilidade advindos do século XIX e sustentado pelos juristas até ao apagar das luzes do último século.

---

dispositivo inexistente no anterior (vigente) Código, pelo qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (art. 421).

<sup>7</sup> Antunes Varela (Das obrigações em geral – vol. 1, 10ª edição – Almedina p. 211), comenta com propriedade que: “Têm muitos autores afirmado que a importância do *contrato* tende a declinar na vida económica-jurídica das sociedades modernas, à medida que a autoridade da lei, baseada em exigências superiores de justiça, de equidade e de segurança social, vai restringindo cada vez mais a esfera da actuação da liberdade negocial.

A afirmação parte de um facto incontestável, mas exprime um diagnóstico errado da realidade.

A evolução da vida económica (primeiro com a revolução industrial, depois com a revolução tecnológica), a proliferação das relações contratuais estereotipadas ou em massa e a própria modificação das concepções políticas, morais e sociais, reinantes na colectividade, destruíram algumas das ideias-mestras em que assentava o liberalismo económico (como fossem a igualdade dos contraentes, o princípio do equilíbrio espontâneo com efeito sistemático do jogo da livre concorrência, e a crença ingénua pregada por Adam Smith de que as leis do mercado e o egoísmo individual são os melhores instrumentos da felicidade e da prosperidade das nações) e provocaram, especialmente no segundo e terceiro quartéis do século, uma acentuada intervenção do Estado em muitos contratos. O intuito foi o de eliminar os graves inconvenientes da liberdade incontrolada das partes (entre o forte e o fraco, diz na conhecida proclamação de Lacordaire, — é a lei que liberta e a liberdade que oprime»).



Assim como em relação à família, também os contratos subsistem, com os nomes tradicionais, mas com instrumentos jurídicos que lhes atribuem funções inteiramente novas.

Hoje em dia concedem-se os efeitos de “família” à situação jurídica de “duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos”. (Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio).

Porque se rejeitar então a categoria de “contrato” – (ou em melhor questionamento: porque o empenho académico para a manutenção da concepção purista do contrato e a rejeição às novas formas e dinâmica deste instrumento e a quem convém isso? Será apenas uma questão de misoneísmo?) – àquele instrumento obrigacional cujas cláusulas estão previamente redigidas pela parte contratante (ou terceiro) que tem o poder de as impor, são idênticas para todos (que não têm poder de alterá-las), ou seja, com aquelas características gerais de *pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade indeterminação*, a que se refere o Prof. Pinto Monteiro (in Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções) assinalando “contratos de adesão” e “contratos standard, como terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade”<sup>8</sup>, desde que integrada a um sistema bem estruturado na prevenção da abusividade, ou seja, que faça valer os preceitos da boa fé e imponham razoável equilíbrio entre as partes.

Isto porque, como afirma João Bosco<sup>9</sup> “As formas jurídicas sofrem a influência do tempo e da mentalidade em que se concretizam e em que informam os fenómenos sociais. Para compreendê-los será necessário levar em conta o contexto linguístico em que se afirmaram. Dessa dificuldade de enquadramento é que decorre a afirmação de Duguit a respeito do contrato. Ao estudar as novas figuras “contratuais” surgidas no direito, afirma ele que “se pode dar a esse concurso de vontades o nome de contrato;

---

<sup>8</sup> Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra – STVDIA IVRIDICA 61 – Coimbra Editora, p. 1107.

<sup>9</sup> João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Cláusulas abusivas nos Contratos*. ED. Forense, 2ª edição – 1998, p. 2.

mas, então, se está a designar com um mesmo nome coisas diferentes, sendo isto, naturalmente, uma fonte de confusões e enganoso.”

Se antes a liberdade de contratar representava o axioma máximo da autonomia (rectius – liberdade) individual, hoje, este direito deixa de representar um poder reconhecido a um indivíduo, para instrumentalizar uma política económica do Estado, na defesa e protecção dos mais fracos, representada no exemplo mais paradigmático que é a protecção dos consumidores.

W. Friedmann, citado por João Bosco (ob. cit. p. 29) assinala quatro factores principais que ocasionaram a transformação das funções e da essência do contrato, a saber: a civilização em massa, porque as relações humanas deixaram de ser individuais e passaram para o âmbito dos grandes grupos e assim, também, a concentração empresarial que correspondeu à urbanização e à standardização das condições de vida, tornando impossível ou inviável a negociação das condições contratuais; a crescente *substituição do contrato individual pelo colectivo*; a *enorme expansão do bem-estar geral e dos serviços sociais do Estado*; e, finalmente, o *confronto entre a necessidade de segurança contratual com a frequência cada vez maior de convulsões políticas, económicas e sociais*.

Essas condições deram azo à criação de novo tipo de instrumento, a que Saleilles sugeriu se chamasse “contrato de adesão” (à consideração de que em verdade de contrato não se tratava), e cujas características seriam a redacção impressa em série de cláusulas pré-elaboradas, cujo conteúdo a parte interessada não pode alterar, limitando-se a aderir ou não a esses instrumentos.

Neste tipo de contrato (de adesão), incluem-se também os contratos-tipo ou contratos-padrão e as cláusulas contratuais gerais.

Como ensina Pinto Monteiro, em outro artigo, os chamados “contratos de adesão” foram adoptados pelo legislador português como “cláusulas contratuais gerais”<sup>10</sup> pelas quais “atende-se ao

---

<sup>10</sup> in Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro – Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Dezembro de 1986, p. 741.

modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unilateral e previamente definidas em termos gerais e abstractos, passando o controlo de cada um destes contratos pelo controlo, a vários níveis, das próprias condições gerais predispostas e do seu processo de integração numa concreta relação jurídico-negocial”.

Muitos são os contratos actualmente assim estabelecidos e que regem a vida dos cidadãos, tais como os contratos de seguro, os contratos de aquisição de imóveis através de financiamento e crédito habitação, os contratos de consórcio, os contratos de transporte em geral, os contratos de prestação de serviços ao público consumidor e os contratos bancários.

Como chama a atenção o Prof. Jean Calais-Aulouis, ao descrever o fenómeno que chama de **contrats pré-rédigés**, tal não ocorre tão-somente em relação ao direito do consumo, mas, sempre que um contratante é suficientemente poderoso para impor essas condições idênticas a toda uma série de outros contratantes<sup>11</sup>.

Assim, penso que não está em causa, com a relevância que se procura dar à questão, se o contrato “morreu” (Gilmore), ou se ele revela uma capacidade extraordinária de sobrevivência (Guido Alpa)<sup>12</sup> ou se ainda se presta para que o homem possa se auto-determinar livremente (Pinto Monteiro)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> in Droit de la consommation – 4<sup>e</sup> édition – Dalloz, p. 148.

<sup>12</sup> in L’avenir du contrat. Aperçu d’une recherche bibliographique – Revue Internationale de Droit Comparé 1-1985, p.7.

<sup>13</sup> Extracto do discurso de abertura do Congresso Internacional sobre «Contratos: actualidade e Evolução» – Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito – Porto, 1997, assim posto o tema: “Diagnosticou-se a «crise» do contrato, apregooou-se o seu «declínio», anunciou-se a sua «morte» – mas, é a sua vitalidade jurisdicção que ressalta. Talvez por o contrato constituir a oportunidade (não a única, decerto) de o homem ser sujeito do direito, de se auto-determinar livremente, de traçar o seu próprio destino é quanto basta para saudar a sua presença.

Penso que mais importante do que a afirmação do princípio axiológico da autodeterminação contratual, é o que no mesmo Congresso suscitou o Prof. Canaris sobre a questão de “saber se, e como, é que a liberdade contratual se compatibiliza com a justiça”<sup>14</sup>.

Dentro desta ideia e realidade que é a sociedade de consumo, já tantas vezes definida pelos economistas e incorporada na linguagem (não muito técnica) dos juristas, o que se pode depreender, de uma forma singela, é que os intercâmbios ou o tráfico de mercadorias, só de forma marginal se realiza a nível de negociações individuais, e isto, por causas diversas, tais como o desenvolvimento tecnológico e a produção de bens em grande extensão, ao que se seguiu o fenómeno da globalização, com as grandes organizações industriais e comerciais, gerando intercâmbios a nível de massa.

Assim, fala-se em produção em massa, informação em massa, consumo em massa.

E o direito, como vê esse fenómeno e nele interfere para que os economicamente mais fortes não obtenham enriquecimento indevido à custa da desvantagem dos mais fracos?

Sustenta Canaris, analisando a experiência alemã e as controvertidas correntes que debatem os problemas da liberdade contratual e da justiça contratual, que “concorrência assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio do poder”<sup>15</sup>.

Parece-me que este instrumento, por si só, não é suficiente para afastar os indesejáveis efeitos do desequilíbrio contratual e, embora conhecida a resistência oposta pelos mestres de direito alemães ao projecto comunitário sobre uma regulação concernente aos contratos de consumo (convertida ao depois na Directiva 93/13/CEE, publicada a 21 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas dos contratos celebrados com os consumidores), deles advêm a lei

---

<sup>14</sup> Ver na obra anterior “A liberdade e a Justiça contratual na – sociedade de direito privado” por Claus-Wilhelm Canaris – p. 49.

<sup>15</sup> Participação no Congresso Internacional sobre Contratos, na obra acima citada, p. 53-54.

de maior importância e influência nos demais sistemas legislativos, referente ao regime jurídico das condições gerais do contrato, de 09 de Dezembro de 1976 (a AGB-Gesetz), sobre a qual João Bosco (ob.cit. p.52) aduz comentário de Micklitz, no sentido que “Ninguém teria podido imaginar que a lei ocuparia um tão grande lugar na doutrina e na jurisprudência. Seus efeitos subverteram o direito civil, o direito comercial e até o direito do trabalho” e adiante “A lei alemã não surgiu originariamente de um movimento legislativo. Foi ela o fruto sazonado de um trabalho longo de reflexão, maturação e aplicação de uma nova perspectiva do direito contratual”.

O regime das condições gerais do contrato e as concepções criadas para escoimá-las da abusividade e desvios, parece ser, na fase actual, a melhor resposta na busca da justiça contratual, pois não é a forma do que se convencionou tradicionalmente chamar “contrato” que mais importa e sim, o conteúdo deste instrumento que garante uma igualdade e um equilíbrio legal entre as partes, mesmo que estejam em posição de desigualdade social e económica.

É de Wolf (*Entscheidungsfreiheit*, 60) a correcta colocação do problema, citado por Sousa Ribeiro no sentido que “A autodeterminação tem que ser garantida a cada um dos parceiros contratuais, porque contrato e liberdade contratual pressupõe uma cooperação, em que o domínio de um sobre o outro está excluído” inserido num capítulo intitulado “A liberdade contratual como instituto que visa possibilitar e garantir a autodeterminação de ambas as partes”, ideia confirmada por Antunes Varela que afirmara que o contrato “não é apenas *expressão da autonomia privada*; é também um *instrumento de cooperação* entre as pessoas”<sup>16</sup>.

E dentro do contexto ainda a referência que se colhe no mesmo autor “a autonomia privada deixa de ser um conceito técnico, para se transformar num conceito de valor, ou na terminologia de Larenz, um “conceito determinado pela função” (ob. cit. p. 32-33).

---

<sup>16</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro – O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Almedina, 1999, p. 58 -- rem. 99 e 93 rem. 209.

#### 4. A liberdade e a justiça contratual.

E qual a função ideológica da autonomia privada em relação à justiça contratual?

Penso ser a justiça comutativa, que no âmbito do direito do consumo tem a sua melhor expressão na protecção da parte que dentro da relação contratual é considerada económica ou socialmente a mais fraca, não necessariamente no sentido literal, mas no conceito técnico jurídico de “hipossuficiente”, que adiante retomarei.

Outro aspecto da mesma questão diz respeito à ausência de sentido na celebrada faculdade de se fixar livremente o conteúdo dos contratos, se incorre para a parte a possibilidade de recusar sua celebração, pois uma é consequência da outra<sup>17</sup>.

E a prática da vida social revela essa impossibilidade de recusa na celebração desses contratos que regem interesses económicos impostergáveis, entre os quais são exemplos significantes, os de fornecimento de energia eléctrica, água e gás; o de prestação de serviços telefónicos, de transporte, os de seguros e bancários, onde o princípio da livre concorrência é insuficiente para a protecção dos consumidores.

Em decorrência dessas relações jurigênicas em condições que regem ao sistema contratual tradicional ou clássico é que surgiu a necessidade de se dar maior efectividade à intervenção estatal na chamada “sociedade de direito privado”, o que foi feito pela elaboração e atendimento às chamadas cláusulas contratuais gerais, (já que o legislador não tem como interferir em todas essas situações negociais) e, em outro fenómeno de grande significância que pode ser designado como “a constitucionalização do direito civil”.

E, talvez a elas (ccg) é que se possa atribuir, sem lhes imputar nenhum demérito, muito ao contrário, a crise do contrato, objecto de resistência obstinada de alguns juristas aferrados ao sistema tradicional que rege esse instrumento das relações humanas.

---

<sup>17</sup> Sousa Ribeiro, *idem ibidem*, com respaldo em Larenz, p.275.

Assim, à liberdade, afora as suas concepções filosóficas, se assenta no princípio da igualdade e a justiça igualitária se afirma no tratamento desigual às pessoas desiguais, sob pena de consubstanciar suma injustiça.

E os contratos, nos dias actuais, em expressiva predominância, pelas razões já expostas, regem relações entre entes que se encontram em efectiva e inegável condição de desigualdade, quer económica, quer social ou de habilitação técnica.

## **5. A jurisprudência dos interesses e a jurisprudência de valores.**

É de valia, ainda que de forma aligeirada, trazer-se à reflexão o tema da jurisprudência de interesses e a passagem à jurisprudência de valores no sistema germânico.

Estamos frente aos fenómenos económicos e sociológicos da “produção em massa” “distribuição em cadeia” e “consumo em massa” e os conflitos humanos daí decorrentes.

Qual a resposta do sistema jurídico a eles, na consecução dos seus objectivos primordiais?

Na concepção positivista com sua rejeição às lacunas, a sua incapacidade de lidar com conceitos indeterminados ou de difícil determinação, como são os fenómenos acima referidos, ou em face de princípios contraditórios, v.g. o princípio da capacidade jurídica de auto determinação e o princípio de presunção de incapacidade do consumidor, as questões ficam submetidas ao arbítrio judicial ou seja, desatende-se à efectiva realização do Direito, como assinala Menezes Cordeiro, na crítica da falta de operacionalidade do positivismo para apontar soluções alternativas frente a injustiças ou inconveniências graves do Direito vigente; também refere à “incapacidade do formalismo perante a riqueza dos fatos concretos”<sup>18</sup>, para concluir sobre o paradoxo: “o formalismo e o posi-

---

<sup>18</sup> Na introdução e tradução da obra de Claus-Wilhelm Canaris – Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. XX-XXIV.

tivismo, tantas vezes preconizado em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes factores de insegurança”.

Para o positivismo, afinal, só é Direito, aquilo que está na lei e “no limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. Mas o positivismo novecentista assumiu outras configurações, com relevo para a jurisprudência dos interesses, que exerceria, em Portugal, uma influência quase constante, até os nossos dias”, e, “a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença” (ob.cit.XIV).

Esses “interesses em presença”, ao contrário do que pode parecer à primeira leitura, não é o interesse prevalecente da parte em conflito e sim, é a avaliação de tais interesses nas normas elegidas pelo legislador, quando em presença de lacunas da lei.<sup>19</sup>

Veja-se agora já no ensinamento directo de Canaris<sup>20</sup> na crítica à jurisprudência de interesses, cuja metodologia não integraria o conteúdo ético-jurídico na apreciação dos conflitos, pelo que o sistema como ordem de «princípios gerais do Direito» deve “avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *cotio legis*, a *ratio iuris* determinante”.

Esses superficialíssimos elementos, que não podem prescindir de forma alguma, para o entendimento adequado das questões

---

<sup>19</sup> Na explicação clara de Franz Wieacker (ob.cit. p.667): “ela é uma técnica da aplicação judicial da *lei*, não da *criação* judicial do direito (e muito menos uma teoria da fundamentação do direito). O juiz tem de seguir, «com uma obediência inteligente-(na expressão feliz de Heck), a escolha de interesses feita pelo legislador, mesmo quando, no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela do que o interesse contrário; ou seja, ele deve aplicar a lei mesmo quando a *ratio legis* não se adegúe ao caso concreto como, por exemplo, no caso de um comando imperativo quanto à forma ou no caso de nulidade de negócio jurídico oneroso de um menor”.

<sup>20</sup> In Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (supra n.18) p.63-77.



abordadas, do estudo das obras dos mestres alemães citados, se prestam, tão-somente, para encaminhar a apreciação das transformações que se verificam no tratamento da matéria referente aos contratos e a protecção concedida aos consumidores dentro dos princípios teleológicos do direito aplicável.

O que se busca não é a “higidez” dos princípios dogmáticos do contrato, mas as suas finalidades na consecução dos objectivos de uma boa e sã justiça!

## **6. Os contratos impostos e encaminhamento de soluções.**

Como se aplicar os princípios tradicionais que regem os contratos àquelas hipóteses em que um dos contratantes, está inteiramente submetido à outra parte (impropriamente chamado de “contrato forçado”)? É facto que a ideia repugna num primeiro contacto com esta realidade, mas também é facto que tal ocorre em grande parte das relações obrigacionais estabelecidas na sociedade industrial dos dias actuais.

Talvez por isso, como sustenta o Prof. Pinto Monteiro em suas aulas, a figura do contrato na forma original se sustenta, embora aplicada apenas a situações marginais, ou sejam, minoritárias dentro do contexto obrigacional, e Saleilles, depois de afirmar que de contrato não se trata, admite se dizer “contrato de adesão”!

Traga-se a exemplo, apenas para dar atenção a um dos instrumentos mais utilizados na vida das pessoas nos dias de hoje – os contratos bancários.

Os consumeiristas indicam, com muita ênfase, como sustentei em outra comunicação, que “a única autonomia que tem o consumidor de tais serviços é a de natureza jurídica (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), pois nos demais campos, nomeadamente o económico-financeiro, como assinala António Herman Benjamim, com muita propriedade “a submissão ao sistema bancário é quase compulsória”.

Veja-se, no magistério de Oliveira Ascensão, em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Bancário, em São Paulo em

Março de 1998, ao mencionar a supressão da autonomia contratual no sistema das cláusulas contratuais gerais, nos serviços bancários e financeiros, quer no que se refere à liberdade da negociação, ou da criação de tipos contratuais ou da estipulação de cláusulas divergentes e, criticamente, assinala a mais “e até a liberdade *económica* da celebração em muitos casos” prosseguindo “ Fica só a liberdade *jurídica* da celebração, descarnada embora” (sublinhei).

Mesmo em relação às pessoas colectivas na sociedade de consumo assim expõe James Marins o que denomina “específica vulnerabilidade empresarial”:

“Nas relações bancárias interempresariais, o fenómeno da “banca-ri-zação” atinge proporções ainda mais significativas, se se considerar que a actividade produtiva, hoje, somente se concretiza à sombra do sistema bancário, seja nas operações de cobrança, pagamento, incluindo a obtenção de recursos para investimento, capital de giro, ou até mesmo a própria sobrevivência da empresa, o que levaria, por assim dizer, à existência de uma específica vulnerabilidade empresarial no plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações se enquadram como típico contrato de adesão”<sup>21</sup>.

Tais referências são apenas exemplificativas, mas o certo é que o mesmo ocorre na quase totalidade dos engagements obrigacionais intersubjetivos da moderna vida económica.

Esses fenómenos económicos e a correspondente resposta no âmbito jurídico consubstanciada, fundamentalmente, no sistema das cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas negociais gerais como preferem alguns juristas, estão sendo tratados em todos os países mais desenvolvidos, com mais desenvoltura ou com limitações que

---

<sup>21</sup> V. António Carlos Efig - Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. Biblioteca do Direito do Consumidor v.12. Ed. Revista dos Tribunais, 1 d ed. 3ª tiragem, pags. 207 e segts. e James Marins -Proteção contratual do CDC a contratos empresariais, inclusive bancários. Revista de Direito do Consumidor v.18, Ed. RT, 1996, também referidos na comunicação que apresentei no 4º Curso de Direito do Consumidor, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001 /2002 sobre o tema “A proteção do consumidor de serviços financeiros”.

devem ser objecto de específicos estudos e reflexões, o que, aqui, refoge ao âmbito do trabalho.

O que está em causa é “desencarnar” o contrato de concepções estratificantes, de modo a poder atender com mais eficácia o objectivo de solver os conflitos com melhor justiça.

Assim os “interesses” que os contratos contém e revelam, podem ser melhor vistos e valorados pelo ordenamento jurídico, e, como ciência contratual não ficam divorciados de valores, fundamentais éticos e humanos, ou, sob outra perspectiva, o que importa não é saber como o contrato se sustenta dogmaticamente e sim, como melhor estará instrumentalizado para o controlo das relações negociais, à vista desses superiores interesses.

A concepção que assumo é que o Direito é criado para servir ao Homem e não o contrário, visando o atingimento do que o Prof. Canaris chama “uma função essencial ao terceiro «grau» do Direito, ao trabalho com os escopos específicos fundamentais», portanto aos princípios fundamentais de um domínio jurídico; por detrás da lex e da ratio legis colocam-se imediatamente os mais altos valores jurídicos, como a justiça, a equidade e a segurança do Direito.” (ob. cit. p.61).

Para tanto já há (para ficarmos apenas no ordenamento jurídico português) instrumentos de altíssimo valor no Código Civil de 1966, entre os quais se destacam: o dever de proceder segundo a regra da boa fé, tanto nas preliminares, como na formação do contrato (Artigo 227.º / 1.); a nulidade do negócio contrario à ordem pública ou aos bons costumes (Artigo 280.º / 2.); a ilegitimidade do exercício de um direito (abuso do direito) quando excedidos os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (Artigo 334.º); a obrigação de proceder com boa fé no cumprimento da obrigação (Artigo 762.º / 2.), etc.

Cada ordenamento jurídico com alguns elementos já existentes e notadamente com um elaborado sistema proteccional de cláusulas abusivas, certamente atingirá ao que chama Canaris, o terceiro grau do Direito: a justiça, a equidade e a segurança do Direito! Ao menos nesta área das relações contratuais.

## 7. Regras mínimas de protecção contratual.

Ainda que desbordando um pouco do objectivo deste trabalho, verifica-se a nível europeu, que a Comunidade estabelece normas básicas mínimas de protecção neste campo, deixando aos Estados-membros, a possibilidade de optimização, conforme a cultura jurídica prevalecente (aqui incluído o grau de conservadorismo, de visão filosófica do mundo e de experiência humanística de cada nação).

Cito aqui, a propósito, a experiência brasileira porque resultante da reflexão e influência de inúmeras legislações estrangeiras<sup>22</sup>.

Nela, o sistema protectivo, tem, na previsão das cláusulas abusivas um eficiente instrumento de controlo, quer pela via administrativa, quer a judicial, podendo em ambas ser efectuado em abstracto ou em concreto.

O ponto diferencial é que, mesmo antes da Directiva 93/13/CEE, de 05 de Abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas, diploma comunitário que teve como objecto a regulamentação de cláusulas não negociadas individualmente, que constem de contratos celebrados entre profissionais e consumidores, a legislação brasileira (Código de Defesa dos Consumidores) nesta parte, como bem lembrou Pinto Monteiro (in Contratos de adesão, ob. cit. p. 1109-1110), vai além dos limites daquela, porque, não é só nesta forma de contratos que há protecção contra as cláusulas abusivas.

Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojecto do CDC (ref. supra n. 22), confirma ser irrelevante tratar-se de contrato de

---

<sup>22</sup> Desde a influência do *Projet de Code de ta Consommation*, redigida sob a influência do Professor Jean Calais-Auloy e as leis gerais da Espanha, de Portugal, do México e de Quebec e, em matérias específicas as Directivas europeias referentes à publicidade (84/450) e responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (85/374), e em relação ao controlo das cláusulas gerais de contratação as legislações de Portugal (Decreto-Lei n.º 446185, de 25 de Outubro) e da Alemanha (*AGB Gesetz*, de 9 de Dezembro de 1976), conforme Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojecto - Ed. Forense Universitária, 6ª ed. p.10.

adesão ou um contrato negociado para que, se presentes cláusulas abusivas, haja a protecção legal, bastando que seja uma relação jurídica de consumo (ob. cit. p. 453).

Neste aspecto a crítica de Pinto Monteiro (ob. cit. p. 1120) se me afigura de todo procedente, pois não é apenas nos contratos de adesão que há a necessidade da protecção do consumidor e cláusulas abusivas ocorrem também em contratos que não são privativos dos consumidores, e por isso, tal como previsto na lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais “ 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.*”

A restrição na coibição de abusividade, limitada aos contratos entre profissionais e consumidores, desatende aos objectivos da modernização do contrato, no sentido de que a liberdade contratual que dele deve se extrair há de atender à condição de igualdade económica e social das partes.

Mais uma vez há que se recorrer a Canaris para a exposição crítica exacta da questão: “A liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efectiva... mas, por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade de outra parte. Impedi-lo é um problema fundamental do direito dos contratos.” (O grifo é meu. Ob. cit. p. 61 ).

## 8. Primeiras conclusões.

Portanto, e agora, em forma de remate da questão, e face à realidade económica social das negociações intersubjetivas, demandadas pelo sistema da produção em massa, da distribuição em cadeia, do consumo em massa, o que se constata é que nos contratos, de uma maneira preponderante, não há a autonomia negocial, como citado por Ascensão, (acima já referido), quer na

liberdade de negociação, quer na criação de tipos contratuais, quer na estipulação de cláusulas divergentes, ou seja, sob qualquer aspecto, ocorre a “ausência da negociação individual” (ou, no mesmo sentido em relação aos contratos individualizados, onde existam cláusulas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar), e assim o é, quer estejamos nos referindo, com suas particularidades, aos contratos de adesão, às cláusulas contratuais gerais ou contratos “standard”, designações que de uma maneira ou de outra, tratam do mesmo fenómeno.

As soluções jurídicas alvitadas para os problemas decorrentes são muitas, desde as regras gerais do Direito Civil e legislação avulsa (decorrentes de transposição de Directivas da Comunidade Europeia, e, autónomas das respectivas legislações pátrias) onde se destacam o atendimento ao princípio da boa fé, como princípio basilar; aos controlos decorrentes de deveres de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente das cláusulas contratuais gerais, feita de modo adequado e com antecedência, até a correcta informação do conteúdo, isso no plano da formação do contrato; possibilidade de desistência do negócio sem justificação; regras de interpretação com adopção da teoria da impressão do destinatário, e na dúvida, adaptando sempre a mais favorável a este; em relação ao conteúdo, sobreleva a protecção contra cláusulas abusivas, onde além do atendimento ao princípio objectivo da boa fé, há que se ter em conta elementos concernente à confiança entre as partes e o objectivo negocial as partes pretendam atingir.

O contrato subsiste sim, com tais transformações que o adequam, a demanda de justiça contratual, e assim encaminhada a solução do chamado “problema fundamental do direito dos contratos”.

## **9. A protecção especial dos consumidores e uma nova abordagem no plano processual.**

No que refere à protecção dos consumidores na relação contratual, independentemente do grau de autonomia de que se trate,

o controlo há que ser mais exigente ainda, por um factor a eles inerentes e ao qual a experiência jurídica brasileira denominou “hipossuficiência”.

O termo que tem o sentido de uma reduzida suficiência ou incapacidade, num primeiro momento teve o significado jurídico daqueles que económica e financeiramente não tinham condições a fazer face às despesas de um processo judicial.

Pela lei brasileira, fazem jus a uma assistência judicial gratuita e promovida por advogados do Estado.

Importado o termo para o Código de Defesa do Consumidor, passou a justificar e legitimar uma tutela específica destes, com um alcance bem superior e independente mesmo da condição económico-financeira do beneficiado, à consideração mais elevada de que, antes de ser consumidor é um ser humano e um sujeito de direito em situação especial de inferioridade, sem qualquer sentido de “tapitis diminutio”.

Explica-se: uma pessoa, mesmo que ostente condição financeira excelente e cultura superior (faamos por exemplo de um professor, de um advogado, de um juiz ou de um engenheiro), trava relações contratuais onde ocorre a prestação de serviços ou oferta de produtos, em relação aos quais ele, tecnicamente, tem, objectivamente, uma condição de inferioridade para a necessária compreensão e adequado consentimento.

Um exemplo paradigmático é o das pessoas citadas frente às informações e tratamento procedido por um médico (ainda que se trate de contrato negociado).

Além do factor confiança, todas as informações, diagnósticos e intervenções que o médico faz no corpo do consumidor são, em princípio, insusceptíveis de avaliação, que coloque o utente desses serviços em pé de igualdade com o profissional, em termos de compreensão.

Mesmo o “consentimento informado” que é a solução preconizada nesta área, não satisfaz todos os requisitos, para efeitos de prevenção e reparação de danos.

A exigibilidade do ónus da prova, para o lesado, regra geral do direito civil e ordenamentos processuais, não conduz a uma satisfatória solução dos conflitos emergentes dos danos havidos.

E, embora nesta área, o CDC brasileiro também estabeleça que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais seja apurada mediante a verificação de culpa, a jurisprudência dos tribunais tem se orientado em aceitar a inversão do ónus da prova, com fulcro em direitos básicos do consumidor, entre os quais se insere a facilitação da defesa dos seus direitos, com a inversão do ónus da prova em seu favor quando “a critério do juiz, for verosímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.” (artigo 6.º inciso VIII, da Lei n.º 8078, de 11 de Setembro de 1990, não sublinhado no original).

A inversão do ónus da prova nos artigos 344.º e 345.º do CCP, não tem este objectivo e nem a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) não tem esta previsão quando dispõe sobre o direito à protecção jurídica e direito a uma justiça acessível e pronta (artigo 14.º), ainda quando trata de violação ao preconizado “nível elevado da protecção da saúde e, da segurança física das pessoas” (artigo 5.º) ou quando violados os deveres de informação (artigo 8.º n. 5), hipóteses que, a meu ver, por integrarem o rol de altos valores jurídicos, justificam um tratamento proteccional diverso daqueles previstos para os contratos em geral.

Outros exemplos, ainda que menos “dramáticos” seguem a mesma solução, como aqueles em que o fabricante de veículo com vício de fabricação, onde o fabricante é que tem o domínio do projecto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, em relação a que o adquirente é “hipossuficiente” e portanto não tem as condições necessárias para fazer a prova do defeito de fabricação, ou, no caso, tão presente do sector de informática, onde ocorre um dorni io de conhecimentos técnicos especializados, sempre em mutação e aperfeiçoamento constantes (exemplos citados por Kazuo Watanabe, no CDC comentado pelos autores... ob. cot. p. 713); anote-se que em tais hipóteses, ainda que estabelecida a culpa objectiva dos fornecedores de produtos e serviços, resta a comprovação do evento danoso em si e a relação de causalidade entre o *eventus damni* e o alegado defeito, assim como quando alegada a má utilização do produto ou deficiências de informação.



São situações em, que há evidente vulnerabilidade do contratante adquirente, a justificar elevado nível de protecção, no caso, pelo aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais, na obtenção de uma ordem jurídica efectiva e justa.

Que seja do meu conhecimento, nem a nível da comunidade europeia (com excepção da responsabilização objectiva do produtor) nem a do direito norte-americano, se utiliza este mecanismo processual com tal amplitude, o qual posso afirmar, tem tido na jurisprudência brasileira um resultado positivo na obtenção de decisões mais equânimes e justas, o que julgo mais relevante do que as contundentes críticas que Pftug no seu *Kontract*<sup>23</sup> desfere contra esse “novo” contrato, e por via de consequência contra sua formação, conteúdo e modos de reacção jurídica de natureza processual.

## **10. A influência das mudanças na responsabilidade civil,**

Ainda que em breve referência, para não fugir do tema, anote-se que o instituto da responsabilidade civil, um dos pilares do equilíbrio social e, junto dos contratos, uma das principais fontes do direito das obrigações, também se vê “convulsionado” pelas fortes transformações por que passa o direito privado (para não falar da propriedade privada e o novo contexto da função social com que se reveste).

O princípio da ampla reparabilidade dos danos, a meu ver uma inafastável condicional de uma verdadeira justiça social, se vê desarmada de rígidos preceitos dogmáticos, nomeadamente em relação à comprovação da culpa pelo lesado, seguindo o caminho da

---

<sup>23</sup> Citado por Joaquim de Sousa Ribeiro, em obra referida, p. 283 e 265, a quem se atribui anátemas tais como “perversão”, “decomposição” e “degeneração” contra as posições que no seu entender não respeitam a pureza da ideia de contrato, e bem assim a “irritação” que as “ccg” continuam a causar na dogmática civilística.

distribuição dos riscos pelos responsáveis de actividades danosas ou perigosas (autêntica socialização do risco ou do dano) num arco de abrangência de responsabilização objectiva que vai desde os acidentes de trabalho e de trânsito (hipótese de inexecução lícita do direito português, previsto no artigo 503.º do CCP), passa pela responsabilidade civil do produtor (Decreto-Lei n.º 383/89, de Ob de Novembro, que transpõe a Directiva 85/374 CCE, de 25 de Julho de 1985, e que também já aplica a inversão do onus probandi) e vai até à reparação dos danos ambientais<sup>24</sup>.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, na norma acima referida, reforçou, notavelmente o instituto da responsabilidade civil no atendimento prioritário da segurança social, através deste instrumento processual, com base em pressupostos subjectivos (apreciação do juiz) e objectivos (verosimilhança da alegação e “hipossuficiência”) numa equitativa apreciação de valores em causa.

O que se quer afirmar afinal, é que na chamada “sociedade de direito privado” (na qual se introjeta, ou vice versa, o direito público) há uma certa coerência nessas profundas transformações, verificadas tanto na família, quanto nas sucessões, por repercussão desta; também na propriedade privada (bens corpóreos e incorpóreos) e nas obrigações, não podendo se limitarás, reflexões sobre as causas e o futuro de tudo isso, tão só a doutrinas jurídicas, mas ao caminhar da Humanidade ao rumo de uma nova era!

## 11. A constitucionalização do direito civil.

Um dos elementos demonstradores da importância da chamada “sociedade de direito privado” e seus novos vectores, onde se insere o princípio da liberdade contratual mitigada ou valorada pela função social, é o fenómeno da constitucionalização do direito civil.

---

<sup>24</sup> Ver, por todos. João Calvão da Silva. ob. cit. p. 387 e segs

Não se trata aqui de se analisar o direito constitucional, mas reconhecer que mesmo com a grande controvérsia doutrinária no sentido de que as Constituições deveriam se limitar às regras fundamentais da organização do Estado, o que se verifica é que, com a eclosão das questões sociais, estas passaram a incorporar matérias antes privativas do legislador infraconstitucional, sinalizando um “up grade” da *importância dos direitos individuais e sociais*.<sup>25</sup>

Nesta linha, institutos fundamentais anteriormente tratados nos códigos civis, entre os quais a liberdade contratual e a autonomia da vontade (e também o direito de propriedade, a responsabilidade civil e direito do consumidor) foram alçados ao nível de matéria constitucional, com todos os efeitos que este supra direito impõe.

Assim, para citar o exemplo brasileiro, cuja Constituição de 1988 abandona o modelo liberal para se alinhar convictamente ao de um Estado social, estabelecendo no seu intróito princípios fundamentais concernentes à dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades e o bem-estar de todos, encontram-se normas específicas de direito civil, como por exemplo em relação à família, regulando novas formas de entidades familiares (quer na união estável fora do casamento e naquela formada por qualquer dos pais e seus ascendentes), a igualdade do homem, e da mulher na sociedade conjugal, a dissolução do casamento civil, deveres paternais e estatuto igualitário dos filhos (artigo 226 e parágrafos).

Prevê a responsabilidade civil de pessoas singulares ou colectivas em relação a danos ambientais (artigo 225.º parágrafo 3.º) e bem assim a responsabilidade objectiva das pessoas de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos que nesta qualidade causarem a terceiros (artigo 37.º paragrafo 6.º); na protecção dos direitos da personalidade impõe a reparação pelos danos extrapatrimoniais ou o dano moral (artigo 5.º incisos V e X).

---

<sup>25</sup> V. Sérgio Cavalieri Filho em seu artigo “Responsabilidade civil constitucional” Revista Forense, vol. 348, p. 197.

Em relação à propriedade, dispõe sobre sua função social, com regra, inclusive, da impenhorabilidade da pequena propriedade rural explorada pela família, em relação a débitos decorrentes de sua actividade produtiva (artigo 5.º incisos XXII a XXVI).

At last, but not the least deve se salientar a importância para o direito dos contratos a intervenção estatal nas relações contratuais de consumo, campo onde, nomeadamente, ocorreram as transformações mais relevantes, objecto deste estudo.

### 11.1 *Um caminho sem volta.*

O que se verifica é que estas transformações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, tomaram um caminho sem volta, como se pode apurar já no Congresso Internacional sobre “Contratos: actualidade e evolução” (supra rem.13-15) ainda que ocorrido há mais de dez anos, onde eminentes doutrinadores de várias áreas, embora reconhecendo a ausência de harmonização sobre “a relevância da figura do abuso de direito, nem sobre a existência de um princípio de protecção do contraente mais fraco” (comunicação do Prof. Guido Alpa, p.104), traz referências a princípio decorrente de um método de interpretação objectiva, onde não é a intenção das partes que deve prevalecer, mais que as consequências do ato deve ser buscada sob o ângulo da utilidade social e da justiça (*Lê juste et l’utile dans te effets du contract*, par Jacques Ghestin, p. 128), e ainda, o tema “protecção da parte mais fraca é visto sob o ângulo dos contratos internacionais (Rui Manoel Moura Ramos, p. 331 e segs.)

Da harmonização de alguns sectores do direito privado já nos dá notícia o mesmo Guido Alpa<sup>26</sup>, a propósito da análise de Resolução do Parlamento Europeu de Maio de 1994, neste sentido, visando a iniciativa de um Código Civil Europeu, a qual defende.

<sup>26</sup> in «Il Codice Civile Europeo: “E pluribus unum”» publicado em Estudos de Direito do Consumidor n.º 2 – 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 141.

## 12. Conclusões.

1. Admitida, para logo, a crítica de uma visão monística do problema, nos limites angustos deste trabalho, tem-se que o problema da autonomia contratual, não pode superar princípios de superiores interesses como a conveniência e utilidade sociais, a equidade e a segurança do Direito, visando acima de tudo a boa Justiça, ou seja uma justiça comum, simples e eficiente, e principalmente credível.

2. Nova crítica se faz audível, situada no contexto de um irrealismo metodológico nas proposições, mas, a penitência fica a cargo da experiência e da sensibilidade decorrentes de largos anos na função de julgador, em busca da Justiça e da efectiva realização do Direito, ainda que por recurso à doutrina da «tópica» de Aristóteles, e dos mestres alemães que a acolheram (V. por todos, Canaris in Pensamento Sistemático ...ob. cit. p. 243 e seguintes).

3. Reafirma-se, em consequência, sobre as hipóteses tratadas, que a liberdade contratual tem que ver os seus conceitos e valores reajustados a um paradigma de “justiça contratual” dentro de situações negociais onde a liberdade de estipulação de conteúdos está fortemente comprometida pelos princípios de funcionamento do mercado.

4. Os mecanismos de concorrência não são satisfatórios, não só por aquelas reconhecidas deficiências que colocam o consumidor em estágio de inferioridade, mas, pelos próprios mecanismos do mercado, que dificultam ou mesmo anulam as opções, inclusive pela uniformização das ofertas pela própria concorrência.

5. Por tal, só a derrogação das normas rígidas do contrato, a serem interpenetradas por um dirigismo estatal, visando superiores interesses de igualdade, solidariedade e justiça efectiva, é que pode dar a adequada resposta aos questionamentos e regras para uma autonomia contratual no contexto de um “novo” Direito dos Contratos.

Há que se consignar a resposta (citada por Tepedino, ob.cit. p. 215) dada por Friederich Kessler a Gilmore, em debate sobre o tema da morte do contrato:

“O contrato é morto, viva o contrato!”

### BIBLIOGRAFIA

1. ALPA, Guido. L'avenir du contrat: Aperçu d'une recherche bibliographique – Revue Internationale de Droit Comparé n.1 – 1985. , II. Codice Civile Europeo: “E pluribus unum” », em Estudos de Direito do Consumidor n. 2 – 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
2. AULOIS, Jean Calais – Droit de ta consommation – 4<sup>e</sup> ed. Dalloz.
3. CANARIS, Claus Wilhelm – A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado». Contratos: actualidade e evolução. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito – Porto, 1997.
4. CAVALIERI Filho, Sérgio, Responsabilidade civil constitucional. Revista Forense, v.348.
5. EFING, António Carlos – Contratos e Procedimentos Bancários à luz do CDC. Biblioteca do Direito do Consumidor v. 12. Ed. Revista dos Tribunais.
6. FERNANDES, Paulo Silva – Globalização “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal. Almedina, 2001.
7. FONSECA, João Bosco Leopoldino de – Cláusulas abusivas nos contratos. Ed. Forense, 2<sup>a</sup> ed. 1998.
8. GILMORE, Grant – La morte de [contratoo. Mitano – Dott. A. Giuffré Editore – 1988.
9. MARINS, James. Proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor a contratos empresariais, inclusive bancários.

- Revista de Direito do Consumidor v.18. Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
10. MONTEIRO António Pinto – Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: Problemas e Soluções. Boletim da Faculdade de Direito – *STVDIA IVRIDICA* 61 – Universidade de Coimbra. – Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Revista da Ordem dos Advogados ano 46 – Lisboa.
  11. RIBEIRO, Joaquim de Sousa – O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Ed. Almedina, 1999.
  12. SILVA, João Calvão da – Responsabilidade civil do produtor. Ed. Almedina, 1999.
  13. TEPEDINO, Gustavo – Temas de Direito Civil – As relações de consumo e a nova teoria contratual. Ed. Renovar, 2ª edição.
  14. VARELA, Antunes – Das obrigações em geral. V.1 – 10ª edição – Almedina.
  15. WIEACKER, Franz – A História do Direito Privado Moderno. 2ª edição – Fundação Calouste Gulbenkian.

# JUIZADOS ESPECIAIS E JULGADOS DE PAZ

## Aspectos Comparativos Relacionados com a Composição de Conflitos de Consumo\*

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO\*\*

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do  
Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito  
das Relações Sociais pela Universidade  
Gama Filho

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Antecedentes Históricos; 3. Princípios Informadores;  
4. Competência; 5. Legitimidade Ativa; 6. Representação; 7. Despesas Processuais;  
8. Julgadores; 9. Produção de Prova Pericial; 10. Momento da Prolação da  
Sentença; 11. Instância Recursal; 12. Conclusões

### 1. Introdução

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados, no Brasil, por determinação constitucional, com o intuito de compor conflitos de interesse que, antes, no mais das vezes, não eram submetidos à cognição judicial.

---

\* *Monografia apresentada no 4.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo da Universidade de Coimbra na disciplina Meios Processuais de Defesa do Consumidor regida pela Mestre Maria José Capelo.*

\*\* Estudante do Curso do CDC 2001-2002.



A necessidade de efetuar o pagamento de honorários advocatícios, de arcar com as custas judiciais e a morosidade, acabavam por privar o cidadão da prestação jurisdicional, nas causas de pequeno valor.

Em suma, nas denominadas *bagatelas jurídicas*, não valia a pena recorrer ao Poder Judiciário para obter a composição de um litígio.

Tal litigiosidade contida gerava um sentimento coletivo de insatisfação que repercutiu no Poder Legislativo, motivando o legislador constitucional a reconhecer a necessidade de criação de órgãos judiciais, que pudessem apreciar tais demandas de reduzido valor.

Por intermédio da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, foram então criados, no Brasil, os Juizados Especiais Estaduais, viabilizando o acesso ao Poder Judiciário, para aforamento de demandas de pequeno valor.

Para tal fim, optou o legislador por não exigir o pagamento de custas judiciais, em primeiro grau de jurisdição, bem como por não exigir o patrocínio de advogado, nas causas cujo valor não ultrapassasse o de vinte salários mínimos (aproximadamente dois mil euros).

A medida em que os Juizados Especiais Estaduais foram sendo instalados, a quantidade de ações ajuizadas foi se elevando progressivamente, a ponto de, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já superar a de ações intentadas na Justiça convencional, na correspondente competência.

Para comprovar tal assertiva, basta a apresentação da quantidade de ações intentadas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, nos últimos anos<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Dados fornecidos pelo Núcleo de Acompanhamento de Qualidade dos Serviços Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1998 – 108.074  
1999 – 151.222  
2000 – 148.741  
2001 – 212.647

Apesar de contarem com competência abrangente na área cível, limitada principalmente pelo valor, constata-se que, atualmente, tais órgãos judiciais compõem, predominantemente, conflitos decorrentes de relações de consumo.

É de se concluir, portanto, que o consumidor era o grande prejudicado pela inexistência de um órgão judicial apto a apreciar suas demandas.

Note-se que a criação de órgãos judiciais destinados à composição dos conflitos consumeristas, era um dos propósitos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

O art. 5.º da Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990, já previa que o Poder Público, para implementar a Política Nacional de Relações de Consumo, deveria criar Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo.

Com efeito, de que adiantaria um aparato normativo conferindo direitos aos consumidores, sem que estes pudessem exercê-los, caso não espontaneamente reconhecidos pelos fornecedores.

“A instauração de um conjunto de direitos teóricos ficaria esvaziada de qualquer valor prático se não fosse acompanhada da criação de mecanismos que garantam aos consumidores o exercício efectivo dos direitos que a lei lhes reconhece”.<sup>2</sup>

Usando-se expressão da linguagem coloquial brasileira, podemos afirmar que a criação dos Juizados Especiais Cíveis, permitiu que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor *sáísse do papel*,

---

<sup>2</sup> *Litígios de Consumo – O Fio de Ariadne*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

ou, na expressão inglesa, que a *law in books* se transformasse em *law in action*.

Portugal, em que pese a existência da Lei no. 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal de defesa dos consumidores, caminha no sentido da codificação do Direito do Consumidor.

O futuro código, ousamos prever, para alcançar os fins sociais a que se destina, também não prescindirá da existência de órgãos judiciais compatíveis com as peculiaridades dos conflitos decorrentes de relações de consumo.

É certo que, em Portugal, já foram implantados os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, nos quais atuam como juízes-árbitros, magistrados judiciais.

Porém, a nosso sentir, com a criação dos Julgados de Paz, disciplinados pela Lei no. 78/2001, de 13 de julho, a Organização Judiciária Portuguesa, no que se refere a composição de conflitos de consumo, não mais pode ser tida como lacunosa.

“Os julgados de paz surgem, assim, como uma tentativa de *desformalizar* o processo e de *acelerar* a prolação de decisão nos processos cujo valor seja inferior à alçada do Tribunal Judicial de Primeira Instância e nos quais não seja deduzido qualquer incidente. O seu objecto e princípio fundamental consiste em permitir a participação cívica dos interessados e estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes.”<sup>3</sup>

Note-se que tal preocupação também se faz presente nos países que integram a União Européia.

“Dadas as características específicas dos litígios de consumo, inúmeros países definiram *procedimentos judiciais simplificados para os litígios de valor menor*, quer de carácter geral quer especificamente ligados ao consumo”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. *Julgados de Paz*. Lisboa: *Quid Juris*, 2002. pg. 8.

<sup>4</sup> *Litígios de Consumo – O Fio de Ariadne*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias.

“Se o objectivo anunciado pelos legisladores é o mesmo em todo o lado (eficácia dos processos, melhor acesso dos cidadãos à justiça, luta contra os atrasos judiciais), este objectivo pode ser prosseguido através de medidas que variam consoante as tradições jurídicas dos Estados-membros.

Porém, em todos os Estados-membros os litígios cujo valor se situa abaixo de determinado montante são regulados por um processo especial que se caracteriza, pelo menos, por:

1. modalidades simplificadas de início da instância (apresentação simplificada: carta registada ou simples declaração transcrita numa acta pelo juiz ou pelo escrivão) e pela;
2. faculdade de prescindir do patrocínio de advogado e por;
3. uma tentativa de conciliação prévia (que, na maior parte dos Estados-membros, é obrigatória) pelo juiz competente para decidir do processo”.<sup>5</sup>

É nosso propósito, neste trabalho, examinar as características dos Juizados Especiais Cíveis, priorizando as que se relacionam com a composição de conflitos consumeristas, procurando cotejá-las com as dos Julgados de Paz.

Neste cotejo, tomaremos por base a experiência dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

A nosso juízo, tal opção se afigura adequada, não apenas em razão do estágio avançado de desenvolvimento dos Juizados Especiais Cíveis no referido Estado, como pela semelhança que guarda com Portugal, tanto em extensão territorial, como em população, estimada, no Estado do Rio de Janeiro, em aproximadamente quatorze milhões de habitantes no último Censo Demográfico Brasileiro (2000).

---

<sup>5</sup> Livro Verde – O acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no Mercado Único, pg. 280.

## 2. Antecedentes Históricos

“A linha evolutiva que culmina com os Juizados Especiais teve início, a partir de 1980, com os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, experiência pioneira dos juizes do Rio Grande do Sul. Tais órgãos não tinham existência legal, não tinham função judicante, com juizes improvisados, atuando fora do horário do expediente forense.

Mas a experiência foi tão bem sucedida, obtendo índices altíssimos de conciliação, que logo demandaram regulamentação através de lei própria.

A evolução prosseguiu com a edição da Lei Federal no. 7.244/84, que estabelecia os Juizados de Pequenas Causas para julgamento de causas de reduzido valor econômico (até 20 salários mínimos). O critério adotado, portanto, era o de fixar a competência dos ditos Juizados levando em conta o valor patrimonial da questão.

Os Juizados Especiais de Pequenas Causas foram um sucesso e logo se espalharam por todo o País. O cidadão, incentivado pela mídia, passou a descobrir que a Justiça era, de alguma maneira, acessível, barata e rápida.

Apesar da estrutura precária, com carência material e de pessoal, sendo que o juiz, via de regra, acumulava outras funções na Justiça comum, ainda assim, enfrentando vários problemas estruturais, os Juizados de Pequenas Causas sempre foram citados como exemplos de boa administração de justiça”.<sup>6</sup>

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no inciso I do art. 98, reconheceu o êxito de tais órgãos judiciais, determinando a criação de Juizados Especiais com competência, no âmbito cível, para julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade.

---

<sup>6</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.<sup>a</sup> ed., pgs. 09/10, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

Os Juizados Especiais, portanto, passaram a ter assento constitucional, sendo reconhecida na Carta Magna sua importância no panorama judiciário.

“Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *litigiosidade contida*. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil de ampliação do *acesso à ordem jurídica justa*”.<sup>7</sup>

A Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, disciplinou os Juizados Especiais Estaduais, no âmbito infraconstitucional, normatizando o procedimento a ser adotado nos referidos órgãos judiciais.

“Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, de 26 de setembro, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e obrigatório destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja a respeito de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental”.<sup>8</sup>

“Estamos diante não apenas de um novo sistema apresentado ao mundo jurídico. Esta Lei representa muito mais do que isso, à medida que significa o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação (ou verdadeira revolução) de nossa cultura jurídica, porquanto saímos de um mecanismo (entravado em seu funcionamento mais elementar e desa-

---

<sup>7</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* e Criminais. 2.ª ed., pgs. 30/31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>8</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* e Criminais. 2.ª ed., pg. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

creditado pelo cidadão) de soluções autoritárias dos conflitos inter-subjetivos (decisão judicial da lide) para adentrar a órbita da composição amigável, como forma alternativa de prestação da tutela pelo Estado-juiz”.<sup>9</sup>

A partir da edição da Lei no. 9.099/95, passou a ser necessária a efetiva implantação dos Juizados Especiais, o que se operou por intermédio de leis estaduais que disciplinaram a concretização dos referidos órgãos judiciais pelo país afora.

“No Estado do Rio de Janeiro já existe a Lei no. 2.556, de 21 de maio de 1996, *que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispõe sobre sua organização, composição e competência.*

O Estado do Rio de Janeiro, outrora sempre pioneiro, retorna à condição de vanguarda que sempre o destacou nos campos político, jurídico e social, sendo um dos primeiros a regulamentar o que dispõe o art. 95 da Lei no. 9.099/95. De fato, a Lei Estadual representa verdadeira transformação na estrutura do Judiciário Fluminense. O Direito e a Justiça são pensados e distribuídos do ponto de vista de quem os consome, vale dizer, o povo, e não de quem os produz (legisladores e juizes). Com a lei, há uma estrutura lógica, coerente e flexível de Juizados Especiais”.<sup>10</sup>

A experiência brasileira exitosa dos Juizados Especiais, na Justiça Comum Estadual, acabou motivando sua implantação na Justiça Comum Federal.

Foi então editada a Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispôs sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal.

Importante frisar, contudo, que, consoante preceitua o art. 1.º do referido diploma legal, aplicam-se aos Juizados Especiais Fede-

---

<sup>9</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Criminais*. 2.ª ed., pgs. 34/35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>10</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.ª ed., pg. 14, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

rais, no que não discrepar, o disposto na Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Em Portugal, os julgados de paz já existiram na orgânica judiciária, embora com uma formulação, organização e competência distintas das consignadas pela Lei dos Julgados de Paz. “A sua memória recua até os primórdios da nacionalidade, onde os conceitos medievais de justiça se subjugavam à palavra régia que tinha nos juizes de paz os aplicadores da mesma junto das populações. Em regra, os julgados de paz estavam associados ao foral de uma certa localidade, onde se incluíam os privilégios, tributos, foros, leis e a nomeação dos juizes com jurisdição sobre o assunto.”<sup>11</sup>

“Muito mais recentemente (é isto que, agora, importa), deu-se a revisão constitucional de 1997 e, no n.º 2 do artigo 209.º da Constituição da República, onde se dizia *Podem existir Tribunais marítimos e Tribunais arbitrais*, passou a dizer-se, conforme aprovação unânime na Assembléia da República, *Podem existir Tribunais marítimos, Tribunais arbitrais e Julgados de Paz*.

Isto significa que os Julgados de Paz têm dignidade constitucional.

A idéia constitucional dos Julgados de Paz tem, agora, finalmente, consagração na Lei no. 78/2001, de 13 de julho.

E não creio que se possa falar de competência restrita a causas de somenos valor para, daí, se inferir menor importância individual e social. Com efeito, no que concerne à Justiça e à competência limitada de certas instituições, deve ter-se em atenção que, *mais do que quantificável, a Justiça deve ser qualificada*; para os cidadãos, importa mais o que é justo, ou injusto, do que uma perspectiva quantitativa; concretizando, mil escudos, para muitos cidadãos, serão mais importantes que mil contos para outros”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. *Julgados de Paz*. Lisboa: *Quid Juris*, 2002. pg. 16.

<sup>12</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. pg. 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.



Nessa perspectiva, os Juizados Especiais e os Julgados de Paz, representam verdadeira afirmação da cidadania.

A prestação jurisdicional passa a estar ao alcance do cidadão evitando a litigiosidade contida, danosa não apenas para a imagem da Justiça, mas, fundamentalmente, para o próprio Estado Democrático de Direito.

### 3. Princípios Informadores

O art. 2.º da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, estabelece os princípios que devem nortear o procedimento nos Juizados Especiais, dispondo que *o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.*

O artigo 2.º da Lei no. 78/2001, de 13 de julho, traça os princípios gerais dos Julgados de Paz, dispondo que sua actuação *é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes.*

Estabelece, ainda, que *os procedimentos nos julgados de paz estão concebidos e são orientados por princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual.*

Como se nota, os princípios informadores de ambos os diplomas legais em muito se aproximam, buscando a criação de órgãos judiciais com perfil de atuação bastante assemelhado.

Das semelhanças, todavia, deve ser destacada a ênfase na composição amigável das controvérsias.

A nosso sentir, tal ênfase constitui o fator de diferenciação dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz dos demais órgãos judiciários.

Via de regra, tal ênfase também se nota nos procedimentos judiciais instituídos pelos países que integram a União Européia, para composição de conflitos de pequeno valor.

“ O papel *conciliador* que os processos acabados de mencionar podem desempenhar é muito importante: em vários países, esta missão é sublinhada pelo próprio *nome* do juiz competente (o juiz de paz existe na Bélgica, na Grécia, em Itália e em Espanha; também em França, os Tribunais de instância retomaram as funções daquele que era o antigo *Juiz de Paz*)”.<sup>13</sup>

Ousamos mesmo afirmar, que a fase de conciliação constitui a pedra de toque desses órgãos judiciais, a ponto de condicionar o êxito de sua atuação.

Caso os Juizados Especiais e os Julgados de Paz não alcancem um patamar de conciliações razoável, sua eficácia estará irremediavelmente comprometida.

Nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, o índice de composição amigável dos conflitos na Sessão de Conciliação, dirigida por Conciliador, no ano de 2001, foi de 34,64%<sup>14</sup>.

Estimamos que tal índice se eleve até 50%, caso se considere também a fase de conciliação, etapa inicial da Audiência de Instrução e Julgamento, esta já presidida por Magistrado Judicial.

Não temos receio em afirmar que a engrenagem judiciária não suporta o excesso de demanda decorrente da criação de tais órgãos judiciais, se estes não estiverem estruturados para alcançar índices, pelo menos razoáveis, de composição amigável das controvérsias.

Para tanto, é indispensável contar com um quadro de conciliadores quantitativamente adequado, para além de convenientemente recrutado e treinado.

<sup>13</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>14</sup> Dado fornecido pelo Núcleo de Acompanhamento de Qualidade dos Serviços Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

“Com efeito, a lei deu ênfase à conciliação e não deseja apenas a mera tentativa pálida de acordo com simples indagação às partes sobre sua possibilidade. Quer mais do que isso. Deseja uma interação das partes com o conciliador ou juiz, desarmando-se os espíritos, indicando-se os caminhos com sugestões e opções para celebração de um acordo que coloque fim à demanda.

A mudança não é só de comportamento, antes de mentalidade.

O órgão que representa a Justiça sai de sua posição inerte e, mantendo evidentemente a igualdade das partes, formula hipóteses, sugere formas de composição do litígio, adverte para os riscos em caso de prosseguimento de pleito, enfim, exerce atuação preponderante no caminho para o entendimento das partes”.<sup>15</sup>

Caso a composição amigável dos litígios não seja alcançada, os princípios que orientam, tanto os Juizados Especiais como os Julgados de Paz, buscam, em última análise, o mesmo objetivo, qual seja, a celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Com efeito, tais órgãos judiciais foram criados com o fito de atender esta demanda social, isto é, uma prestação jurisdicional não afetada pelo estigma da morosidade.

O princípio da economia processual “informa todo o sistema processual brasileiro, conforme explicita a própria exposição de motivos, impõe ao julgador que dirija o processo, conferindo às partes um máximo de resultado em confronto com um mínimo de esforço processual”.<sup>16</sup>

“Para assunção de tal fim, importa que se tenha em mira o aproveitamento dos atos processuais, mesmo diante de irritualidade,

---

<sup>15</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.<sup>a</sup> ed., pg. 14, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

<sup>16</sup> FUX, Luiz. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. pg. 26, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

sendo o único limite que se impõe a ausência de prejuízo a se causar aos fins da justiça”.<sup>17</sup>

No âmbito dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz, tal princípio se afigura notadamente relevante, pois, quando se busca a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, devem ser praticados apenas os atos processuais indispensáveis.

Ademais, na medida do possível, caso eivados de meras irregularidades, os atos processuais devem sempre ser aproveitados.

Neste sentido, o disposto no art. 13 da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, segundo o qual, *os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para os quais forem realizados*, preceituando o § 1.º que, *não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo*.

No tocante ao princípio da informalidade, “é um princípio que constitui, com os outros, um conjunto de contornos semelhantes. O que deve prevalecer é o conteúdo dos actos e a sua razão de ser e não a sua forma”.<sup>18</sup>

“Coisa simples significa incompleta, descomplicada.

A informalidade é idéia clara daquilo que não se prende a fórmulas de praxe ou de rotina.

Ambos os princípios, combinados, resultam em indicar que a Lei dos Juizados Especiais pretende *descomplicar* o processo, simplificá-lo sem se ater às formas já existentes”.<sup>19</sup>

A opção pela informalidade, com o conseqüente repúdio do formalismo, visa, tanto nos Juizados Especiais como nos Julgados

---

<sup>17</sup> TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Juizado Especial Cível, pg.16, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>18</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. pg. 21, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>19</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.ª ed., pg. 22, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

de Paz, vincular o procedimento ao fim colimado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, contribuindo para a sua celeridade.

Tal preocupação se manifesta nos diversos países que integram a União Européia, no que se refere à organização judicial para apreciação de litígios de consumo.

“Os diferentes procedimentos judiciais apresentam várias divergências em termos de características, funcionamento e critérios para definir pequenos litígios ou custos. No entanto, observa-se um elemento comum a todos eles: *a ausência de formalismo*”.<sup>20</sup>

A adoção do princípio da oralidade, tanto nos Juizados Especiais como nos Julgados de Paz, importa em “predomínio no procedimento das manifestações orais sobre as formas escritas. O meio de comunicação entre as partes e o juizado é predominantemente oral, não excluídas, como evidente, as manifestações por escrito.

A oralidade no processo gera como conseqüências: a *concentração*, que implica uma compressão procedimental, tendente a reduzir o procedimento a uma só audiência, ou outra em curto intervalo, próxima à decisão do juiz, visando à preservação das impressões pessoais do magistrado e de sua memória acerca dos fatos da causa; a *imedição*, que é o contato direto do juiz com as alegações e as provas, recebendo, sem interposições, o material com que vai trabalhar a sua sentença; a *identidade física do juiz*, que é decorrência da oralidade e da imediatidade, por isso o juiz que colhe diretamente a prova é o que se encontra mais habilitado a decidir”.<sup>21</sup>

A adoção do princípio da oralidade apresenta ainda uma outra grande vantagem, “que poderíamos chamar de *ordem psicológica*; *as partes têm a impressão de exercer, elas mesmas, uma influência*

---

<sup>20</sup> Litígios de Consumo – O Fio de Ariadne, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias.

<sup>21</sup> FUX, Luiz. Manual dos Juizados Especiais Cíveis. pg. 28, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

*decisiva no deslinde da demanda, resultando, em contrapartida, no melhoramento da imagem do Judiciário perante os jurisdicionados*".<sup>22</sup>

A opção pela oralidade, de fato, proporcionou, a partir da implantação dos Juizados Especiais, a mudança do cenário da entrega da prestação jurisdicional.

Também por este prisma, a Justiça se tornou mais acessível.

A prolação da sentença, na audiência de instrução e julgamento, torna transparente o processo de decisão.

A prestação jurisdicional não chega mais ao conhecimento do jurisdicionado pela linguagem escrita, no mais das vezes ininteligível para o leigo, em razão do vocabulário técnico.

A decisão é proferida, oralmente, na presença das partes. Ao julgador se concede a oportunidade de, inclusive, esclarecer dúvidas dos jurisdicionados, de modo a permitir a exata compreensão do conteúdo do *decisum*.

Para além da celeridade, a adoção da oralidade acarreta o importante efeito de aumentar a credibilidade da prestação jurisdicional, na ótica do jurisdicionado, que passa a compreender a atuação do julgador.

#### 4. Competência

Os Juizados Especiais, de acordo com a previsão constitucional que orientou sua implantação, destinam-se aos julgamentos das causas cíveis de menor complexidade.

O legislador infraconstitucional, contudo, ao delimitar a competência dos Juizados Especiais, optou por levar em conta, preponderantemente, o valor da causa.

---

<sup>22</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Criminais*. 2.<sup>a</sup> ed., pg. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A identificação das causas cíveis de menor complexidade, por outro critério, afigurar-se-ia bastante dificultosa, na medida em que a complexidade da causa está relacionada com a matéria de fato e de direito submetida à cognição jurisdicional.

Determinados tipos de causa que, via de regra, prescindem da apreciação de questões de alta indagação jurídica, dependendo da matéria de fato ou mesmo da matéria de direito envolvida, podem se revelar complexas para efeito de entrega da prestação jurisdicional.

A delimitação da competência dos Juizados Especiais pelo critério do valor, a nosso sentir, se revela acertada, mormente levando-se em conta que tais órgãos judiciais se destinam a receber a litigiosidade contida, incentivando o ajuizamento de demandas para as quais, no sistema tradicional, a relação custo-benefício do aforamento do pleito seria desfavorável.

Assim é que, no inciso I do art. 3.º, a Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, estabelece que o *Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas*, dentre outras, *as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo* (aproximadamente três mil e seiscentos euros).

A Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplina os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, em seu art. 3.º, estabelece alçada superior, preceituando que *compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos* (aproximadamente cinco mil e quatrocentos euros), *bem como executar as suas sentenças*.

O critério da delimitação da competência, em razão do valor, foi também adotado pela Lei no. 78/2001, que disciplina os Julgados de Paz, ao estabelecer, no artigo 8.º, que tais órgãos judiciais *têm competência para questões cujo valor não exceda a alçada do tribunal de primeira instância*.

“Para boa aplicação deste normativo, há que compaginá-lo com o artigo 24.º. Da Lei no. 3/99, de 13 de janeiro. Assim, no momento em que esta nota é escrita, os Julgados de Paz, terão competência para ações cujo valor não ultrapasse 750.000\$00”.<sup>23,24</sup>

Cotejando-se os valores estabelecidos como de alçada para os Juizados Especiais Estaduais e para os Julgados de Paz, conclui-se que praticamente se equívalem.

Em que pese a existência de numerosos projetos de lei objetivando a majoração do valor da alçada dos Juizados Especiais Estaduais, o que se constata, na prática, é que o valor correspondente ao de quarenta salários mínimos não é insatisfatório, como o demonstra a expressiva quantidade de demandas que são ajuizadas em tais órgãos judiciais.

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, também elenca causas para as quais, cumulativamente, a competência dos Juizados Especiais Estaduais é fixada em razão da matéria.

Constatamos, contudo, pela vivência forense brasileira, que as causas para as quais se previu a competência dos Juizados Especiais Estaduais, em razão da matéria, são pouco significativas no conjunto das demandas ajuizadas.

Predominam, nos Juizados Especiais Estaduais, as demandas decorrentes de relações de consumo, nomeadamente aquelas nas quais se busca a reparação de dano material e a compensação de dano moral, causas para as quais a competência do Juizado Especial Estadual é fixada em razão do valor.

Baseados na experiência brasileira, ousamos arriscar a previsão de que, com a efetiva implantação dos Julgados de Paz, e, posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor,

---

<sup>23</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. Julgados de Paz. pgs. 27/28, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>24</sup> O valor das alçadas foi convertido para euros, por força do DL no. 323/2001, de 17 de setembro.



também os consumidores portugueses passarão a ser os jurisdicionados que, predominantemente, se utilizarão de tais órgãos judiciais.

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, se preocupou, contudo, em excluir determinadas causas da competência do Juizado Especial Estadual.

Prevê o § 2.º do art. 3.º da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, que *ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.*

“Por variados motivos o legislador retirou a competência do Juizado nessas hipóteses, às expressas, sendo de relevo notar os seguintes: incompatibilidade, muitas vezes, da necessidade de produção de provas muito complexas para o deslinde de tais questões com o processo agilizado do Juizado Especial Cível; a participação de determinadas pessoas na relação jurídica (v.g., Fazenda Pública, hipossuficiente-acidentado<sup>25</sup>, variados credores em caso de falência), impondo a realização do processo com rito comum, para maior resguardo de seus interesses, sendo impossível a compatibilização com o rito especial da lei; a busca constante de conciliação, que só cabe onde há direitos disponíveis”.<sup>26</sup>

Para além da incompatibilidade do rito, tal postura cautelosa revelou-se extremamente adequada, tendo em vista a quantidade expressiva de demandas aforadas nos Juizados Especiais Estaduais.

Se as causas excluídas, em razão da matéria, da competência do Juizado Especial Estadual, nele fossem admitidas, por certo, tal órgão judicial teria fracassado, vez que o excesso de demanda

---

<sup>25</sup> Demandas ajuizadas por vítimas de acidente no trabalho. A exclusão decorre da necessidade de produção de prova pericial de maior complexidade.

<sup>26</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.ª ed., pg. 39, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

impediria que a entrega da prestação jurisdicional se desse de forma célere, frustrando-se o principal objetivo de sua criação.

A mesma postura cautelosa foi adotada pela Lei no. 78/2001, de 13 de julho, no tocante aos Julgados de Paz, porquanto especifica as causas para as quais os referidos órgãos judiciais são competentes em razão da matéria.

Tal delimitação, a nosso sentir, afasta o risco de congestionamento dos Julgados de Paz.

Por outro lado, a delimitação da competência dos Julgados de Paz, em razão da matéria, não afasta a possibilidade de composição dos conflitos decorrentes de relações de consumo, tendo em vista o disposto nas alíneas *a, b, h, i e j*, destacando-se, dentre as previstas nas sobreditas alíneas, *as acções que respeitem à responsabilidade civil contratual e extra contratual*.

Deste modo, conclui-se que, na fixação da competência dos Julgados de Paz, ficaram os mesmos protegidos do risco do congestionamento, mas aptos a compor os conflitos derivados de relações de consumo, os quais, presume-se, serão, no futuro, predominantes.

No tocante à competência, contudo, a disciplina dos Juizados Especiais apresenta importante ponto de divergência com a dos Julgados de Paz.

Tal ocorre, pois, consoante previsão contida no § 1.º do art. 3.º da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, *competete ao Juizado Especial promover a execução dos seus julgados; e dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até 40 (quarenta) vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1.º do art. 8.º desta Lei*.

Também a Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplina os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, em seu art. 3.º, preceitua que *competete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças*.

Já a Lei no. 78/2001, de 13 de julho, adota solução distinta no número 2 do artigo 6.º, ao preceituar que, *para a execução das decisões dos julgados de paz aplica-se o disposto no Código de Processo Civil e legislação conexa sobre execução das decisões dos tribunais de primeira instância.*

“Do no. 2 resulta que a execução de decisões dos Julgados de Paz acaba por competir aos Tribunais Judiciais de 1.ª Instância, aliás conforme nova legislação sobre essa matéria que, segundo se anuncia, está em marcha.

Esta é uma solução semelhante à adoptada para os Tribunais Arbitrais (art. 30.º da Lei no. 31/86, de 29 de agosto).

Mas creio desejável – por razões de simplificação e de alívio dos Tribunais Judiciais – que os Julgados de Paz venham a dispor de competência executiva, à semelhança dos Juizados Especiais brasileiros”.<sup>27</sup>

“Os Juizados Especiais brasileiros têm competência executiva, o que tem as vantagens de viabilizar actividade conseqüente da mesma instituição e de aliviar os Tribunais Judiciais”.<sup>28</sup>

Compartilhamos tal entendimento, por reputarmos importante a inexistência de solução de continuidade entre o processo de conhecimento e o processo de execução, tendo em vista o objetivo maior almejado com a criação dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz, qual seja, a celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Compreendemos, contudo, a cautela do legislador português, neste particular, tendo em vista o *status* funcional dos julgadores que atuam nos Julgados de Paz, não assemelhado ao dos Magistrados Judiciais.

---

<sup>27</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. pg. 26, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>28</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. pg. 81, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Em sendo o processo de execução caracterizado pela prática de atos de intervenção do Poder Público, na esfera de direitos do cidadão, como, por exemplo, a expropriação de bens, compreensível que a prática de tais atos exija a intervenção do Poder Judiciário.

“Não há sociedade democrática sem poder judicial: este é o garante de um efectivo controlo da constitucionalidade das leis, como da legalidade dos actos da administração, constituindo mesmo a base da indispensável separação dos poderes no Estado de direito, sabendo que o controlo jurisdicional é a única verdadeira garantia dessa essencial separação, cabendo-lhe igualmente assegurar a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos.”<sup>29</sup>

Ainda no tocante à competência, um outro ponto de divergência deve ser destacado, no cotejo das disciplinas legais dos Juizados Especiais Estaduais e dos Julgados de Paz.

Embora ambas as disciplinas estabeleçam, como regra geral, a competência do foro do domicílio do réu, a Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no inciso III, do art. 4.º, estabelece a competência do foro do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Já a Lei no. 78/2001, de 13 de julho, em seu artigo 12.º, número 2, dispõe que *se a acção se destinar a efectivar a responsabilidade civil baseada em facto ilícito ou fundada no risco, o julgado de paz é o correspondente ao lugar onde o facto ocorreu.*

Como se nota, a Lei dos Julgados de Paz não prevê a competência concorrente do foro do domicílio do autor, circunstância que pode desestimular o ajuizamento de demanda na qual se persiga a responsabilidade civil, caso o local do fato seja distante do domicílio do requerente.

---

<sup>29</sup> RANOS PEREIRA, Joel Timóteo. *Julgados de Paz*. Lisboa: *Quid Juris*, 2002. pg. 23.

## 5. Legitimidade Ativa

Consoante disposição contida no § 1.º do art. 8.º da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, *somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.*

Tal disposição tem significativa importância, para evitar que tais órgãos judiciais sejam sobrecarregados, pelo ajuizamento de demandas por parte das pessoas jurídicas.

Posteriormente, com a edição da Lei no. 9.841, de 5 de outubro de 1999, veio a se permitir que também as denominadas microempresas, figurassem como autoras nos Juizados Especiais.

Dispõe o art. 38 do referido diploma legal que *aplica-se às microempresas o disposto no § 1.º do art. 8.º da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, passando essas empresas, assim como as pessoas físicas capazes, a serem admitidas a proporem ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.*

A Lei no. 9.841, de 5 de outubro de 1999, em seu art. 2.º, considera microempresas aquelas que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais).

Tal abertura, contudo, não se refletiu em expressivo afluxo de pessoas jurídicas aos Juizados Especiais Estaduais, que continuam a ser utilizados, preponderantemente, por pessoas físicas que buscam a concretização de seus direitos, enquanto consumidoras.

A propósito, insta acentuar que constitui direito básico do consumidor, conforme preceito contido no inciso VII do art. 6.º da Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.*

A Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, alargou a legitimidade ativa, passando a admitir que também as empresas de pequeno porte aforassem demandas nos Juizados Especiais Federais.

Consoante o disposto no art. 6.º do sobredito diploma legal, *podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei no. 9.317, de 5 de dezembro de 1996.*

A Lei no. 78/2001, de 13 de julho, em seu artigo 37.º, estabelece que *nos processos instaurados nos julgados de paz, podem ser partes pessoas singulares, com capacidade judiciária, ou colectivas, sem prejuízo do disposto na alínea a) do no. 1 do artigo 9.º*

Referida alínea exclui da competência dos Julgados de Paz as *acções destinadas a efectivar o cumprimento das obrigações que tenham por objecto prestação pecuniária e de que seja ou tenha sido credor originário uma pessoa colectiva.*

É de se concluir, portanto, que, tanto na disciplina dos Juizados Especiais como dos Julgados de Paz, procuraram os respectivos legisladores, impedir que tais órgãos judiciais fossem prejudicados pela sobrecarga decorrente das demandas ajuizadas por pessoas jurídicas.

## 6. Representação

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, preceitua, em seu art. 9.º, que, *nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.*

Tal dispositivo é complementado pelos preceitos contidos nos seus §§ 1.º e 2.º, nos quais estão previstas cautelas, no sentido de

evitar que a falta de patrocínio por advogado possa ser prejudicial à parte.

A Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplina os Juizados Especiais, no âmbito da Justiça Federal, preceitua, em seu art. 10, que *as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.*

O patrocínio facultativo está diretamente relacionado com a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, pois, em causas de pequeno valor, a necessidade de pagamento dos honorários advocatícios pode desestimular o ajuizamento da demanda.

Por outro lado, para a população de baixa renda, levando-se em conta as dificuldades na prestação do serviço de apoio judiciário, a exigência do patrocínio de advogado, independentemente do valor da causa, constitui obstáculo para o acesso à Justiça.

O patrocínio facultativo, portanto, afigura-se importante para o êxito de órgãos judiciais destinados ao julgamento de causas de pequeno valor.

A Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, foi sensível a esta necessidade, prevendo, em seu artigo 38.º que, *nos julgados de paz as partes têm de comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador.*

A Lei dos Julgados de Paz foi tão ousada quanto a Lei dos Juizados Especiais Federais, pois sequer estabeleceu limite de valor para as causas de patrocínio facultativo, como procedeu a Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

Contudo, também previu hipóteses de patrocínio obrigatório, para evitar que a parte pudesse ser prejudicada pelo fato de não contar com a assistência de advogado.

Ademais, a Lei dos Juizados Especiais, assim com a Lei dos Julgados de Paz, impõem a obrigatoriedade de constituição de advogado pela parte, na fase recursal.

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995 prevê, no § 2.º do art. 41 que “no recurso as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

A Lei no. 78/2001, de 13 de julho, estabelece no art. 38.º no. 3 que “é também obrigatória a constituição de advogado na fase de recurso, se a ela houver lugar.

## 7. Despesas Processuais

A necessidade de pagamento de custas judiciais constitui outra expressiva divergência entre a disciplina dos Juizados Especiais e a dos Julgados de Paz.

Consoante preceitua o art. 5.º da Lei no. 78/2001, *nos julgados de paz há lugar a pagamento de custas.*

“Compreende-se que assim seja, na medida em qualquer cidadão, e não só os de menores recursos, podem utilizar os serviços dos Julgados de Paz”.<sup>30</sup>

Contudo, outro fator não pode ser desconsiderado, qual seja, a limitação do valor da causa que pode ser objeto de julgamento em tal órgão judicial.

Em decorrência de tal limitação, a necessidade de pagamento de custas judiciais, por parte do autor, pode constituir desestímulo para o ajuizamento de demandas.

Para a composição de conflitos decorrentes de relações de consumo tal problema pode se tornar ainda mais grave.

“A maioria dos litígios de consumo, pela sua natureza, caracteriza-se por uma desproporção entre os interesses econômicos em jogo e o custo da respectiva resolução judicial”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. pg. 24, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>31</sup> Exposição de Motivos do Decreto-Lei no.146/99, de 4 de Maio.



Tal razão motivou o legislador português, quando da disciplina de mecanismos alternativos de resolução extrajudicial de litígios, a dispor, no número 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei no. 146/99, de 4 de maio, que os procedimentos previstos no referido diploma são isentos de quaisquer encargos para o consumidor.

Do mesmo modo, prevê o artigo 14.º da Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor, ser *assegurado ao consumidor o direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda a protecção dos seus interesses ou direitos, a condenação por incumprimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou a reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos ou da responsabilidade objectiva definida nos termos da lei, desde que o valor da acção não exceda a alçada do tribunal judicial de 1.ª instância.*

Talvez em razão da mesma preocupação, o legislador brasileiro optou por isentar o autor do pagamento das despesas processuais, em primeiro grau de jurisdição, consoante disposição contida no art. 54 da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Apenas a parte recorrente deve efetuar o pagamento das despesas processuais, conforme prevê o parágrafo único do art. 54 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, no qual se estabelece que *o preparo do recurso compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.*

O parágrafo único do art. 55, do referido diploma legal, também prevê hipóteses nas quais se faz necessário o recolhimento das custas judiciais, mas, como vimos, em regra, o pagamento das despesas processuais é dispensado.

A opção adotada pelo legislador brasileiro afigura-se consentânea com um dos propósitos que inspirou a criação dos Juizados Especiais, qual seja, facilitar o acesso à Justiça.

Contudo, acarreta maior ônus para os cofres públicos, pois o utente do órgão judicial acaba por não contribuir significativamente para o seu custeio.

Note-se que, na disciplina adotada pelo legislador brasileiro, sequer a parte vencida é condenada, em primeiro grau de jurisdição, no pagamento das despesas processuais.

Tal opção acabou por favorecer condutas pouco escrupulosas, notadamente dos grandes fornecedores, que deixam de cumprir suas obrigações, aguardando que os prejudicados ajuízem demandas nos Juizados Especiais para, só após a prolação de sentença, adimplir as prestações.

Com isto, se utilizam do Poder Judiciário para deliberadamente retardar o cumprimento de suas obrigações, sem que sejam onerados com as despesas processuais geradas por tal postura protelatória.

A nosso sentir, embora seja recomendável que não haja recolhimento de custas judiciais, quando do ajuizamento da demanda, não se justifica que a parte vencida, mesmo em único grau de jurisdição, deixe de ser condenada a efetuar o pagamento das despesas processuais.

Tal opção, não desestimulando o ajuizamento de demandas, permite que a criação e funcionamento de tais órgãos judiciais sejam custeados pelos próprios utentes, para além de coibir possível conduta inescrupulosa de litigantes contumazes, notadamente dos grandes fornecedores, pois, caso estes queiram se valer da engrenagem judiciária para retardar o cumprimento de suas obrigações, terão que arcar com ônus pecuniário correspondente.

## 8. Julgadores

O perfil do julgador também se diferencia nos Juizados de Paz e nos Juizados Especiais.

Nos Juizados Especiais atuam como julgadores os Magistrados Judiciais, não havendo qualquer distinção funcional entre o julgador que atua nos Juizados Especiais e os que atuam nos demais órgãos judiciais da Justiça Comum.

Os Juizados Especiais são órgãos judiciais, como os demais, nos quais os Magistrados Judiciais atuam com garantia de inamovibilidade.

No Estado do Rio de Janeiro, os Magistrados Judiciais que atuam nos Juizados Especiais exercem sua função judicante exclusivamente nestes órgãos, não acumulando outras funções, a fim de poderem dar conta do expressivo volume de trabalho.

É certo que a Lei no. 9.099, de 28 de setembro de 1995, prevê a atuação no Juizado Especial Estadual do denominado Juiz Leigo, pois prevê a possibilidade de implantação de juízo arbitral.

Contudo o árbitro, escolhido dentre Juizes Leigos, se limita a apresentar laudo que deverá ser apreciado por Juiz Togado para possível homologação.

Importante destacar que tal juízo arbitral praticamente não é utilizado, preferindo as partes, quando não obtida a composição amigável da lide, na sessão de conciliação, aguardar a realização da audiência de instrução e julgamento.

A arbitragem, no Brasil, não tem receptividade, tendo em vista o anseio das partes pela imparcialidade na composição da lide, que, pela mentalidade predominante, só é garantida pela atuação de Juiz Togado.

A Lei no. 78/2001, de 13 de julho, que disciplina os Julgados de Paz, optou pelo julgador com atuação exclusiva e temporária, em tais órgãos judiciais, consoante se depreende da Secção II do referido diploma legal.

“Os juízes de paz não têm o estatuto dos Juízes de Direito. Estes, são titulares de um órgão de soberania e têm estatuto próprio. Aqueles, são equiparados a técnicos superiores da administração pública, não passando de funcionários públicos qualificados aos quais se aplicam os direitos e deveres do funcionalismo público.”<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. *Julgados de Paz*. Lisboa: *Quid Juris*, 2002. pg. 23.

Tal opção, é de se presumir, objetivou facilitar o recrutamento dos julgadores, cujos requisitos são previstos no art. 24.º da Lei dos Julgados de Paz, impedindo que a carência de Magistrados Judiciais possa inviabilizar o funcionamento dos órgãos judiciais.

A experiência brasileira revela que os Juizados Especiais Estaduais passaram a apresentar movimento forense expressivo, quando neles passaram a atuar magistrados com dedicação exclusiva.

Em alguns casos, a demanda é tão significativa, que o Juizado Especial Estadual conta com dois, ou até três magistrados exclusivamente dedicados ao julgamento das demandas nele ajuizadas.

No tocante ao tipo de atuação do julgador, as disciplinas da Lei dos Juizados Especiais Estaduais e da Lei dos Julgados de Paz, em muito se assemelham.

O art. 6.º da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe que *o juiz adotarà em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.*

“O que o legislador procurou ressaltar, e com absoluta razão, foi a necessidade de ver, de uma vez, por todas, ultrapassar as barreiras da mera subsunção, para se atingir, finalmente, uma interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto, dentro de padrões sociológicos e axiológicos de interpretação. Por isso, e não menos por isso, foi que frisou: o julgador atenderá *aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.*”<sup>33</sup>

O número 1 do art. 26.º da Lei no. 78/2001, de 13 de julho, dispõe que *competete ao juiz de paz proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes.*

---

<sup>33</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* e Criminais. 2.ª ed., pg. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O número 2 do referido diploma legal avança ainda mais, ao preceituar que *o juiz de paz não está sujeito a critérios de legalidade estrita podendo, se as partes assim acordarem, decidir segundo juízos de equidade quando o valor da acção não exceda metade do valor da alçada do tribunal de primeira instância.*

A equidade, portanto, é o ponto de convergência da atuação do julgador, tanto nos Juizados Especiais, como nos Julgados de Paz.

“O juiz interpretará a lei e os fatos da causa sempre com a preocupação de fazer justiça e evitar que a rigidez de métodos preestabelecidos o conduza a soluções que contrariem a grande premissa posta ao processo das pequenas causas, ou seja, a de que o processo é um instrumento sensivelmente ético e não friamente técnico. Essa é a recomendação do legislador, ao pedir-lhe decisões justas e equânimes”.<sup>34</sup>

## 9. Produção de Prova Pericial

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, em seu art. 5.º, estabelece que *o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.*

“O juiz continua tendo o dever de julgar segundo o alegado pelas partes. Todavia, o novo sistema o abrandou, não só pelo fato de estar norteado por fortes princípios destinados à realização da decisão justa, como também da composição dos conflitos por intermédio da conciliação, na busca da rápida efetivação do processo com escopo de pacificação social, mas também porque, como já demonstramos, em razão das cada vez mais acentuadas publicização

---

<sup>34</sup> Dinamarco, Cândido Rangel, *apud* SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2.ª ed., pg. 27, Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

do processo e socialização do Direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca na aproximação da verdade real".<sup>35</sup>

A nosso sentir, contudo, a iniciativa do órgão judicial deve se restringir à liberdade de determinar as provas a serem produzidas, vez que para tanto conta com expressa previsão legal, não se admitindo que possa determinar a investigação de fatos não alegados pelos litigantes.

Coerente com tal postura, a Lei dos Juizados Especiais Estaduais prevê no art. 35 que, *quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.*

A Lei dos Juizados Especiais Federais, adotou posição assemelhada, prevendo, em seu art. 12, que, *para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.*

Trata-se, na verdade, de se permitir a produção de prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais, possibilidade que vem enfrentando resistência na jurisprudência.

Exemplo de tal resistência é o Enunciado no. 9.3, aprovado em Encontro de Juizes dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, objetivando uniformização de interpretação da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no qual se conclui não ser cabível a perícia judicial tradicional em sede de Juizado Especial.

Tal resistência se lastreia no fato de a produção de prova pericial configurar fator de retardamento na marcha processual, e sua admissão no âmbito dos Juizados Especiais constituir obstáculo à celeridade que se espera destes órgãos judiciais, na entrega da prestação jurisdicional.

---

<sup>35</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais* e Criminais. 2.<sup>a</sup> ed., pg. 146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Vale destacar, que nas causas decorrentes de relação de consumo, se admite, por força do disposto no inciso VIII do art. 6.º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

“A exigência de ser *verossímil* a alegação deve ser interpretada amplamente, no sentido de parecer verdadeiro, de *não repugnar* a verdade, segundo as regras ordinárias de experiência, o fato alegado, de ser plausível o caso narrado pelo consumidor, sem todavia ser necessário que o fato descrito se mostre provável, que tenha efetiva probabilidade de ser verdadeiro.<sup>36</sup>

A *hipossuficiência* do consumidor deve ser interpretada em sintonia com sua *vulnerabilidade* no mercado de consumo, devendo ser reconhecida todas as vezes que, por sua situação de inferioridade em relação ao fornecedor, seja do ponto de vista econômico ou cultural, seja sob o aspecto do acesso à informação, do pleno conhecimento sobre os elementos técnicos do produto ou do serviço, ou da carência de estrutura organizacional, a produção da prova se mostre mais fácil ao fornecedor, ou deva simplesmente ser a ele imposta, como natural assunção dos riscos da atividade empresarial”.

Como tal faculdade é exercida, com bastante frequência, pelos magistrados que atuam em Juizados Especiais, quando da apreciação de conflitos decorrentes de relações de consumo, a produção de prova pericial não tem se revelado indispensável para a composição de tais litígios.

A Lei dos Julgados de Paz, evita retardamento da composição da lide, vedando a produção de prova pericial em tais órgãos judiciais.

---

<sup>36</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. 1.ª ed., pg. 9 e 15. São Paulo: Saraiva, 2002.

Consoante dispõe o número 3 do art. 59.º da Lei no. 78/2001, de 13 de julho, *requerida a prova pericial, cessa a competência do julgador de paz, remetendo-se os autos ao tribunal competente para aí prosseguirem os seus termos, com aproveitamento dos actos já praticados.*

## 10. Momento da Prolação da Sentença

Trata-se de ponto no qual a Lei dos Juizados Especiais Estaduais e a Lei dos Julgados de Paz convergem.

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, preceitua, em seu art. 28, que, *na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.*

A Lei no. 78/2001, de 13 de julho, no artigo 60.º, número 1, dispõe que *a sentença é proferida na audiência de julgamento.*

Bem se nota, portanto, que ambos os diplomas legais, almejando a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, estabelecem a audiência de instrução e julgamento como o momento processual adequado para a prolação da sentença.

## 11. Instância Recursal

No aspecto organizacional, a escolha do órgão judicial encarregado do julgamento dos recursos interpostos contra as decisões neles proferidas, caracteriza distinção entre a disciplina dos Julgados de Paz e a dos Juizados Especiais.

Nestes últimos, consoante preceitua o § 1.º do art. 41 da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, *o recurso será julgado por uma turma composta por 3 (três) Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado*



A Lei dos Juizados Especiais Federais também prevê a existência de Turmas Recursais, como órgãos colegiados que atuam em segundo grau de jurisdição.

Tal sistema apresenta a vantagem de manter o processo, mesmo em segunda instância, no âmbito de órgão judicial que funciona imbuído da mesma filosofia de atuação, qual seja, a busca da celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Ademais, as causas ajuizadas nos Juizados Especiais acabam por seguir certo padrão, fazendo com que os julgadores que neles atuam, tendam a se especializar em determinadas áreas do Direito.

A experiência brasileira revela que as causas decorrentes de conflitos oriundos de relações de consumo são prevalentes nos Juizados Especiais Estaduais, induzindo os magistrados que neles atuam, a conhecer com maior profundidade tal ramo do Direito.

Deste modo, o julgamento dos recursos por órgãos colegiados, mas integrantes do mesmo microssistema, favorece a rapidez na composição da lide, também no segundo grau de jurisdição.

A Lei dos Julgados de Paz optou por outra solução, dispondo em seu artigo 62.º, número 1, *que as sentenças proferidas nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada do tribunal de primeira instância podem ser impugnadas por meio de recurso a interpor para o tribunal da comarca ou para o tribunal de competência específica que for competente, em que esteja sediado o julgado de paz.*

“Este artigo viabiliza que possa haver recurso de sentença dos Juízes de Paz (não de simples despachos) desde que os respectivos processos tenham valor que exceda metade da alçada dos Tribunais Judiciais de 1.ª Instância, ou seja actualmente, mais de 375.000\$00 (artigo 24.º da Lei no. 3/99, de 13 de janeiro).

Recorrer para o Tribunal Judicial de 1.ª Instância é que parece repensável porque o Julgado de Paz não se insere na ordem dos Tribunais Judiciais, nem é uma *sub-1.ª instância*.

Retomando o exemplo dos Juizados Especiais brasileiros e reconhecendo que os Julgados de Paz vão entrar em fase simplesmente experimental, será ponderável, futuramente, um *Julgado de Paz recursal*.<sup>37</sup>

## 12. Conclusões

A necessidade de efetuar o pagamento de honorários advocatícios, de arcar com as custas judiciais e a morosidade, acabavam por privar o cidadão da prestação jurisdicional, nas causas de pequeno valor.

Em suma, nas denominadas *bagatelas jurídicas*, não valia a pena recorrer ao Poder Judiciário para obter a composição de uma controvérsia.

Por intermédio da Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, cumprindo-se determinação da Constituição Federal Brasileira, foram criados os Juizados Especiais, viabilizando o acesso ao Poder Judiciário, para aforamento de demandas de pequeno valor.

Apesar de contarem com competência abrangente na área cível, limitada principalmente pelo valor, constata-se que, atualmente, tais órgãos judiciais compõem, predominantemente, conflitos decorrentes de relações de consumo.

É de se concluir, portanto, que o consumidor era o grande prejudicado pela inexistência de um órgão judicial apto a apreciar suas demandas.

Usando-se expressão da linguagem coloquial brasileira, podemos afirmar que a criação dos Juizados Especiais Cíveis permitiu que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor *sáísse do papel*, ou, na expressão inglesa, que a *law in books* se transformasse em *law in action*.

---

<sup>37</sup> CARDONA FERREIRA, J.O. Julgados de Paz. pg. 81, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

A nosso sentir, os Julgados de Paz, disciplinados pela Lei no. 78/2001, de 13 de julho, pelo perfil que apresentam, encontram-se aptos a ocupar tal espaço na Organização Judiciária Portuguesa.

A Lei no. 9.099, de 26 de setembro de 1995, disciplinou os Juizados Especiais Estaduais, no âmbito infraconstitucional, normatizando o procedimento a ser adotado nos referidos órgãos judiciais.

A experiência exitosa dos Juizados Especiais, na Justiça Comum Estadual, acabou motivando sua implantação na Justiça Comum Federal. Foi então editada a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispôs sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Em Portugal, também os Julgados de Paz foram consagrados no texto constitucional, sendo agora disciplinados pela Lei no. 78/2001, de 13 de julho, com órgãos judiciais já em funcionamento.

A prestação jurisdicional passa a estar ao alcance do cidadão evitando a litigiosidade contida, danosa não apenas para a imagem da Justiça, mas, fundamentalmente, para o próprio Estado Democrático de Direito.

Os princípios informadores dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz em muito se aproximam. Das semelhanças, todavia, deve ser destacada a ênfase na composição amigável das controvérsias. A nosso sentir, tal ênfase constitui o fator de diferenciação dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz, dos demais órgãos judiciais.

Ousamos mesmo afirmar, que a fase de conciliação constitui a pedra de toque desses órgãos judiciais, a ponto de condicionar o êxito de sua atuação.

Os princípios que orientam, tanto os Juizados Especiais como os Julgados de Paz, buscam, em última análise, o mesmo objetivo, qual seja, a celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Com efeito, tais órgãos judiciais foram criados com o fito de atender esta demanda social, isto é, uma prestação jurisdicional não afetada pelo estigma da morosidade.

Predominam nos Juizados Especiais Estaduais, as demandas decorrentes de relações de consumo, nomeadamente aquelas nas quais se busca a reparação de dano material e a compensação de dano moral, causas para as quais a competência do Juizado Especial Estadual é fixada em razão do valor.

Com base na experiência brasileira, ousamos arriscar a previsão de que, com a efetiva implantação dos Julgados de Paz, e, posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, também os consumidores portugueses passarão a ser os jurisdicionados que, predominantemente, se utilizarão de tais órgãos judiciais.

No tocante à competência, contudo, a disciplina dos Juizados Especiais apresenta importante ponto de divergência com a dos Julgados de Paz, qual seja, a execução dos julgados.

Reputamos importante a inexistência de solução de continuidade entre o processo de conhecimento e o processo de execução, recomendando-se que tramitem no mesmo órgão judicial, tendo em vista o objetivo maior almejado com a criação dos Juizados Especiais e dos Julgados de Paz, qual seja, a celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Na disciplina dos Juizados Especiais como dos Julgados de Paz, procuraram os respectivos legisladores, impedir que tais órgãos judiciais fossem prejudicados, pela sobrecarga de trabalho decorrente das demandas ajuizadas por pessoas jurídicas.

O patrocínio facultativo afigura-se importante para a concretização de órgãos judiciais destinados ao julgamento de causas de pequeno valor.

A Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, foi sensível a esta necessidade, prevendo, em seu artigo 38.º que *nos julgados de paz as parte têm de comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador.*

A Lei dos Julgados de Paz foi tão ousada quanto a Lei dos Juizados Especiais Federais, pois sequer estabeleceu limite de valor para as causas de patrocínio facultativo, como procedeu a Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

O perfil do julgador também se diferencia nos Julgados de Paz e nos Juizados Especiais, mas, no tocante ao tipo de atuação, em muito se assemelham. A equidade, notadamente, é o ponto de convergência da atuação do julgador, tanto nos Juizados Especiais, como nos Julgados de Paz.

Embora a produção de prova pericial seja admitida no âmbito dos Juizados Especiais, tal opção do legislador vem enfrentando resistência na jurisprudência.

Com efeito, a produção de prova pericial configura fator de retardamento na marcha processual, e sua admissão no âmbito dos Juizados Especiais constitui obstáculo à celeridade que se espera destes órgãos judiciais, na entrega da prestação jurisdicional.

A Lei dos Julgados de Paz evita tal retardamento da composição da lide, vedando a produção de prova pericial em tais órgãos judiciais.

Almejando a presteza na entrega da prestação jurisdicional, tanto nos Juizados Especiais, como nos Julgados de Paz, a audiência de instrução e julgamento é o momento processual adequado para a prolação da sentença.

No aspecto organizacional, a escolha do órgão judicial encarregado do julgamento dos recursos interpostos contra as decisões neles proferidas, caracteriza distinção entre a disciplina dos Julgados de Paz e a dos Juizados Especiais.

A Lei dos Juizados Especiais prevê a existência de Turmas Recursais, como órgãos colegiados que atuam em segundo grau de jurisdição.

A Lei dos Julgados de Paz optou por outra solução, ao dispor que *as sentenças proferidas nos processos cujo valor exceda metade*

do valor da alçada do tribunal de primeira instância podem ser impugnadas por meio de recurso a interpor para o tribunal da comarca ou para o tribunal de competência específica que for competente, em que esteja sediado o julgado de paz.

Foi nosso propósito, neste trabalho, examinar as características dos Juizados Especiais Cíveis, priorizando as que se relacionam com a composição de conflitos consumeristas, procurando cotejá-las com as dos Julgados de Paz.

## BIBLIOGRAFIA

1. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
2. *Arbitragem de Conflitos de Consumo*. Lisboa: Instituto do Consumidor.
3. CARDONA FERREIRA, J.O. *Julgados de Paz*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
4. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
5. FUX, Luiz. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
6. *Litígios de Consumo – O Fio de Ariadne*. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias.
7. *Livro Verde – O acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no Mercado Único*.
8. RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. *Julgados de Paz*. Lisboa: *Quid Juris*, 2002.
9. SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Destque, 1999.
10. Tostes, Natacha Nascimento Gomes. *Juizado Especial Cível*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.



# A EXTENSÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR EM FACE DOS DIFERENTES SISTEMAS DE PROTEÇÃO ADOTADOS POR BRASIL E PORTUGAL<sup>1</sup>

TIAGO MACHADO DE FREITAS

Advogado no Estado da Bahia – Brasil<sup>\*\*</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro. 2.1 A proteção concedida pelo Código de Defesa do Consumidor. 2.2 Extensão do conceito de consumidor. 2.2.1 Teoria finalista e maximalista do conceito de consumidor. 2.2.2 O novo Código Civil brasileiro e a sua repercussão quanto à inclusão das pessoas jurídicas como consumidoras. 3. A Proteção do Consumidor no Direito Português. 3.1. A legislação de proteção ao consumidor portuguesa. 3.1.1 Diplomas que não têm o consumidor como destinatário exclusivo. 3.1.2 Diplomas que têm como destinatário específico o consumidor. 3.2 Extensão do conceito de consumidor. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

Consolidadas as revoluções industrial e comercial, o mundo se deparou com uma nova e importante figura, ao mesmo tempo peça fundamental na engrenagem de produção e distribuição massi-

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde, com ligeiras alterações, ao trabalho apresentado em 02 de Maio de 2003 a propósito do módulo de Introdução ao Direito do Consumidor, ministrado pelo Prof. Doutor António Pinto Monteiro, no 5.º curso de pós-graduação em Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano lectivo 2002-2003.

<sup>\*\*</sup> Estudante do Curso do CDC – 2002-2003



ficados de bens, e agente vulnerável face às novas práticas comerciais utilizadas: o consumidor.

Cientes de sua importância e vulnerabilidade, os Estados foram gradualmente adotando mecanismos de proteção ao consumidor<sup>2</sup>. Inicialmente com normas de natureza administrativa e penal, posteriormente, envolvendo complexos sistemas normativos multidisciplinares de proteção do consumidor.

Assim, ao longo das últimas quatro décadas, foi possível construir os alicerces fundamentais para uma efetiva política de proteção do consumidor. A quase totalidade dos países, sejam eles europeus, americanos ou asiáticos lançaram mão de diplomas que objetivam a proteção do consumidor.

Estes sistemas de proteção, ainda que díspares, têm como escopo a criação de normas que venham a assegurar um nível satisfatório de proteção do consumidor, que encontra-se em desvantagem técnica, jurídica ou econômica<sup>3</sup> ao contratar com fornecedores profissionais.

Todavia, e não poderia ser diferente, não existe uma uniformização quanto aos sistemas de proteção do consumidor nos diferentes regimes jurídicos. Divergem as diferentes legislações quanto ao modo de proteger o consumidor. Algumas optaram por elaborar uma vasta legislação esparsa, às vezes com diplomas direcionados exclusivamente ao consumidor, às vezes, mesmo abordando algum

---

<sup>2</sup> Na sequência do ideário liberal proposto pela Revolução francesa era inimaginável outorgar proteção especial a uma das partes contratantes (consumidor) em detrimento da outra (fornecedor). Com isso, a proteção do consumidor no final do século XIX e início do século XX existe apenas como reflexo das normas assecuratórias da livre concorrência. Posteriormente, com a conscientização da ineficácia de certos princípios liberais, é que se passa a admitir a criação de normas que visam direta e explicitamente a proteção do consumidor. Vide João Calvão da Silva (*Responsabilidade Civil do Produtor*, reimpressão, ed. Almedina, 1999, p. 32 e ss.)

<sup>3</sup> Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. Revistas dos Tribunais, 2002, p. 270-5).

tema de interesse do consumidor, sem impor limitações quanto aos destinatários da lei. Tal sistema é, até o momento<sup>4</sup>, o adotado por Portugal.

Outras legislações, como a brasileira, optaram por sistematizar a matéria relativa às relações de consumo em um código, criando um micro-sistema jurídico de proteção do consumidor.

Outrossim, apesar de díspares quanto à forma, os diferentes sistemas jurídicos utilizam, via de regra, os mesmos remédios visando a proteção do consumidor, ressaltando-se a imputação objetiva da responsabilidade do produtor por defeitos e vícios do produto, a proteção do consumidor que contrata com cláusulas contratuais gerais, mecanismos de proteção do consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, o alargamento da legitimidade processual para a defesa dos interesses dos consumidores em juízo, dentre outras.

Nesse contexto, nota-se a profunda dissemelhança entre a extensão do conceito de consumidor adotados em Portugal e no Brasil. Aquele, optou por um conceito convencional de consumidor, bem mais restrito do que o adotado no direito brasileiro, que além de incluir as pessoas jurídicas, criou também as figuras dos consumidores equiparados.

Desta forma, levando-se em consideração a grande diferença da extensão do conceito de consumidor adotado pelo legislador brasileiro e português, o objetivo deste trabalho é, tendo como foco o direito positivo daqueles dois países, entender as razões desta diferença de amplitude em um dos primeiros aspectos em que se debruce o operador do direito quando o seu estudo tem por objeto a matéria consumerista: a formulação e extensão do conceito de consumidor.

---

<sup>4</sup> Estão em curso em Portugal os trabalhos para a elaboração de um anteprojeto de código de defesa do consumidor.

## 2. A Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro.

A Constituição Federal brasileira de 1988 concedeu especial atenção à proteção dos consumidores, erigindo os seus direitos ao rol dos fundamentais. Tal previsão ocorreu no art. 5º da Carta Magna.

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

...

*XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”*

É com arrimo nesta disposição que foi construído o arcabouço infra-constitucional de proteção ao consumidor, o qual passa-se agora a analisar.

### 2.1 A proteção concedida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Seguindo a orientação constitucional, e apesar de algum atraso<sup>5</sup>, foi publicada em 12/09/1990 a Lei 8.078/90, denominada de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo entrado em vigor 180 dias após a sua publicação.

Trouxe o mencionado diploma um vasto leque de garantias para o consumidor. Explicitou os seus direitos básicos, traçou os princípios norteadores da política de proteção ao consumidor, instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, introduziu normas de natureza administrativa, penal e processual, ao mesmo

---

<sup>5</sup> O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinava que: *“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”*

tempo protetivas e assecuratórias dos direitos dos consumidores. Todas elas, conforme determina o art. 1.º do CDC, de ordem pública e interesse social.

Estas normas possuem um destinatário específico, o consumidor. Todavia, e como se verá, o CDC pretendeu ampliar ao máximo o número de agentes que viriam a se beneficiar das novas normas protetivas. Como não lhe era possível regular diretamente as relações travadas entre profissionais ou entre particulares, usou o legislador outro artifício: ampliou o conceito de consumidor e criou as figuras dos consumidores equiparados<sup>6</sup>.

O conceito de consumidor *stricto sensu*<sup>7</sup> encontra-se no *caput* do art. 2º do CDC.

*“Art. 2º. Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.”*

Como se vê, optou o legislador brasileiro em incluir expressamente também as pessoas jurídicas no âmbito da definição de

---

<sup>6</sup> Este trabalho se propõe a analisar a extensão do conceito legal de consumidor, e as consequências que daí advêm. Todavia, não podemos deixar de sublinhar que também é ampla a definição de fornecedor (“...é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”) adotada pelo CDC, bem como a de produto (“...é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”) e serviço (“...é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”), albergando, assim, um número ainda maior de relações, seja de natureza contratual, seja de natureza extra-contratual.

<sup>7</sup> A doutrina brasileira tem por hábito referir-se a consumidor *stricto sensu* quando trata da definição do *caput* do art. 2º do CDC, e a consumidor equiparado quando se refere às figuras previstas no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e 29, todos do CDC. Como empregaremos aqui estes conceitos, quando nos referirmos, pura e simplesmente, a consumidor, teremos em mente aquela definição adotada pelo legislador português no art. 2º da Lei 24/96 de 31 de julho. Assim, apesar da definição portuguesa de consumidor ser mais restrita do que a figura brasileira do consumidor *stricto sensu*, adotaremos neste trabalho tais definições.

consumidor, o que, é inegável, já representa um alargamento do seu conceito tradicional. Salientamos, desde logo, que não existe nenhum empecilho legal capaz de infirmar tal inclusão, apenas uma análise histórica e comparada do conceito de consumidor aponta no sentido de uma definição mais restrita.

No Brasil, em um dos primeiros textos que abordou o universo consumerista, Fábio Konder Comparato já definia os consumidores como sendo aqueles "...que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes"<sup>8</sup>, sendo mesmo um contra-senso, nos termos desta definição, conceder às pessoas jurídicas *status* de consumidoras, nomeadamente às empresas<sup>9</sup>.

De uma maneira geral, a maioria das legislações não concede às pessoas jurídicas acesso àquelas normas mais protetivas criadas em benefício do consumidor. Na Europa, por exemplo, um dos poucos países que incluem expressamente as pessoas jurídicas no conceito de consumidor é a Espanha<sup>10</sup>. A própria legislação comunitária<sup>11</sup>, quando enfrenta o tema, tem excluído da definição legal a pessoa jurídica.

---

<sup>8</sup> Fábio Konder Comparato, *A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico*. Defesa do Consumidor – Textos básicos. Brasília: MJ/CNDC, 1987, p. 34.

<sup>9</sup> José Geraldo Brito Filomeno (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, 4ª ed., 1995, p. 29 e 30), um dos autores do anteprojeto do CDC, parece concordar com essa afirmação ao sustentar que: "Consoante já tivemos a oportunidade de salientar linhas atrás, na verdade o critério conceitual do Código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços".

<sup>10</sup> O art. 1º da Lei 20/1984 de 19 de julho (lei geral de defesa dos consumidores) diz que "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".

<sup>11</sup> Por exemplo, as diretivas 97/7/CE e 99/44/CE.

Outro aspecto da definição legal que conduz a um sensível aumento das relações submetidas ao CDC, é que não limita o legislador brasileiro, para que se configure a relação de consumo, que a aquisição seja para fins não profissionais<sup>12</sup>. É suficiente que o adquirente seja o destinatário final do produto ou serviço. Caso o legislador brasileiro tivesse restringido o critério teleológico da definição à aquisição de produtos e serviços para fins não profissionais, seriam escassas as vezes, por exemplo, em que uma pessoa jurídica se enquadraria no conceito de consumidor.

Quanto às definições de consumidor equiparado, continuou o CDC buscando aumentar o alcance de suas normas, que passaram então a se estender para além do consumidor *stricto sensu*. É o que se verifica no parágrafo único do art. 2.º, e nos arts. 17 e 29 do CDC.

*“Art 2º. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”*

*“Art. 17. Para os efeitos desta Secção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento<sup>13</sup>.”*

*“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas<sup>14</sup>.”*

---

<sup>12</sup> Vale dizer que mesmo aqueles que adotam este conceito tradicional de consumidor, excluindo, via de regra, as aquisições realizadas para fins profissionais, admitem algumas exceções. Por exemplo, o pequeno produtor que compra um computador, ainda que para utilizá-lo em sua atividade profissional (João Calvão da Silva, *Responsabilidade ...*, p. 64-5).

<sup>13</sup> A seção mencionada é aquela que trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

<sup>14</sup> Os capítulos o a que faz alusão o art. 29 são os que tratam das práticas comerciais e o que aborda a proteção contratual.

Resta patente que a inclusão das pessoas jurídicas no conceito de consumidor, e a extensão da definição de consumidores equiparados, já demonstram uma clara opção do legislador<sup>15</sup>, que se fará notar também em outros dispositivos: a máxima ampliação subjetiva dos destinatários das normas protetivas outorgadas pelo CDC.

Ainda assim, por mais amplo que seja, é importante lembrar que o arcabouço protetivo engendrado pelo CDC só poderá ser aplicado àquelas pessoas que puderem se enquadrar em alguma das definições de consumidor ali firmadas. Caso contrário, não desfrutará da proteção de suas normas.

## 2.2 Extensão do conceito de consumidor

Optou o legislador brasileiro, como visto acima, ao estabelecer o conceito de consumidor<sup>16</sup>, por lhe dar grande extensão. Seja pelo fato de incluir também as pessoas jurídicas no âmbito de sua definição, seja por referir-se a destinatários finais de produtos e serviços, não limitando a aquisição ao uso não profissional. De igual forma, procedeu o legislador quanto aos consumidores equiparados.

Repita-se aqui que esta ampliação subjetiva, aumentando o número de pessoas que podem vir a ser consideradas consumidores, era apenas uma questão de política legislativa<sup>17</sup>, não havendo nenhum óbice legal que pudesse, ou possa, infirmar essas equiparações.

---

<sup>15</sup> Apesar de nos referirmos insistentemente na *intenção/opção* do legislador, entendemos como inconfundíveis a *mens legislatoris* com a *mens legis*. Todavia, ao menos na matéria em causa, nos parece que a intenção do legislador se fez, de fato, presente no resultado de seu trabalho.

<sup>16</sup> Aqui se pegarmos os elementos comuns das definições de consumidor (subjetivo, objetivo e teleológico), nos passos da lição de Ferreira de Almeida (*Os direitos dos consumidores*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 208 e ss.), vemos que o legislador brasileiro escolheu sempre o caminho extensivo.

<sup>17</sup> Na valiosa lição de Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 296): “De certa forma, o legislador do CDC previa a passividade do consumidor *stricto sensu*, ■

Nada disso se deu por obra do acaso. Foi de fato uma decisão pensada, e politicamente avaliada, visando promover a efetiva proteção do consumidor, no mais curto espaço de tempo. Vale lembrar que a situação do mercado de consumo no Brasil era caótica<sup>18</sup>, tendo sido o consumidor durante anos deixado à própria sorte, com poucos recursos legais para se defender<sup>19</sup>.

Desta forma, estava o legislador brasileiro ciente de duas coisas: a) o mercado brasileiro estava muito menos regulado do que o de outros países e; b) sabia que o consumidor sozinho, por mais benéfica que fosse a tutela outorgada, não poderia fazer frente ao poderio econômico dos fornecedores.

A solução encontrada pelo legislador foi incluir no âmbito subjetivo de incidência do CDC outras pessoas que não apenas o consumidor – aqui entendido em seu conceito tradicional –, alargando a sua proteção também às pessoas jurídicas e às figuras dos

---

prevalência do fornecedor monopolista e a possibilidade de que talvez o consumidor equiparado viesse a instigar a resposta do sistema, o combate efetivo das práticas abusivas, com diretos e indiretos reflexos positivos para o consumidor, forçando a instituição de um mercado mais harmônico e menos abusivo. De certa forma, o art. 29 agora valorizado renova o sistema, legitimando a atuação de novos agentes econômicos em virtude do dado comum de vulnerabilidade, verdadeiro *status* análogo ao de consumidor, renova, principalmente, ao instituir instrumentos mais ágeis e sanções mais rígidas do que as conhecidas no direito da concorrência, de poucos efeitos no Brasil<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Um dos indícios da urgência da implementação do diploma no ordenamento brasileiro, é o fato do futuro código ter sido aprovado como lei, a fim de evitar um *iter* procedimental que seria necessário para a aprovação de um *código*, o que deixaria por mais tempo o consumidor desprotegido. Vide Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, 4º ed., 1995, p. 09).

<sup>19</sup> Exemplo da situação pouco confortável em que se encontrava o consumidor antes da vigência do CDC, era sua posição frente aos vícios redibitórios. O código civil anterior previa o exíguo prazo de 15 dias, da data tradição da coisa, para que o adquirente movesse a respectiva ação (*redhibitoria* ou *quantum minoris*), sob pena de prescrição. Quando o vício surgia após transcorridos 15 dias da tradição, ficava o consumidor sem proteção legal. Ademais, a responsabilidade do vendedor pelos vícios da coisa vendida poderia ser excluída contratualmente.



consumidores equiparados. Ao aumentar o campo subjetivo de aplicação da lei, o que buscava o legislador era potencializar o alcance de suas normas, harmonizando mais celeremente o mercado de consumo, o que viria a propiciar, de forma concreta, a proteção dos consumidores<sup>20</sup>.

Com isso, o que desejava o legislador não era propriamente regulamentar aquelas relações estabelecidas entre profissionais ou entre particulares. O seu desiderato era, ampliando o âmbito subjetivo de alcance da lei, introduzir no mercado de consumo, mais rapidamente, o novo parâmetro de conduta ali firmado, permeando a sociedade com o espírito do código. Assim, mostrou o legislador ter conhecimento de que a proteção do consumidor somente aconteceria se também houvesse uma correspondente mudança na forma de agir dos fornecedores nas relações de consumo, uma vez que é indissociável a proteção do consumidor e a existência de um mercado de consumo saudável<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Assim, Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 297): “Concluímos, então, afirmando que em virtude do disposto no art. 29 do CDC, assim como foi interpretado pela jurisprudência, o legislador brasileiro, para proteger os interesses econômicos dos consumidores, concedeu um novo e poderoso instrumento (as ações autorizadas pelo CDC e sua ética de boa-fé objetiva nas relações negociais) para que os ‘consumidores-equiparados’ (na maioria, também empresários) combatam as práticas comerciais abusivas que os lesam diretamente e que, mediatamente, prejudicam os outros consumidores e a harmonia do mercado”.

<sup>21</sup> José Geraldo Brito Filomeno (*Código...*), ao expor alguns dos objetivos do CDC, afirma que: “Muito pelo contrário, e como já salientado linhas atrás, visa exatamente a harmonia das sobreditas ‘relações de consumo’, porquanto, se por um lado se preocupa efetivamente com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança, e aos de seus interesses econômicos, almejando-se a melhoria de sua qualidade de vida), por outro visa igualmente a paz daquelas, para tanto atendido certos requisitos, como serão analisados a seguir, dentre os quais se destacam as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito muito mais ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores – todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e os fornecedores”.

Se tivesse o legislador atribuído, pura e simplesmente, direitos ao consumidor, o seu objetivo poderia não ter sido alcançado. Não só pela sua maior passividade<sup>22</sup>, mas também porque em muitos segmentos do mercado, tendo em vista o âmbito mais restrito de aplicação da norma, não seria economicamente vantajoso aos fornecedores se adaptarem à nova situação, ao menos na velocidade que se desejava. Poderia, inclusive, ser interessante a determinado fornecedor de produtos ou serviços *correr o risco* de não ver sancionada alguma conduta ilegal praticada, tornando inócuo a intenção do legislador constitucional e infra-constitucional de proteger o consumidor.

Por exemplo, uma empresa de telefonia poderia continuar a aplicar, nos contratos firmados sob condições gerais, cláusulas abusivas, confiando, de um lado, na passividade dos consumidores e, por outro, na quase inexistência de normas que pudessem socorrer as pessoas jurídicas, principalmente antes da vigência do novo código civil brasileiro. A situação poderia se agravar ainda mais na medida em que fosse maior a importância das pessoas jurídicas no faturamento desses fornecedores.

É importante se ter em mente que na legislação anterior ao CDC, também as pessoas jurídicas, e mais ainda aquelas figuras agora enquadradas como consumidoras equiparadas, não possuíam meios legais adequados para se defenderem, graças à pouca atualidade da legislação brasileira, tendo em vista, principalmente, a defasagem dos códigos civil e comercial.

---

<sup>22</sup> Mesmo tendo sido conferida legitimidade processual pelo CDC ao Ministério Público (art.82, inc. I), à União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 82, inc. II) e às associações (art. 82, inc. IV), a passividade dos consumidores não permitiria uma adequada proteção. Um dado relevante, ainda mais quando se tem em conta que provém da Alemanha, país onde as normas de proteção ao consumo há muito já se incorporaram na cultura jurídica, mostra que, em face da não conformidade dos produtos em relação à publicidade que é feita dos mesmos, 55% dos consumidores não esboçam qualquer reação, 44% apresentam queixa diretamente ao vendedor, e apenas 1% recorre aos tribunais (Paulo Mota Pinto, *Direito da Publicidade – Apontamento das aulas do ano lectivo 1999/2000*, Coimbra, 1999, p. 71).

O legislador acertou ao ampliar o âmbito subjetivo de incidência das normas do CDC. Sua opção fez com que o mercado de consumo se transformasse de forma mais célere e incorporasse definitivamente o espírito do código. Talvez, e não seria exagero afirmar, o maior mérito do CDC tenha sido promover essa alteração na filosofia de agir no seio do mercado de consumo. Sem essa mudança, os consumidores continuariam desprotegidos, sendo irrelevante o grau de proteção que lhes fosse outorgado pelas normas do CDC.

Caso contrário, o CDC correria sérios riscos de não atingir a eficácia social<sup>23</sup> desejada, sendo apenas mais uma, dentre as tantas leis que fracassaram em alcançar o seu desiderato.

### 2.2.1 Teoria finalista e maximalista do conceito de consumidor.

Considerando tudo aquilo que foi até o momento explicitado, pode-se dizer, com certa segurança, e com base nas diversas legislações, que a construção dominante da figura do consumidor o define como pessoa singular, que atua fora de sua esfera profissional, e tem como parceiro contratual um fornecedor que atua profissionalmente, tendo em vista a aquisição de algum produto ou serviço. O legislador brasileiro sabia disso, e se não adotou essa definição, foi, diga-se mais uma vez, por opção.

Ciente da situação do mercado de consumo brasileiro, sabia o legislador que aquela definição era insuficiente para alcançar de

---

<sup>23</sup> Para Paulo de Barros Carvalho (*Curso de direito tributário*, 13. ed. Saraiva, 2000, p. 82) “A eficácia social ou efetividade, por sua vez, diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada. Indicaremos como eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador, da mesma forma que inculcaremos de ineficaz aquel’outra cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação tipificada. Toda vez que a conduta estipulada pela norma for reiteradamente descumprida, frustrar-se-ão as expectativas, inexistindo eficácia social”.

forma rápida e eficaz o seu principal objetivo: proteger o consumidor. Assim, empregou outros artifícios que viessem a possibilitar ao CDC alcançar o seu desiderato de defesa do consumidor<sup>24</sup>.

Desta forma, e procurando aumentar a eficácia social da lei, ampliou o legislador o âmbito subjetivo de aplicação do CDC, que passou a incluir além dos consumidores, também as pessoas jurídicas e os consumidores equiparados. Quanto maior o número de agentes que pudessem vir a se abrigar sob a égide do CDC, mais rápido se estaria permeando o mercado de consumo com os novos princípios ali instituídos.

Isto porque no Brasil, em decorrência de um grande hiato legislativo que durou décadas, não dispunham consumidores, e também os demais agentes, de meios legais idôneos para combater as distorções existentes no mercado. Alastravam-se as práticas comerciais abusivas, os produtos que não ofereciam razoáveis níveis de segurança e adequação, a publicidade enganosa, os contratos de adesão com cláusulas manifestamente excessivas. Contra esta situação, os recursos legais à disposição eram poucos e ineficazes.

Ao legislador do CDC caberia confrontar todos estes fatores, caso realmente desejasse propiciar um nível mínimo de proteção para o consumidor. E foi isso o que aconteceu.

O resultado, pode se dizer, foi espantoso. A sociedade brasileira incorporou rapidamente o espírito do código<sup>25</sup>, que permeou

---

<sup>24</sup> O Desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior (*Direito do consumidor de serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias*, in Revista de Direito do Consumidor, n° 27, ed. Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1998, p. 07-17) explicita que: "O jogo das técnicas adotadas permite a conclusão de que, ao lado de uma aplicação ampla, irrestrita do CDC às operações estritamente de consumo, impõe-se o reconhecimento de aplicação menos ampla, restrita a algumas relações jurídicas, que se desenvolvem, porém, para além do que se denomina relação de consumo".

<sup>25</sup> Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 14) traz importante estatística, que vem a corroborar com o quanto aqui sustentado. Em levantamento feito apenas junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e levando-se em conta somente aquelas

até mesmo as relações que, em princípio, não abrangia<sup>26</sup>. O CDC fez corresponder a *law in the books* à *law in action*<sup>27</sup>.

Como já se disse, a inclusão das pessoas jurídicas no conceito de consumidor, lhes possibilitando usufruir também das normas protetivas nas situações em que se enquadrassem na definição legal, veio a garantir-lhes acesso a instrumentos concretos de defesa de seus direitos, quando fossem vítimas de alguma prática abusiva

Tal situação, que poderia parecer contraditória, eis que concede especial proteção àquelas pessoas que, ao menos em parte, também são as responsáveis pelos desequilíbrios das relações de consumo, se mostrou eficiente. A larga utilização feita das normas do CDC pelas pessoas jurídicas<sup>28</sup>, dinamizou a difusão das normas do código. Quem se aproveitou disso foi o consumidor, que viu se alastrar celeremente o novo paradigma de conduta fixado pelo CDC nas relações de consumo.

---

decisões que tratavam da boa-fé e da função social dos contratos, encontrou-se no ano de 1991 (ano em que entrou em vigor o CDC) apenas 5 decisões, enquanto que foram encontradas 77 decisões em 2001, até 24 de agosto daquele ano.

<sup>26</sup> O des. Antônio Dall'agnol, em decisão transcrita por Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p.298-9), reconhece que o CDC foi um canal de oxigenação de todo o direito civil brasileiro: "Esta 'exposição às práticas' implica, ao que me consta, justamente a idéia de sujeição. Este o sentido que se há de extrair: evidenciando o desequilíbrio entre os figurantes do negócio, qualquer que seja ele, portanto, inclusive os que não se enquadrem como de 'consumo', incidem os dispositivos dos dois capítulos referidos. A regra contida no art. 29 do CDC, tenho dito com alguma frequência, evidencia-se como verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico. Foi através dele que se generalizou, evidenciado o desequilíbrio contratual, vale dizer, a vulnerabilidade de um figurante do negócio jurídico, entre outras, a aplicação das cláusulas abusivas".

<sup>27</sup> Pinto Monteiro, presidente da comissão incumbida de elaborar um anteprojeto de código de proteção do consumidor em Portugal, manifestou em diferentes oportunidades essa preocupação, sempre deixando transparecer a pouca valia de uma lei que não tenha alto grau de eficácia social.

<sup>28</sup> As práticas abusivas não eram cometidas apenas contra consumidores, nem eram apenas estes que não dispunham de proteção adequada para combatê-las. As pessoas jurídicas, ao mesmo tempo que eram responsáveis, eram também vítimas.

Pode-se então afirmar que os mesmos fornecedores (pessoas jurídicas) que causavam distorções nas relações de consumo, foram peças-chave na consecução dos objetivos do código. Por este motivo é que entendemos mais condizente com o espírito do código a interpretação que possibilita uma ampla inclusão das pessoas jurídicas como consumidoras, e que é defendida pela teoria maximalista.

Com efeito, no que pertine à inclusão da pessoa jurídica como consumidora equiparada, especialmente no que se refere à equiparação prevista nos arts. 17 e 29 do CDC, não há muita controvérsia, mesmos os finalistas a admitem de forma ampla.

Em contrapartida, o mesmo não ocorre quanto ao enquadramento da pessoa jurídica como consumidora *stricto sensu*, nos termos do *caput* do art. 2º do CDC. Os maximalistas entendem que seria suficiente, para que se configurasse a relação de consumo, que a pessoa jurídica fosse destinatária final do produto ou serviço, ou seja, que não os adquirisse com propósito de revenda, nem que este produto viesse de alguma forma a se incorporar no produto final da empresa, ainda que transformado.

Vale mencionar que entendemos pertinentes outras duas exceções quanto ao critério de destinação final do produto, independentemente de se tratar de pessoa física ou jurídica. Quando houver aquisição de bens de capital ou aqueles relacionados diretamente com a atividade profissional do adquirente<sup>29</sup>, não se configurará relação de consumo. Fora dessas exceções, para que a pessoa jurídica tenha *status* de consumidora bastará que seja destinatária final fática do produto.

Não concordamos com aqueles que entendem que para a pessoa jurídica se encaixar no conceito de consumidor *stricto sensu* tenha que ser, além de destinatária final fática, também destinatária final econômica do produto ou do serviço, ou seja, arcar efetivamente com o ônus da aquisição, não o transferindo a terceiros.

---

<sup>29</sup> Assim, por exemplo, um taxista que adquire um automóvel para trabalhar, ou um hospital que compra um aparelho de ultra-som.

Ora, se isso acontecesse se afastaria desde logo a possibilidade das sociedades com fins lucrativos se enquadrarem no conceito de consumidor. Essas empresas nunca serão destinatárias finais económicas, pois sempre embutirão o preço pago no valor final do produto ou serviço colocado à disposição no mercado de consumo. Caso contrário, não haverá lucro.

Se as pessoas jurídicas para receberem o tratamento legal previsto no código houvessem que ser destinatárias finais económicas do produto ou serviço, se estaria de plano excluindo a grande parte dos agentes que poderiam vir a ser beneficiados. Ainda que se admita grande o número de fundações, associações e sociedades sem fins lucrativos, o maior número de pessoas jurídicas está incluído nas sociedades que visam o lucro. E estas, pela teoria finalista, não mereceriam tratamento especial.

Esse entendimento não se coaduna com a postura do legislador de ampliar ao máximo o leque de pessoas e relações albergadas pelo código.

Com isso, buscam os finalistas uma aproximação com a definição mais restrita de consumidor adotada em outros países, nomeadamente no continente europeu, mas que não se conforma com a definição legal brasileira.

É estranha, por exemplo, à legislação brasileira, a noção de profissionalidade. Não que uma interpretação comparada do direito, tendo em vista a necessidade de se encontrar o real alcance da expressão *destinatário final* não tenha relevância. Não é essa a questão. Pelo contrário, entendemos que exatamente em decorrência de uma interpretação histórica e comparada das normas do CDC não se pode restringir a extensão do que representa destinação final, com aquilo que se entende por profissionalidade.

Em outras palavras, o legislador brasileiro, em incontáveis disposições, buscou subsídios na experiência alienígena, especialmente nos Estados Unidos e nos Estados-membros da Comunidade Européia, tendo, todavia, optado por não importar, ao estabelecer o conceito de consumidor, a noção de profissionalidade. Por isso

é que agora refutamos este entendimento trazido pelos finalistas. Seria afrontar a única conclusão possível de uma interpretação teleológica e sistemática do art. 2º do CDC, ou seja, tanto a intenção do legislador ao elaborar referido diploma, como o seu reflexo percebido no teor das normas inseridas no CDC, apontam para uma interpretação ampla do conceito de consumidor, a fim de tutelar o maior número possível de relações.

Outra, inclusive, não foi a interpretação extraída pelos Tribunais, o que, repita-se, possibilitou uma rápida difusão do novo padrão de conduta estabelecido no CDC.

Uma eventual recepção da teoria finalista poderia fazer ruína aos avanços e conquistas dos consumidores ao longo dessa primeira década de vigência do CDC. O Brasil não pode ainda adotar um conceito de consumidor tão restrito, como, se verá, fez Portugal.

A razão, repita-se, é simples: fora da esfera do CDC não terão as pessoas jurídicas como participar, sempre que se encontrarem em situação desvantajosa, do combate às práticas abusivas, eis que não dispõe dos meios legais adequados<sup>30</sup>.

### *2.2.2 O novo Código Civil brasileiro e a sua repercussão quanto à inclusão das pessoas jurídicas como consumidoras.*

Não se pode deixar de fora desta análise as profundas repercussões na ordem jurídica interna brasileira decorrentes das alterações introduzidas pelo novo código civil, que entrou em vigor em 11/01/2003.

Consoante sustentado acima, a extensiva interpretação do conceito de consumidor adotada pela doutrina e jurisprudência tinha sólido fundamento, nomeadamente quando se tem em foco a ordem

---

<sup>30</sup> Essa era a situação quando da elaboração do CDC no final da década de 80. Com a entrada em vigor do novo código civil, como se verá adiante, a situação se alterou enormemente.



jurídica vigente à época da elaboração do CDC. Para nós, o legislador teve sim a intenção de alargar a esfera de incidência subjetiva do código para além dos consumidores, tal qual definidos histórica e comparativamente.

Ao assumir tal postura político legislativa, o objetivo do legislador, repita-se, foi garantir maior eficácia social da lei, e assim conferir maior proteção ao consumidor. Este só estaria, e estará, efetivamente tutelado quando o mercado em que o mesmo atua estiver funcionando de maneira harmônica.

É irrefutável que vem o CDC atingindo o seu objetivo, sendo incontroversa a avaliação de que o mercado de consumo brasileiro evoluiu positivamente nesta primeira década de vigência do código. Creditamos boa parte deste feito ao grande alcance e difusão que tiveram as normas de proteção ao consumidor, o que, por sua vez, só foi possível em função de uma interpretação maximalista de normas do CDC.

O momento agora é de reflexão, e acreditamos que esse alargamento do âmbito de aplicação das normas do CDC deve, em parte, ser revisto. Em momento algum advogamos a tese de que o CDC veio para substituir os códigos civil e comercial, e com isso passar a regular também todas as relações ali positivadas. Ao CDC cabe proteger o consumidor, devendo para atingir o seu desiderato utilizar todos os instrumentos que estejam ao seu alcance.

Desta forma, se por um lado, a conceituação legal continuará ampla, a sua interpretação deverá se tornar um pouco mais restrita. De fato, com a entrada em vigor do novo código civil, se abrem novos caminhos de contestação aos abusos perpetrados pelo mercado, nomeadamente com a previsão também da cláusula geral de boa-fé, com o combate à onerosidade excessiva, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, interpretação mais favorável das cláusulas inseridas em contrato de adesão, e, até mesmo, a responsabilização objetiva do produtor pelos defeitos existentes no produto, também nos contratos celebrados entre particulares ou interempresariais.

Ao que tudo indica, parece que finalmente, fora do âmbito do CDC, também se poderá enfrentar as praticas abusivas, e, desta feita, com as armas legais adequadas.

Não que isso nos afaste da teoria de maximalista, nem que infirme as posições supra sustentadas, apenas constatamos que as inovações repercutirão no trato da matéria. Mantemos, de qualquer sorte, intacta a posição anteriormente sustentada, quanto à impossibilidade de conferir uma perspectiva estritamente econômica à expressão *destinatário final*.

Com efeito, o que a teoria finalista pretende é suprimir por completo a proteção expressamente concedida às pessoas jurídicas, especialmente às sociedades com fins lucrativos, o que não é admissível.

Outrossim, entendemos que limites têm que ser traçados quanto ao aproveitamento pelas pessoas jurídicas das normas de natureza protetiva veiculadas no CDC. Primeiro porque o mercado de consumo brasileiro mudou, e já não se encontra no mesmo estágio que estava a dez anos atrás, depois porque poderão as pessoas jurídicas obter uma satisfatória proteção de seus direitos com as novas diretrizes trazidas pelo novo código civil, e assim continuar a interferir de forma positiva na construção de um mercado mais justo.

Talvez, e tendo em vista a orientação constitucional, o caminho a ser seguido seja o de restringir o tratamento favorecido concedido pelo CDC, no que se refere às pessoas jurídicas, às “...empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país<sup>31</sup>”, nos termos do inc. IX, do art. 170 da Constituição Federal<sup>32</sup>. Desta forma, se continuaria a dar

<sup>31</sup> Na esfera processual as micro-empresas já disfrutavam de tratamento favorecido. A lei 9.841/99, em seu art. 38, alterou a lei 9.099/95, facultando às mesmas propor ações perante os Juizados Especiais, que possui valiosa base procedimental para a resolução dos conflitos decorrentes das relações de concumo.

<sup>32</sup> Dispõe o mencionado artigo da CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

aplicabilidade ao quanto disposto no CDC, mas agora levando-se em consideração também a entrada em vigor do novo código civil.

### 3. A Proteção do Consumidor no Direito Português.

Inicialmente, é importante ressaltar que a proteção do consumidor em Portugal, desde a revisão de 1989, foi erigida a nível constitucional, inserida no rol dos direitos fundamentais<sup>33</sup>, estando prevista no art. 60 da Lei Maior portuguesa.

*“Art. 60. Direitos dos consumidores.*

*1 Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.*

*2 A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.*

*3 As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”.*

---

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no País”.

<sup>33</sup> Vieira de Andrade (*Anotações para o 5º curso de pós-graduação em direito do consumo, ano lectivo 2002-2003*) bem definiu o alcance e extensão da inclusão dos direitos dos consumidores como um direito fundamental: “Deve começar por dizer-se que os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário de direitos fundamentais, nascidos nos fins da século XVIII, contra o Estado absoluto, nem são uma expressão da cidadania democrática: não são direitos à abstenção, isto é, liberdades, nem direitos de participação na vida política. Integram-se, no entanto, perfeitamente no conjunto dos direitos de terceira geração – direitos económicos e sociais -, que, sendo impensáveis na época liberal, se revelaram como atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da sociedade técnica de massas”.

Com base nesta orientação constitucional, e também em decorrência da necessidade de transposição de diretivas comunitárias, foi elaborada a vasta legislação portuguesa, composta por vários diplomas legais, referente à matéria consumerista.

Assim, apesar de não dispor ainda de um código, e das vantagens a ele inerentes<sup>34</sup>, tem o consumidor português assegurado um elevado nível de proteção graças à ampla legislação esparsa que está a seu dispor, destacando-se a Lei de Defesa dos Consumidores.

### 3.1 A legislação de proteção ao consumidor portuguesa.

Uma das principais características da legislação portuguesa que trata de matérias atinentes à proteção do consumidor, é que a mesma, muitas vezes, não se dirige exclusivamente a este agente. Pelo contrário, se analisarmos a legislação dita de *defesa do consumidor* veremos que há uma divisão. Uma parte tem como destinatário único o consumidor, na outra, não há qualquer limitação quanto ao âmbito subjetivo de incidência da lei.

A primeira conclusão é, portanto, que também os não consumidores podem, eventualmente, se beneficiar da legislação mais acautelatória, tendo em vista que se dirige igualmente aos consumidores, parte mais fraca na relação de consumo, e que por isso merecem um tratamento legal mais favorável. Esta situação não é

---

<sup>34</sup> Nas palavras de Pinto Monteiro (*Discurso do Presidente da Comissão do Código de Consumidor*): "O carácter avulso, disperso e fragmentário da numerosa e prolixa legislação que tem por finalidade última proteger o consumidor faz com que se apele, de vários lados a um *Código do consumo*, que unifique, sistematiza e racionalize toda essa avalanche de textos e de normas. E anuncia-se um novo direito, o *direito do consumo*, de feição *interdisciplinar* e acima da tradicional dicotomia direito público/direito privado". Neste mesmo sentido, Antônio Herman Benjamin (*Código...*, p. 09), para quem são inegáveis as vantagens de um código de defesa do consumidor eis que: "Primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do direito, possibilitando sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma".

exclusiva de Portugal, eis que outros Estados-membros da Comunidade Européia trilharam o mesmo caminho.

Em contrapartida, existem diplomas que restringem sua aplicação ao consumidor, não permitindo a nenhum outro agente a possibilidade de usufruir de suas normas mais benevolentes.

Compartilhar com outros agentes a posição de destinatário de certos diplomas em nada agrava a situação do consumidor. Em verdade, ocorre aí situação semelhante àquela desejada pelo legislador brasileiro: a ampliação do contingente de pessoas legitimadas a intervir de forma positiva na regulação do mercado. É assim, muitas vezes, mais interessante para o consumidor não ser o único destinatário de determinado diploma legal.

Não que com isso pensemos ser despicienda a criação de normas protetivas exclusivas para os consumidores. Apenas salientamos que a proteção concedida isoladamente ao consumidor é incapaz de garantir-lhe segurança no seio do mercado de consumo. Seja pela sua passividade, seja pela sua vulnerabilidade face aos fornecedores profissionais, não será o consumidor sozinho capaz de promover uma alteração de conduta no seio do mercado, sem o que não estará adequadamente protegido. As legislações devem criar, portanto, outros mecanismos que, juntamente com as normas de proteção ao consumidor em sentido estrito, possibilitem equacionar as desvantagens sentidas pelo consumidor quando atua no mercado de consumo.

Neste sentido, como os meios legais mais adequados de combate às práticas agressivas perpetradas pelos fornecedores são veiculados na legislação consumerista, o procedimento mais apropriado é possibilitar também a outros agentes, que não apenas o consumidor, o acesso a este conjunto de normas reconhecidamente mais eficazes ao combate de práticas abusivas.

### 3.1.1. *Diplomas que não têm o consumidor como destinatário exclusivo.*

Como já foi afirmado, uma parcela da legislação portuguesa que trata de matérias atinentes ao direito do consumidor não restringe seu âmbito de aplicação a este agente. Pelo contrário, a sua esfera de incidência subjetiva é irrestrita, podendo suas normas serem invocadas sempre que se configure a violação de alguma de suas disposições, independentemente de a vítima ter sido, ou não, um consumidor.

Dentre estes diplomas, podemos mencionar o Decreto-Lei 446/85 de 25 de outubro (Cláusulas Contratuais Gerais), com as alterações dos Decretos-Leis 220/95 e 249/99<sup>35</sup>. O regime adotado pelo diploma que cuida das Cláusulas Contratuais Gerais tem, todavia, uma peculiaridade: não se dirigindo unicamente aos consumidores, traz níveis diferentes de tutela. Com efeito, quando uma das partes do contrato for o consumidor final, o diploma alarga a proteção concedida (art. 20º), presumindo, logicamente, a sua maior vulnerabilidade.

Existem também outros diplomas que não se restringem a conceder proteção exclusiva ao consumidor, como, por exemplo, o Decreto-Lei 209/97 de 13 de agosto<sup>36</sup> (Viagem Organizada), com as alterações do Decreto-Lei 12/99; o Decreto-Lei 383/89 de 6 de novembro<sup>37</sup> (Responsabilidade Civil do Produtor), com as alterações do Decreto-Lei 131/2001; o Decreto-Lei 275/93 de 5 de agosto<sup>38</sup> (Direito Real de Habitação Periódica), com as alterações dos Decretos-Leis 180/99 e 22/2002; e a Lei 23/96 de 26 de julho (Proteção ao Utente de Serviços Públicos Essenciais).

---

<sup>35</sup> É interessante notar que apesar deste diploma ter servido à transposição da diretiva 93/13/CEE para o ordenamento jurídico português, a diretiva visava regular apenas as relações travadas com consumidores.

<sup>36</sup> Transpõe a diretiva 90/314/CEE.

<sup>37</sup> Transpõe a diretiva 85/374/CEE.

<sup>38</sup> Transpõe a diretiva 94/47/CE.

Estes diplomas, que abordam, inquestionavelmente, temas onde a proteção do consumidor se mostra indispensável, por não imporem qualquer restrição de seu campo de incidência subjetivo, podem ser manejados por todos, consumidores, ou não<sup>39</sup>.

Caso houvesse restrição ao âmbito de incidência subjetiva da lei, aquelas pessoas que não se enquadrassem na definição legal de consumidor, teriam que procurar amparo legal nas normas genéricas da legislação civil, menos acautelatórias do que essas da legislação especial. Como já foi demonstrado no exemplo brasileiro, quanto maior o número de destinatários da lei, maiores as chances de se conseguir um elevado grau de eficácia social, o que contribuirá para o controle, e conseqüente harmonização, do mercado.

Como se verá, esta opção da legislação portuguesa trará conseqüências quanto à delimitação do conceito de consumidor.

### 3.1.2. *Diplomas que têm como destinatário específico o consumidor.*

Em contrapartida àqueles diplomas mais abrangentes, existem outros que limitam o campo subjetivo de aplicação de suas normas a um único agente: o consumidor. Dentre esses diplomas, destaca-se a Lei de Defesa do Consumidor.

---

<sup>39</sup> Pinto Monteiro (*Sobre o direito do consumidor em Portugal, in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, n° 4, 2002, p. 133*) abordou a questão: “O que acabamos de dizer não significa que defendamos a *delimitação* do âmbito do Código em função do consumidor. Pelo contrário, entendemos que são de incluir no Código todas as matérias que pacificamente se vem aceitando fazerem parte deste novo ramo do direito, *ainda que não tenham por destinatário exclusivo o consumidor em sentido técnico*. Haja em vista, por exemplo, a legislação sobre a publicidade, a responsabilidade do produtor, a segurança dos produtos, as cláusulas contratuais gerais ou os serviços públicos essenciais – tratando-se de temas *emblemáticos* da ‘cruzada’ da defesa do consumidor, a verdade é que tais diplomas legislativos *não delimitam o seu âmbito de aplicação em função do consumidor*, ainda que este possa beneficiar, em alguns casos, de uma tutela *acrescida* (como sucede, por ex., nos domínios das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade do produtor e dos serviços públicos essenciais)”.

A LDC, diferentemente dos demais diplomas relativos à matéria consumerista, não se limita a regular determinadas práticas consideradas abusivas, ou métodos específicos de venda, mas caracteriza-se pela maior generalidade de suas normas. Nela encontra o consumidor proteção à sua saúde e segurança, bem como contra a venda de bens defeituosos, além de serem expressos os direitos à informação e normas de natureza processual.

Ressalta-se, também, dentre os diplomas que conferem proteção exclusiva ao consumidor<sup>40</sup>, o Decreto-Lei 143/2001 de 26 de abril<sup>41</sup> (Proteção dos Consumidores em Matéria de Contratos Celebrados à Distância, Contratos ao Domicílio e Outros) e o Decreto-Lei 359/91 de 21 de setembro<sup>42</sup> (Contrato de Crédito ao Consumo). Esses diplomas se destinam exclusivamente à regulamentação das relações em que uma das partes contratantes é o consumidor.

Como restringem sua aplicação ao consumidor, os três diplomas supra mencionados trazem em seu bojo uma definição do sujeito que irá se beneficiar do regime protetivo ali instituído.

*“Art. 2º da lei 24/96. 1. Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”*

*“Art. 1º do Decreto-Lei 143/2001. 3 – Para efeito do presente diploma, entende-se por: a) Consumidor: qualquer pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional;”*

---

<sup>40</sup> A diretiva 99/44/CE, referente a certos aspectos das vendas de bens de consumo e as garantias a ela relativas, limita-se a regular os contratos em que uma das partes é o consumidor.

<sup>41</sup> Transpõe a diretiva 97/7/CE.

<sup>42</sup> Transpõe as diretivas 87/102/CEE e 90/88/CEE.



“Art. 2º do Decreto-Lei 359/91. 1. b). ‘Consumidor’, a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente diploma, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional;”

Pode-se concluir que adotou o legislador português, nas três oportunidades, o conceito convencional de consumidor. Nas duas últimas definições, inclusive, exclui expressamente as pessoas jurídicas.

Quanto ao conceito da LDC, não é pacífica a aceitação, com base em seu art. 2º, da inclusão das pessoas jurídicas como consumidoras<sup>43</sup>. Por outro lado, ainda que se admita essa inclusão, a definição, ao limitar as relações de consumo àquelas em que o fornecimento de bens e serviços é para uso não profissional, torna remota as oportunidades em que a pessoa jurídica poderia se enquadrar na definição.

### 3.2 Extensão do conceito de consumidor

O legislador português não precisava, quando delimitou o conceito de consumidor, inovar. Portanto, a solução adotada por Portugal foi a mais convencional, e, sem dúvida, o conceito firmado é mais condizente com o agente que se deseja proteger<sup>44</sup>.

Todavia, não se pode esquecer que uma legislação é produto do contexto histórico de determinada sociedade. Assim, enquanto o legislador brasileiro precisava conceder proteção ao consumidor,

---

<sup>43</sup> Paulo Duarte (*O conceito jurídico de consumidor*, in Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 661-5) acredita não ser possível, a princípio, negar à pessoa jurídica a possibilidade de vir a se enquadrar na definição de consumidor firmada na LDC. Em sentido contrário, Teresa Almeida (*Comentários aos artigos iniciais da lei portuguesa de defesa do consumidor de 1996*, in Revista de Direito do Consumidor, nº 37, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 27) entende que a formulação dos direitos atribuídos pela LDC implica ser o consumidor, necessariamente, uma pessoa singular.

<sup>44</sup> Neste sentido, João Calvão da Silva (*Responsabilidade ...*, p. 63).

no seio de um código que iria regular apenas as relações de consumo, tendo ainda que enfrentar um mercado desregulado, o legislador português jamais se deparou com uma situação desse jaez.

A extensão do conceito de consumidor no direito brasileiro é fruto das peculiaridades vivenciadas por sua sociedade naquele preciso momento. Em Portugal, nada disso aconteceu, pelo contrário, as normas de proteção ao consumidor foram sendo elaboradas gradativamente, sendo que desde 1981<sup>45</sup> já havia uma lei especial de defesa do consumidor. Assim, não precisou o legislador português se afastar daquele conceito convencional.

Por outro lado, não deixou a legislação portuguesa de levar em consideração que a passividade dos consumidores é um fator que atua decisivamente contra os seus interesses. Franqueou-se, assim, também aos não consumidores acesso à diplomas que referem-se a assuntos nucleares do direito do consumidor.

Ademais, não se pode questionar a legitimidade das leis que não limitam o seu espectro de incidência, eis que possibilitam a todos combaterem, e se defenderem, das práticas abusivas perpetradas no mercado de consumo. Este mal não aflige apenas o *consumidor em sentido jurídico*, mas todos que, de alguma forma, adquirem produtos e serviços ou se vêem obrigados a contratar com fornecedores profissionais.

Por fim, mesmo não se encontrando o mercado de consumo em Portugal em situação semelhante àquela do Brasil, a possibilidade de um maior número de agentes intervirem de forma positiva na sua regulação, utilizando-se daqueles meios de proteção também conferidos aos consumidores, vai ao encontro dos interesses dos consumidores.

Nunca é demais repetir, é impossível dissociar a proteção do consumidor da existência de um mercado de consumo regulado e saudável. São as duas faces de uma mesma moeda.

---

<sup>45</sup> Lei 29/81 de 22 de agosto, revogada pela atual LDC.

#### 4. Conclusão.

À guisa de conclusão, podemos dizer que é impensável imaginar que algum consumidor estará protegido sem que o mercado de consumo em que o mesmo atua esteja eficazmente regulado. A existência de um mercado de consumo regulado, por seu turno, dependerá da normatização das atividades de produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços, concedendo aos agentes intervenientes no mercado proteção pré-contratual, pós-contratual e contratual contra os eventuais abusos perpetrados.

Regulamentar-se-á o mercado, portanto, toda vez que o legislador jurisdicizar alguma dessas esferas de funcionamento do mesmo. Com essa regulação será possível notar uma clara tendência à diminuição das práticas abusivas.

Por outro lado, como o consumidor só poderá ser entendido como tal quando atua dentro do mercado de consumo, seja negociando um contrato de prestação de serviços, seja adquirindo um bem, seja quando é vítima de determinada publicidade enganosa, não restou outra alternativa àqueles países que desejaram criar regras de proteção ao consumidor, senão elaborar um sistema que também regulasse o mercado de consumo. Não podemos sequer afirmar que a concessão de medidas *stricto sensu* de proteção ao consumidor seja mais importante do que os preceitos reguladores do mercado. Uma coisa levará inexoravelmente à outra.

Todavia, é ingenuidade acreditar que a concessão de proteção apenas aos consumidores, assim entendida a exclusiva criação de normas que protejam apenas a pessoa singular quando atua fora de sua atividade profissional, vai ter o condão de promover a regulação do mercado, sem o que, repita-se, não se pode imaginar uma efetiva proteção do consumidor.

Para que se combata, e interrompa de fato, os abusos cometidos pelos fornecedores no afã da obtenção do lucro, é imperioso, além de criar regras preventivas e repressivas contra as condutas abusivas, também permitir, ainda que em menor escala, que outros

agentes, além do consumidor, se utilizem desse arcabouço de normas protetivas.

Afinal, a passividade e a inerente vulnerabilidade do consumidor são fatores que denotam a sua incapacidade de atuar sozinho contra todos os desequilíbrios existentes no mercado. Mesmo que todos os consumidores resolvessem agir de forma participativa, ainda assim, e tendo em mente que é vultuoso o número de relações travadas entre os próprios fornecedores, isso de pouco adiantaria. Para muitos, poderia continuar a ser vantajoso utilizar uma cláusula abusiva em seus contratos, se não tivessem os demais agentes meios legais eficazes de defesa.

Ora, os instrumentos idôneos de proteção contra as modernas práticas abusivas, se inserem, quase sempre, no âmbito de uma política de proteção ao consumidor, e o que se nota é que, atualmente, as diversas legislações estendem essa proteção também a outros agentes, e não somente ao consumidor. Todavia, e como foi amplamente discutido, esse mecanismo de ampliação ocorre de maneira distinta entre os diferentes Estados.

Compreende-se assim as causas dessa grande disparidade quanto à amplitude do conceito de consumidor. Enquanto em Portugal, boa parte da legislação que trata da matéria referente ao consumo, não restringe o seu âmbito de incidência às relações em que uma das partes é o consumidor, mantendo assim inalterado o seu conceito convencional, no Brasil, por seu turno, ao invés de estender aos não consumidores a possibilidade de se utilizarem daquelas regras, o que não seria possível de ser feito pelo legislador de um código de defesa do consumidor, preferiu-se incluir as pessoas jurídicas na definição legal de consumidor, e criar as figuras do consumidor equiparado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, 3ª ed. Saraiva, 2002, p. 02-68.
- ALMEIDA, Teresa. *Comentários aos artigos iniciais da lei portuguesa de defesa do consumidor de 1996*, in Revista de Direito do Consumidor, nº 37, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.
- ANDRADE, Vieira de. *Anotações para o 5º curso de pós-graduação em direito do consumo, ano lectivo 2002-2003*.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 13. ed. Saraiva, 2000, p. 82.
- DALL'AGNOL, Antônio Janyr. *Direito do consumidor de serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias*, in Revista de Direito do Consumidor, nº 27, ed. Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1998, p. 07-17.
- DUARTE, Paulo. *O conceito jurídico de consumidor*, in Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 661-5.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, 4º ed., 1995, p. 29 e 30.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e BENJAMIN, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, 4º ed., 1995, p. 09.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. Revistas dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*, in Revista de Direito do Consumidor, nº 35, ed. Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2000, p. 61-97.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Discurso do Presidente da Comissão do Código de Consumidor*.
- \_\_\_\_\_. *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in AJURIS – Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul, Edição especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, tomo I, março de 1998, p. 220-38.

———. *Sobre o direito do consumidor em Portugal*, in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, n.º 4, 2002, p. 121-35.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, reimpressão, ed. Almedina, 1999.



# CONTRATOS À DISTÂNCIA

## O Ciberconsumidor \*

DELMINDA DE ASSUNÇÃO COSTA SOUSA E SILVA

Advogada\*\*

**Sumário:** Nota prévia; I – A Sociedade de Informação e do Comércio Electrónico; II – A Protecção do Consumidor na Lei Nacional; – Génese Histórica; III – Os Contratos à Distância; IV – Comprar na NET: Riscos e Garantias; V – O Consumidor no Estado Digital; – Inquérito aos Consumidores – Bibliografia – Revistas – Sites informativos – Principal Legislação.

### Nota Prévia

O presente trabalho versa sobre a problemática da protecção do consumidor de acordo com os novos padrões de consumo provocados pelas transformações tecnológicas, económicas e sociais, na sociedade global de informação e comércio electrónico.

---

\* A tarefa de escrever este trabalho de pós-graduação foi enormemente facilitada pelos meus ilustres professores que me ajudaram com as suas ideias e esclarecimentos.

Muito grata, em especial, ao Sr. Prof.º Doutor António Pinto Monteiro.

\*\* Estudante do Curso do CDC – 2002-2003.



Viajar na NET torna as distâncias geográficas muito menos importantes, sem limites de tempo ou horários de funcionamento no domínio dos serviços, da publicidade, do marketing e da venda de produtos a retalho.

Este trabalho inclui um inquérito ao consumidor sobre a utilização da Internet e do Comércio Electrónico em Portugal, cuja população alvo é a área metropolitana de Lisboa/Setúbal; a pesquisa, recolha de informação e consulta on-line considerou sites de Portugal e de outros Estados da Comunidade Europeia, do Brasil, do Chile e dos E.U.A.

O crescimento da utilização destes novos meios tecnológicos passa pela conquista da confiança dos consumidores no comércio à distância. Neste contexto, a Comunidade Europeia, nas acções da Comissão, definiu como prioridade da sua estratégia os Códigos de elevada qualidade para o comércio, mecanismos alternativos de resolução de litígios (ADR), revisão de directivas (mais claras e coerentes) e aplicação efectiva.

No plano Nacional sucedem-se iniciativas jurídico-políticas (Iniciativa Nacional do Comércio Electrónico, Iniciativa Internet – Portugal Digital), bem como soluções jurídicas fragmentadas do Comércio Electrónico, enquanto se aguarda com serenidade a sistematização num Código do Direito do Consumidor, em fase de elaboração, que será mais um passo na sedimentação da estrutura da defesa dos consumidores de importante relevância prática.

## I. A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

*Os mais recentes avanços tecnológicos na área da comunicação permitem-nos assistir em tempo real, directo, à guerra no Iraque, através da Internet. A 20 de Março, mais de 300 jornalistas em Bagdad fazem-nos ver e ouvir as primeiras explosões do cenário de guerra.*

*Os telefones via satélite também estão a ter grande destaque nesta contestada guerra, pois são o meio de recurso*

*alternativo quando as linhas de suporte das telecomunicações são cortadas pelos bombardeamentos<sup>1</sup>.*

*Na actual guerra do Iraque é a Internet que tem uma posição de relevo na transmissão da informação, uma vez que permite enviar imagem, texto e som. Na Segunda Guerra Mundial foi a rádio que teve um papel importante, na guerra do Vietname foi a vez da televisão e na do Golfo, em 1991, foi a televisão por satélite.*

É justamente nesta linha sem fronteiras territoriais, à velocidade da sociedade de comunicação, neste limiar do milénio, que se expande a intenção político-legislativa de proteger o consumidor, enquanto valor autónomo, jurídico, sociológico, filosófico e económico, no contexto da informação e educação, da prevenção de danos e das medidas inibitórias, do acesso à justiça, da eficácia e celeridade processual. Defender o consumidor é hoje um problema civilizacional.

### ***1.1. Do Estado da Revolução Industrial ao Estado da Informação***

Após a Revolução industrial, com o desenvolvimento tecnológico indisciplinado e o aparecimento de novas técnicas de produção em série; com a Revolução Comercial e as novas técnicas de marketing, de publicidade engenhosa, apoiada no recurso ao crédito e intermediários na distribuição leva a uma concorrência desenfreada a partir dos anos 60.

Desde os anos 70 que se entrou numa fase crescente de desregulação económica à escala internacional. A crise do Estado Providência, a procura incessante de redução de custos de produção com o objectivo de tornar as empresas mais competitivas, provoca um crescimento vertiginoso da produção em série, de distribuição

---

<sup>1</sup> [www.aac.uc.pt/cabra](http://www.aac.uc.pt/cabra), 25 de Março de 2003

massificada de bens e serviço com abusos do poder económico, com riscos da falta de qualidade e de segurança dos produtos que colocam o cidadão em perigo.

A criação artificial de necessidades transforma a pessoa humana num robot, qual cão de Pavlov, em que a vontade é diariamente dominada por estímulos publicitários.

Nos finais da década de 80 a abolição das barreiras ao comércio mundial, a inovação tecnológica e a revolução informática tornam cada vez mais notória a dinâmica da globalização. A grande maioria das empresas portuguesas já tinha os serviços informatizados; o investimento na inovação e na formação profissional revelam a confiança dos empresários nas vantagens competitivas da componente tecnológica; porém tal abertura não foi acompanhada da necessária mudança organizacional, mantendo-se uma gestão tradicional centralizada que é o maior obstáculo à inovação<sup>2</sup>.

## ***1.2. A Era da Globalização e das Novas Tecnologias***

A partir da década de 90, os estudos efectuados mostram que existe uma consciencialização crescente da necessidade de recurso às novas tecnologias, quer ao nível da concepção e da produção, quer das redes de comunicação e partilha de bases de dados com clientes.

Portugal, segundo o Relatório para o Desenvolvimento Humano, revela que o número médio de escolaridade é de 5,9 (população com mais de 15 anos), no ranking do PNUD, ocupa o 28.º lugar em termos de IRH, e o 27.º no novo índice de Realização Tecnológica. *Mas*, é curioso notar que, em factores de inovação, Portugal, teve notável evolução na construção de redes globais de comunicação, como é o caso dos telefones (fixos e móveis) e da Internet.

---

<sup>2</sup> Elísio Estanque, Centro de Estudos Sociais, Fac. Economia da Univ. de Coimbra, Seminário UC, 30 e 31/1/03, “As transformações do trabalho na era da globalização e das novas tecnologias”

O número de assinantes de telefones fixos subiu entre 1990 e 1999 de 243 para 424 por 1000 pessoas; no que se refere aos telemóveis assistiu-se no mesmo período ao impressionante aumento de 1 para 468 por 1000 pessoas; finalmente quanto aos utilizadores da Internet, cresceram de 1,3 para 17,7, por 1000 pessoas<sup>3</sup>.

A reflexão sobre o caso português tem de ser situada no quadro da Europa sublinhando a interdependência entre as várias políticas, a necessidade de articular as políticas públicas e tecnológicas, estimulando parcerias com a sociedade civil a fim de identificar critérios para afectar incentivos à inovação.

Ao Estado cabe a definição e execução da nova política, de forma coerente, unitária, definida em termos globais e sistemáticos, actuante através de meios idóneas e eficazes, envolvendo nesta tarefa o Governo e as Autarquias, os parceiros sociais, entidades públicas e privadas, empresas e cidadãos.

A sociedade de informação coloca uma nova série de questões a impor a necessidade de consagração de novas regras de protecção do consumidor, mais ambiciosas, além da antiga fiscalização do conteúdo contratual ou da tutela da parte mais débil.

## II. PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI PORTUGUESA

### 1. Génese Histórica do Direito do Consumidor

O direito do Consumidor, em termos de terminologia, é a expressão mais utilizada em Portugal, em vez de direito do consumo. Na verdade, este conjunto de princípios e regras do direito é destinado à protecção do consumidor, visa disciplinar a produção e distribuição de bens, assim como a prestação de serviços. Este novo ramo do direito tem por finalidade a defesa do consumidor, pelo que, parece ser esta a designação mais adequada: Pela ratio

---

<sup>3</sup> RDH Relatório de Desenvolvimento Humano (2001), Novas Tecnologias e Desenvolvimento Humano. Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento Humano (PNUD), Lisboa, Trinova Editora.

e finalidade do direito do consumidor, quer na perspectiva Constitucional (art.º 60.º, 81.º e 99.º), nas Leis de Defesa do Consumidor (29/81, de 22 de Agosto e a actual 24/96, de 31 de Julho, alterada pelo Dec.Lei 67/2003, de 8 de Abril), quer na perspectiva Comunitária do Tratado da União Europeia (cfr. Título XI art.º 129-A); é, igualmente, a expressão utilizada na língua alemã e também no direito Brasileiro onde existe desde 1990 o Código de Defesa do Consumidor (sendo diferente no direito francês *Droit de la consommation*)<sup>4</sup>.

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, considera a protecção do consumidor uma incumbência prioritária do Estado (art.º 60.º). E, as revisões constitucionais que se seguem, de 1982, de 1989 e a de 1997, elevam essa tutela à categoria de direitos fundamentais.

A defesa do direito à “qualidade dos bens e serviços consumidos, formação e informação, protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como reparação de danos” (n.º 1) estão consagrados no n.º 1 do art.º 60; o n.º 2 do mesmo artigo proíbe a publicidade oculta, indirecta ou dolosa; o n.º 3.º prevê os direitos das associações de consumidores, com legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

A Constituição impõe medidas legislativas, pelo que, em 1981 nasce a primeira Lei de Defesa do Consumidor 29/81, de 22/Agosto; a Lei 24/96, de 31/Julho, revoga a anterior sendo o actual regime de defesa do consumidor, com recentes alterações pelo Dec.Lei 67/2003 que transpõe a Directiva 1999/44/CE, estabelecendo os direitos dos consumidores à: Qualidade dos bens e serviços, protecção da saúde, segurança física, formação, educação e informação para o consumo, protecção dos interesses económicos, prevenção e reparação (substituição da coisa defeituosa, reparação, redução do preço ou resolução do contrato e indemnização) dos danos patrimoniais e não patrimoniais que resultem da ofensa de

---

<sup>4</sup> António Pinto Monteiro, Prof. Catedrático da Faculdade Direito Univ. Coimbra, CDC n.º 4-2002, pág. 121 ss

interesses ou direitos individuais, colectivos ou difusos, protecção jurídica e justiça acessível (isenção de custas) e pronta; direito à participação por representação na definição dos seus direitos.

Novamente, o legislador foi muito feliz, é a lei sobre os contratos de adesão, o Dec. Lei 446/85, de 25/Outubro, que seguiu de perto a lei alemã, chamada “AGB-Gesetz”). Esta lei proibiu as cláusulas abusivas, consagrou a acção judicial de índole preventiva inibitória, e, ainda, especiais deveres de comunicação e informação; foi modificada pelo Dec. Lei 220/95, de 31 de Agosto que transpõe a Directiva da Comissão Europeia 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas dos contratos celebrados com os consumidores e *contratos de adesão*, estabelece uma protecção mínima de harmonização, podendo os Estados ir além do que é estabelecido. Cabe fazer aqui um parêntesis, a lei portuguesa ia além da protecção mínima da directiva, pelo que, neste sentido não era necessário ser alterada, mas havia outra questão que a directiva colocava: É que a fórmula dos contratos de adesão é mais ampla do que as cláusulas contratuais gerais na medida em que – hipótese marginal – *pode haver contratos de adesão que não sejam celebrados através de cláusulas contratuais gerais*. Neste aspecto, a directiva sobre contratos de adesão era mais ampla que a lei portuguesa. Outra melhoria, introduzida pelo DL. 220/95 é de passar a aplicar-se aos contratos de locação financeira (onde se verifica mais aplicação), bancários e de seguros; ou seja, a lei de 1985 excluía estes contratos do seu âmbito de aplicação: cláusulas que tivessem sido impostas ou aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada (Banco de Portugal, Instituto de Seguros de Portugal, Instituto de Comunicações de Portugal, art.º 3.º n.º 1-b) do DL 446/85)<sup>5</sup>.

O regime da Lei 23/96, de 26 de Julho, vem proteger o utente dos *serviços públicos essenciais*; sendo estes contratos típicos de adesão celebrados com base em cláusulas contratuais gerais da empresa impostas unilateralmente.

---

<sup>5</sup> Idem, “ in entrevista da revista Actualidade Jurídica, Ano I, n.º 11.

As condições gerais do contrato tornam-se um processo indispensável à negociação da empresa, pela necessidade de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia, podendo dizer-se que à produção e distribuição em série corresponde necessariamente uma contratação Standard, sendo impensável na moderna estrutura industrial, um processo de negociação caso a caso com milhões de utentes<sup>6</sup>.

Os contratos de fornecimento de água, de energia eléctrica, de gás e de telefone (são típicos contratos de adesão) têm o seu regime neste diploma que considera utente a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador de serviços se obriga a presta-lo. Este diploma estabelece o direito do utente à quitação parcial (art.º 6), a facturação discriminada (art.º 9); o prazo de prescrição que foi reduzido para 6 meses (faz precluir o direito ao recebimento do preço), art.º 10.º n.º 1; o direito de participação das associações de consumidores. A estes contratos de adesão, é aplicável o regime geral previsto no Dec. Lei 446/85, que consagra especiais deveres de comunicação e de informação (art.º 5.º e 6.º) a prestar ao utente sob pena de se terem por excluídas do contrato cláusulas que surjam após a assinatura, entre outras (art.º 8.º); o princípio da boa fé (art.º 15.º e 16.º), proíbe cláusulas abusivas em termos absolutos (18.º e 21.º) e relativos (19.º e 22.º) que são nulas (art.º 12.º), mas o aderente pode optar por manter o contrato (art.º 13.º).

Em sede de controlo judicial, temos a *acção inibitória* preventiva (art.º 25.º) actuada pelo M.P. e por associações de consumidores (art.º 26.º). A acção inibitória é importante, sendo uma empresa condenada a retirar as suas condições gerais, se o não fizer incorre em sanção compulsória; para o efeito foi criado um serviço de registo de sentenças que funciona no *Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça*, para onde os tribunais enviam as sentenças, e, onde o consumidor e cada um de nós as pode conhecer. Mantém-se uma insuficiência: A acção inibitória só

---

<sup>6</sup> António Costa, Jurista da IGA, SA, in Estudos de Direito do Consumidor, N.º 4-2002,

vale para a Empresa que teve oportunidade de contraditório em tribunal, pelo que, qualquer empresa pode continuar a usar cláusulas iguais até ser condenada em tribunal numa acção inibitória.

O Código da Publicidade, Dec. Lei n.º 330/90, de 23 de Março, é outro diploma sobre matéria de relevante importância.

A burla informática e o abuso de cartão de garantia ou de crédito, são incriminações do Código Penal que aproveitam ao consumidor de especial relevância.

No plano processual, na tutela dos interesses difusos e colectivos foi dado mais um passo muito importante sobre a legitimidade, do direito de participação procedimental e de acção popular, consagrado na Lei 83/95, de 25 de Outubro, a fim de a *law in action* corresponder à *law in the books*.

A protecção do consumidor vai sedimentando os seus alicerces.

Em suma, diria que os direitos do consumidor do ponto de vista legal vão sendo bem protegidos e acautelados, quer na Constituição, quer em leis avulsas. Na vida do dia a dia, há que tomar medidas que permitam que o consumidor não veja apenas no papel a sua protecção, mas que se depare com ela no seu quotidiano. Há vantagens na aprovação de um Código para a sistematização, unificação e racionalização do Direito do Consumidor.<sup>7</sup>

### III. CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA

#### 1. Regime Jurídico em Portugal: Decreto Lei n.º143/2001

No presente trabalho, o destaque especial cabe ao Dec. Lei 143/2001, de 26 de Abril, diploma de defesa dos consumidores nos contratos à distância.

Os contratos à distância ou vendas fora do estabelecimento comercial começaram com a venda ao domicílio dos tupperware,

---

<sup>7</sup> António Pinto Monteiro, in nota 4, supra referida.



seguindo-se a venda por correspondência, catálogo, telefone, televisão até à actual sociedade de globalização com os contratos por via electrónica (por computador).

O aumento das situações de contratos à distância de venda de bens e de prestação de serviços fora de estabelecimento, sem a presença física do vendedor levam a tomar medidas com vista à melhoria da segurança das relações comerciais para reforço da confiança do consumidor. O Dec. Lei n.º 143/2001, de 26/Abril (rectificado pela declaração n.º 13-C/2001, de 31 de Maio) reformula a lei 272/87, de 3/Julho e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, que regula a protecção dos consumidores de contratos celebrados à distância. Actualmente, em Portugal, não existe legislação específica que regule os direitos do consumidor na Internet, aguarda-se a transposição (em projecto) da Directiva 2000/31 CE.

O diploma sobre os Contratos à distância assegura os direitos dos consumidores no que se refere, designadamente: à informação prestada e à identificação do vendedor, ao objecto do contrato e às condições da sua execução. A nossa lei é mais ampla que a Directiva Comunitária porque além dos contratos à distância inclui “Vendas ao Domicilio” (art.º 13.º ss). O mesmo diploma considera ilegais as vendas de bens ou de prestação de serviços que assentem em processos de aliciamento enganosos, ou o consumidor possa, de alguma forma, sentir-se coagido a efectuar a aquisição (art.º 26.º ss).

### **1.1. *Conceito de Contrato Celebrado à Distância:***

– Qualquer contrato relativo a fornecimento de bens ou prestação de serviços, celebrado entre ausentes, um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor que para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância (catálogo, telefone, Internet) até à celebração do

contrato incluindo a própria celebração (art.º 2.º, a) b) c) d)). Os contratos outorgados através da Internet são contratos celebrados à distância.

**1.2. A técnica de comunicação à distância:** É qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes.

**1.3. O operador de técnica de comunicação:** É qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, cuja actividade profissional consista em pôr à disposição dos fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância;

**1.4. Suporte durável:** É qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações de um modo permanente e acessível para referência futura e que não permita que as partes contratantes manipulem unilateralmente as informações armazenadas.

**1.5. O Consumidor** é qualquer pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional, um destinatário final dos bens;

**1.6. O Fornecedor** é qualquer pessoa singular ou colectiva que actue no âmbito da sua actividade profissional, da empresa.

## **2. Os contratos outorgados na Internet: “Business to Consumer”**

### ***Regime Jurídico em Portugal:***

Na Internet a protecção dos consumidores exige maior precaução e garantias, atendendo aos aspectos típicos deste consumo, tais como: O contrato entre ausentes, a inexistência de contacto pessoal entre consumidor e fornecedor; dificuldade do consumidor averiguar a idoneidade e honestidade do fornecedor e vice-versa que usa e abusa de “cookies” e hiperligações invisíveis; uma teia de armadilhas

jurídicas nos diferentes ordenamentos a nível mundial; dificuldade em descobrir o endereço real e identidade do fornecedor, sendo muito importante a informação da identidade do fornecedor e o endereço geográfico do estabelecimento onde o consumidor pode apresentar as suas reclamações, bem como as demais informações sobre as características essenciais dos bens ou serviços, do preço incluindo taxas e impostos e das modalidades de pagamento, da existência do direito de resolução do contrato. Estas informações devem ser comunicadas por escrito em tempo útil. Outra dificuldade é referente à prova da outorga do contrato em que não houve aposição de qualquer assinatura, apenas um “click”.

*A Directiva 2000/31 CE, de 8.6.2000, sobre comércio electrónico* encontra-se em fase de transposição para o direito interno dos Estados-Membros; no caso específico de Portugal tem o particular interesse de obrigar à criação de um registo em que se inscrevem os consumidores que não quiserem receber publicidade no seu correio electrónico (presentemente entope os computadores). Por outro lado, este diploma incentiva a elaboração de códigos de conduta e a resolução de conflitos de consumo através de mecanismos extra-judiciais. O regime da directiva é mais abrangente, não coincidindo com o regime do diploma nacional sobre os contratos à distância. A directiva sobre o Comércio Electrónico abrange, em síntese, qualquer destinatário seja consumidor ou profissional; abrange toda a prestação de serviços com ou sem base contratual; aplica-se aos serviços financeiros. A Directiva significa, assim, uma evolução no quadro do pensamento jurídico acerca da Sociedade de Informação <sup>8</sup>.

*Em Portugal*, estes contratos de Comércio Electrónico celebrados na Internet, são regulados pelo regime de protecção dos consumidores dos contratos celebrados à distância, Dec. Lei 143/

---

<sup>8</sup> Miguel Pupo Correia, Prof. Univ. Lusiada, Lisboa, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4-2002.

/2001, de 26 de Abril, em vigor desde 26 de Maio. É ainda aplicável o disposto na Lei 24/96, de 31 de Julho, Capitulo 2, Secção B, ponto 4 (conteúdos contratuais), na Secção D (Responsabilidade Civil), e, Secção E (Transacções “on-line”). Mas, estes diplomas em princípio só se aplicam a contratos celebrados em território nacional, quanto aos contratos outorgados noutras partes do mundo é aplicável o direito internacional privado.

**2.1. Noção de Declaração electrónica:** É o instrumento moderno de transmissão da vontade negocial. É um local de encontro de vontades negociais diversas e opostas já formadas, de acordo com instruções pré-ordenadas, o computador veicula uma oferta e procede ao imediato cumprimento do contrato de forma automática de acordo com condições “standard”, absolutamente imodificáveis.

**2.2. Noção de Objecto:** O Comércio electrónico é uma modalidade de comprar à distância que tem por objecto a aquisição de bens (por exemplo, um livro) ou de serviços (uma passagem de avião, alugar um carro, um bilhete de cinema, uma reserva de quarto de hotel) através de equipamento electrónico. Abrange a generalidade dos bens económicos e das modalidades contratuais que envolvam a sua prestação onerosa, principalmente o contrato de compra e venda e o de prestação de serviços. A forma mais divulgada de comércio electrónico é a que se processa através da Internet.

As novas tecnologias introduzem-nos num mundo novo da sociedade de informação com um milhão de caminhos interactivos para todo o lado. A Internet é o meio de comunicação e expressão sem limites territoriais. A imagem tradicional de um consumidor passivo não serve para o cidadão informado que pesquisa na Internet.

**2.3. Modalidades do Comércio Electrónico:** São quatro as modalidades: Empresa/Empresa; Empresas/Consumidores; Empresas/Administração Pública; Consumidores/ Administração Pública.

Este trabalho trata da grande questão que é ganhar a confiança da parte dos consumidores do comércio electrónico, na modalidade

designada do Fornecedor ao Consumidor (Business to Consumer) em que temos de um lado o profissional vendedor ou prestador de serviços e do outro lado o consumidor, um não profissional, alguém que compra para uso particular (no âmbito do Dec. Lei.143/2001)

#### **2.4. A Celebração do Contrato Electrónico:**

As dificuldades quanto à celebração do contrato resolvem-se pela parte geral do Código Civil, no capítulo do negócio jurídico, art.º217.º e 219.º referente à forma da declaração negocial. A assinatura electrónica do declarante obedece ao art.º 373.º; a prova do documento electrónico está prevista nos art.º 362.º e 368.º (219.º), a legitimidade representativa art.º 260.º, 268.º, 269.º e 800.º; actos praticados por menores art.º 122.º e 125.º; o erro ou dolo na transmissão art.º 250.º, 251.º, 254.º; a responsabilidade por deficiente transmissão: art.º 800 C. Civil e 97.º §3.º do Cód. Comercial. O cumprimento e o incumprimento das obrigações art.º 762.º ss do Cód.Civil. O regime específico de cada contrato típico está regulado no Cód. Civil nos art.º 405, 874.º e ss; anulação dos contratos por erro ou dolo 905.º e 913.º, redução do preço art.º 911.º por força do art.º 913.º, reparação e substituição da coisa art.º 914.º, acção judicial por não cumprimento art.º 798.ºss; dos contratos especiais do comércio art.º 96 ss do Cód. Comercial.

**2.5. Os actos praticados por menores:** A Internet é cega à idade do consumidor. De acordo com a lei portuguesa é menor quem ainda não tiver completado 18 anos de idade. O menor não tem capacidade para o exercício de direitos nos termos dos artigos 122.º, 123.º, pelo que os negócios celebrados pelo menor podem ser anulados, desde que a acção seja proposta no prazo de um ano a contar da data em que o responsável (pais ou tutor) tomou conhecimento, mas nunca depois do menor ter atingido a maioridade, neste caso cabe ao menor exercer o direito durante um ano a contar da data da maioridade ou emancipação (art.º 125.º do C. Civil). Há negócios celebrados pelo menor que são plenamente válidos, insusceptíveis de anulação: Negócios relativos à profissão

ou ofício do menor, exemplo: o menor de 15 anos pode ser um webmaster e celebrar contratos de criação de um website, estes negócios não são susceptíveis de anulação. Do mesmo modo, são plenamente válidos actos de administração ou disposição de bens do menor de 16 anos que este tenha adquirido pelo seu trabalho; bem como negócios da vida corrente do menor, de pequeno valor ao alcance da sua capacidade natural, a compra pela Internet de livros ou um CD.

## **2.6. Direitos do Consumidor na Internet:**

### ***Análise do Regime Jurídico actual: O Dec.Lei 143/2001***

A resposta às questões da protecção do consumidor na Internet está prevista no Dec. Lei 143/2001, de 26 de Abril, aplicável a contratos celebrados em território português, sendo, ainda, aplicável a lei de defesa do consumidor 24/96, de 31 de Julho com as recentes alterações do Dec.Lei 67/2003, de 8 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/44/CE.

Passo a analisar os elementos estruturais, em primeiro lugar, do D.Lei 143/2001:

1 – O consumidor deverá receber toda a **informação prévia** do fornecedor.

O dever de informação prévia ao consumidor tem um conteúdo taxativo: O fornecedor tem obrigação de prestar todas as informações por escrito (prova da oferta contratual) ao consumidor, do âmbito do contrato (identidade do fornecedor e endereço físico, preços, taxas e impostos dos bens e despesas de entrega, modalidade de pagamento, de entrega e execução, existência do direito de resolução, entre outras) nos termos do art.º 4.º n.º 1 alíneas a) a f) e art.º 5.º, que deve fazer constar no seu website de forma expressa, clara e acessível, e, em tempo útil (antes do início do contrato).

2 – **Direito de Resolução:** O consumidor tem o direito à informação por escrito sobre as modalidades do exercício do direito de resolução do contrato, ou seja, deve especificar a forma e o prazo para ser exercido (prazo mínimo de 14 dias, por escrito para

haver prova); durante este prazo, o consumidor beneficia do direito de arrependimento, de arrefecimento para tomar uma decisão reflectida, de livre resolução sem necessidade de indicar o motivo, sem pagar indemnização (art.º 6).

**O prazo de resolução:** É de 14 dias; mas dilata-se até 3 meses se não for feita a informação devida prevista no art.º 5.º (art.º 6.º).

Momento a partir do qual se conta o prazo de resolução: A partir da recepção do bem ou do serviço pelo consumidor, o prazo é de 14 dias. Excepção: O prazo é de 3 meses, se o fornecedor não cumprir as obrigações de informação especificada; ou, caso o fornecedor venha a cumprir as obrigações de informação no decurso do prazo de resolução e antes do consumidor ter exercido o direito, o prazo é de 14 dias a partir da data de recepção das informações.

**O modo de resolução do contrato:** A forma mais segura é por carta registada com aviso de recepção a enviar ao fornecedor dentro do prazo, a comunicar ao fornecedor a vontade de resolver o contrato. Menos segura é a resolução por correio electrónico porque depende da confirmação da recepção pelo fornecedor, que pode não cumprir. O correio electrónico só tem valor equivalente a carta registada com aviso de recepção se forem cumpridos os 5 requisitos nos termos do n.º 3 do art.º 6 do D. Lei 290-D/99, de 2 de Agosto (assinatura digital certificada por entidade certificadora oficial; comunicação por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção; recepção comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário/fornecedor; assinatura digital aposta na mensagem de confirmação do fornecedor; recepção da mensagem de confirmação pelo remetente).

**3 – Excepções ao direito de livre resolução:** Estão previstas no art.º 7.º, salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução do contrato quando: A prestação do serviço teve início com aceitação do consumidor (n.º 1 do art.º 6.º); quando o preço depende de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor não pode controlar; bens confecção-

nados de acordo com especificações do comprador, personalizados, ou por natureza não possam ser reenviados ou perecerem; objectos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade (discos, vídeo, material informático); jornais e revistas; serviços de apostas e lotarias.

**4 – A Obrigação de reembolso:** O consumidor que tenha exercido o direito de livre resolução (art.º 8.º), obriga o fornecedor a reembolsar, no prazo máximo de 30 dias, todos os montantes pagos pelo consumidor, sem quaisquer encargos (salvo os portes do correio na devolução do produto); o reembolso é feito do seguinte modo: é anulado o débito em conta, se o meio de pagamento utilizado for o cartão de crédito, ou pede a devolução se o pagamento for efectuado por meio de cheque ou via CTT. Se existir um contrato de crédito com um terceiro, para pagamento do preço, este contrato cessa automaticamente e em simultâneo com o contrato resolvido, sem direito a indemnização. O Consumidor tem obrigação de conservar o bem para devolução ao fornecedor durante 30 dias a contar da sua recepção.

**5 – Prazo de cumprimento do contrato (art.º 9.º):** O fornecedor deve proceder à entrega do produto no prazo máximo de 8 a 30 dias a partir do dia seguinte à recepção da encomenda. Se o stock estiver esgotado, o fornecedor pode optar por outro bem de qualidade e preço idênticos, mas se o consumidor o não aceitar, os portes de devolução são por conta do fornecedor.

## **6 – Fornecimento de Produtos Defeituosos:**

**A Lei de Defesa do Consumidor 24/96, alterada pelo Dec-Lei 67/2003,** de 8 de Abril, que transpõe a Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas, estabelece o seguinte: O consumidor pode exigir, em caso de falta de conformidade do bem com o contrato que esta seja repostada sem encargos, independentemente de culpa do forne-



cedor do bem, por meio de reparação da coisa ou sua substituição, redução adequada do preço ou resolução do contrato (art.º 4.º).

O consumidor pode exercer aqueles direitos quando a falta de conformidade se manifeste dentro dos prazos do art.º 5.º: – **Prazo** de 2 ou 5 anos a contar da entrega do bem, consoante se trate respectivamente de coisa móvel ou imóvel; deve denunciar o defeito a contar da data em que o tenha detectado, no prazo máximo de 2 meses (antes era de 30 dias) para as coisas móveis, e, de um ano para os imóveis. Estes direitos caducam decorridos os prazos referidos nos números um e dois do artigo 5.º, ou decorridos 6 meses sobre a denúncia sem que tenha sido intentada a acção (dentro do prazo). Durante a reparação suspende-se o prazo de garantia.

• **O Consumidor tem direito a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais** resultantes do fornecimento de bens ou prestação de serviços defeituosos nos termos do n.º 1 do art.º 12.º da lei de defesa do consumidor.

• **O Produtor é responsável independentemente de culpa**, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da mesma lei (n.º 2 do art.º12.º).

### **7 – Meios de pagamento do preço – continuação da análise do regime do D.Lei 143/2001:**

**Nos contratos à distância** o consumidor pode pagar o preço dos bens ou serviços utilizando qualquer meio de pagamento idóneo incluindo cartão de crédito ou de débito (art.º10.º).

**8 – O cartão de crédito ou débito – a utilização fraudulenta por outrem.**

O consumidor pode solicitar ao banco a anulação do pagamento efectuado e a conseqüente restituição dos montantes debitados ao consumidor. A entidade bancária ou financeira emissora do cartão, tem o prazo máximo de 60 dias para restituir ao titular do cartão o valor debitado, a contar da data em que o consumidor formulou o pedido fundamentado. É nula qualquer estipulação em contrário (n.º5 do art.º10.º). A entidade bancária tem direito de

regresso contra os autores da fraude ou contra o fornecedor, quando se demonstre que este conhecia ou podia conhecer a fraude.

**9 – Fornecimento de bens ou serviços não encomendados:**

É considerado oferta, o cidadão pode ficar com eles a título gratuito, não fica obrigado à sua devolução nem pagamento nem tem de os guardar; o silêncio não vale como consentimento. Se o cidadão devolver o produto fica com direito a receber o montante das despesas no prazo máximo de 30 dias, nos termos do n.º 4 do art.º 29.º. É expressamente proibido o fornecimento de bens ou serviços e pedir o pagamento sem terem sido previamente encomendados pelo consumidor (art.º29.º n.º1).

**§ Restrições a Determinadas Técnicas de Comunicação:**

O presente diploma estabelece restrições ao fornecedor quanto à utilização de determinadas técnicas de comunicação à distância, obrigando-o a obter o consentimento prévio do consumidor quando utilize o telefax, ou sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente de chamada automática. As demais técnicas de comunicação à distância podem ser utilizadas quando não haja oposição manifesta do consumidor (art.º 11.º, 1, 2).

O ónus da prova cabe ao fornecedor quanto ao cumprimento das exigências de informação prévia, da confirmação por escrito, do cumprimento dos prazos e do consentimento do consumidor (art.º12.º).

**§ As Modalidades Proibidas de venda de bens ou prestação de serviços:**

O presente diploma proíbe as seguintes modalidades:

- a) **Efectuadas por quem não é comerciante**, na actividade principal, art.º 26.º (excepto quando os produtos vendidos sejam de produção própria, ou quando sejam afins a actividade da entidade e, ainda, nos casos em que a venda de produtos se insira no quadro de uma actividade de promoção turística e cultural, de solidariedade social ou beneficência);

- b) **Vendas em cadeia**, em pirâmide ou em bola de neve, ou participar na sua promoção, art.º 27.º (o que consiste em fazer depender o preço ou a oferta do número de clientes ou do volume vendas que o consumidor consiga obter;
- c) **Vendas forçadas**: – É proibida a utilização da prática comercial em que a falta de resposta do consumidor a uma proposta ou oferta de venda ou de prestação de serviços é presunção da sua aceitação com o fim de promover a venda a retalho de bens ou prestação de serviços. É igualmente proibido o aproveitamento da situação de debilidade do consumidor inerente à sua pessoa ou pelo agente deliberadamente provocada com vista a fazê-lo assumir, por qualquer forma, vínculos contratuais; nestes casos o consumidor não fica vinculado mesmo que na proposta se tenha expressamente indicado que o decurso de um certo prazo implica aceitação, art.º 28.º
- d) **Vendas ligadas**: É proibido subordinar a venda ou a prestação de um serviço à aquisição de outro bem ou serviço junto do fornecedor ou de quem este indicar. (não se aplica a produtos numa relação de complementaridade).

§ *A tentativa e a negligência são puníveis* (art.º 32.º 3).

A fiscalização das infracções, instrução do processo e sanções é da competência da Inspeção-Geral das Actividades Económicas, sendo as contra-ordenações puníveis com as coimas previstas no art.º 32.º e 34.º, cujo valor vai de 250 a 2000 euros para as pessoas singulares, e de 1500 a 25000 euros para as pessoas colectivas; pode ser ainda aplicada a sanção acessória de perda de objectos (art.º 33). O produto das coimas reverte 10% para o Instituto do Consumidor.

### 3. Os Litígios do Consumo no Ciberespaço

#### 3.1. *Competência Judiciária:*

Qual é o tribunal que decide os litígios que surjam do comércio electrónico?

Qual é a lei aplicável?

Um fornecedor que abre uma loja virtual na Internet sem definir qual é a zona geográfica da oferta, entende-se que está a abrir uma loja em cada país onde houver um consumidor que pretenda adquirir o produto ou o serviço.

Nos termos da recente disposição legal do art.º 11.º do Dec. Lei 67/2003 supra referido, 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 lhe retira os direitos atribuídos pelo presente decreto-lei.”*

Por outro lado, a competência internacional dos tribunais portugueses é determinada pela lei nacional. É cada país e só ele, que determina a competência dos seus tribunais. O nosso C.P.C. estabelece todas as regras do processo judicial art.º 65.º e 65.º-A.

As regras especiais da competência internacional sobre consumo e comércio são estabelecidas pela Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968, que está em vigor desde 1973. A Convenção diz que se aplica quando o consumidor está domiciliado no território do país da comunidade. Se for cidadão comunitário, a sentença da questão que for colocada num tribunal português, espanhol ou outro, é reconhecida em toda a comunidade europeia.

Mais recentemente, temos o Regulamento de Bruxelas, 44/2001, de 22/12/2000 (publicado em JO L 12 de 16 de Janeiro de 2001, p. 1) aprovado pelo Parlamento Europeu, é um diploma muito importante na medida em que dá aos consumidores a possibilidade de escolherem o tribunal competente para julgar os conflitos de consumo: tem duas opções à sua escolha, podem intentar a

acção quer no tribunal do Estado da sede da empresa fornecedora, quer no do seu domicílio, enquanto que o vendedor só tem uma hipótese, só pode demandar no tribunal do Estado-Membro onde o consumidor esteja domiciliado.

Estas questões assumem especial relevância nos contratos celebrados através da Internet já que esta apresenta como uma das suas principais características a transnacionalidade, numa multiplicidade de contactos com os diversos ordenamentos jurídicos.

A determinação do domicílio de uma pessoa no território de um Estado-Membro é submetida ao critério da *lex fori*. Se a parte não tiver domicílio no Estado do foro (Portugal), o juiz para determinar se a parte tem domicílio noutra Estado-Membro (França), aplica a lei desse Estado-Membro (lei francesa), nos termos do art.º 59.º n.º 1 e 2.

Nos contratos à distância aplica-se o critério da directiva sobre cláusulas abusivas “da conexão mais estreita”, é o juiz que averigua a questão da conexão mais estreita”.

### 3.1.2 Direito a Isenção do Pagamento da Taxa de Justiça

Os consumidores têm direito à isenção do pagamento de preparos nos processos em que se aprecie a relação jurídica de consumo, desde que o valor da acção não exceda a alçada do Tribunal Judicial de Primeira Instância, art.º 14.º n.º2 da Lei do Consumidor (goza igualmente deste direito quando seja demandado para impugnar os factos). Este direito visa a tutela dos interesses patrimoniais do consumidor, nomeadamente, a condenação de fornecedores por incumprimento, ou reparação de perdas e danos, ou perante fornecedores que reivindicarem preços indevidos, prestações prescritas, sendo aplicável a todas as relações emergentes de contratos de consumo quer de natureza privada, quer com organismos da administração pública.

**A Acção Inibitória:** Está igualmente isenta de custas. Esta acção é destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores consignados na presente lei, entre outras, que atentem contra a saúde e segurança física; uso de cláu-

sulas gerais proibidas, práticas comerciais expressamente proibidas por lei, nos termos do art.º 10.º; segue a forma de processo sumário e tem o valor da alçada da Relação mais 1 (art.º 11.º).

#### IV. COMPRAR NA NET: – RISCOS E GARANTIAS

A disciplina jurídica tradicional é completamente desadequada ao sistema de redes, que não presta contas aos humanos: O contrato deixa de ser configurado como acordo de vontades individuais, a teoria do receptor da mensagem ou o esquema judicial de partes. São problemas de uma amplitude nunca antes atingida na história. Perante a agressividade de grande parte das empresas, tem acuidade o problema da defesa dos consumidores.

As vantagens ou facilidades são de comodidade, sem horários, sem distâncias, esperas e filas de carros; as encomendas podem ser feitas 24 horas por dia, on-line desde livros, bilhetes de transporte, hotéis para férias, transacções electrónicas de compra e venda de bens e prestações de serviços que incluem o pagamento electrónico.

As aparências, na NET também iludem. As compras virtuais ou em linha fazem-se normalmente como em qualquer loja: o fornecedor disponibiliza um cesto de produtos que o consumidor vai adquirir com um “click” do seu rato.

Antes de comprar é fundamental verificar se o fornecedor é um profissional, se está devidamente identificado com nome morada completa, contribuinte e registo na Conservatória do Registo Comercial; comprar só depois do fornecedor disponibilizar todas as informações.

**Página segura:** – Ao preencher a nota de encomenda, antes de transmitir os dados pessoais, o cidadão deve verificar se a página da NET é segura: <https://> é o indicativo de página segura, de empresa que possui certificado de segurança emitido por entidade certificadora (<http://> é página não segura). O consumidor deve transmitir apenas os dados necessários ao processamento da encomenda, meramente identificativos: nome morada, número de contribuinte.

Em Portugal este tipo de bases de dados têm de estar registadas na Comissão de Protecção de Dados ([www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt)).

**O pagamento** também exige alguma atenção, normalmente o fornecedor pretende o pagamento utilizando a NET, através de cartão de crédito, de débito, transferência bancária, mas também aceitam o pagamento à cobrança em que se pode utilizar cheques ou numerário; a forma mais segura é o cartão de crédito. O pagamento não pode ser exigido antes do fornecimento do produto ou da execução do serviço.

Se algo correr mal?

– Após o contacto directo com o fornecedor, pode recorrer ao Tribunal, com isenção de custas, ou, a mecanismos alternativos: Instituto de Defesa do Consumidor, CIAC (Centro de Informação Autárquica ao Consumidor) [www.ic.pt](http://www.ic.pt); Associações de Consumidores; e, Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo que tem a vantagem de ambas as partes aderirem de livre vontade.

### **Conclusão:**

#### **a) – A oferta do comércio electrónico em Portugal**

A oferta de Comércio Electrónico em Portugal conta já com 10 mil empresas a que se acede com um simples “click”. O sistema não protege em geral a parte mais fraca, a segurança dos consumidores vai surgindo, moderadamente, através de diplomas que regulam concretas práticas e actividades: As cláusulas contratuais gerais, publicidade, contratos à distância, Directivas sobre factura electrónica, etc.

Em matéria de pagamentos há mais de 150 mecanismos de pagamento na Internet, talvez o consumidor não sinta muita confiança nesta área.

No ano de 2000 a Comunidade Europeia regulou o comércio electrónico contribuindo para o estabelecimento de boas práticas e segurança do comércio electrónico, a fim de reforçar a confiança dos consumidores. A autenticação electrónica dá maior segurança ao comércio electrónico.

Cabe salientar algumas dificuldades nas práticas comerciais ao nível do arrependimento, voltar atrás na contratação; ou o ónus da prova por via electrónica para o levantamento de dinheiro também tem levantado problemas com a banca. As transferências bancárias têm menores custos para o banco por via da Internet (ao balcão tem um custo mais elevado).

### **O cumprimento dos direitos dos consumidores do comércio electrónico:**

O Instituto das Comunicações publicou, em comunicado de 16/02/2001, os resultados obtidos na verificação do cumprimento dos direitos dos consumidores do comércio electrónico.

Dos 41 sites visitados, sobre a venda de artigos diversos, CD's, software, livros, viagens, vestuário, obteve os seguintes dados:

- 14 dos sites analisados cumprem a maioria dos requisitos;
- 22 cumprem apenas alguns dos requisitos;
- 5 não respeitam a generalidade dos requisitos.

Pretendeu-se a verificação dos seguintes aspectos: Endereço físico do estabelecimento, endereço do e.mail, número de telefone, especificação dos custos praticados, moeda aplicável na compra, menção de restrições geográficas na compra, existência de restrições a menores, informação sobre devoluções, trocas ou reembolsos, confidencialidade dos dados.

#### **Total de sites visitados = 41**

Endereço Físico do Estabelecimento .....	78%
Endereço do email .....	100%
N.º de Telefone .....	88%
Especificação de custos .....	80%
Moeda aplicável na compra .....	95%
Informações s/ restrições geográficas .....	12%
Restrições a menores .....	0,5%
Informações s/ devoluções .....	34%
Confidencialidade de dados .....	39%



Resultado = 34% cumprem a > dos requisitos  
= 54% cumprem apenas alguns “  
= 12% não cumprem a generalidade dos requisitos

**Conclusão:** – Estes fornecedores não cumprem integralmente as suas obrigações contratuais de protecção do consumidor, desde logo o dever de informação prévia de fazer constar no website de forma expressa, clara, compreensível e perfeitamente acessível todos aqueles elementos do âmbito do contrato.

*Os litígios em tribunal*<sup>9</sup> são muitos a nível internacional. Em Portugal, não há grande afluência aos tribunais. A jurisprudência, das questões que chegaram aos tribunais tem base em: Cláusulas Contratuais Gerais, questões de compras com cartões de crédito ou débito de despesas, cartões de crédito de contas abertas on line na América.

Alguns casos: Ac. TRL de 16/6/94: Não se provou que o cartão foi utilizado pelo seu titular, mas há uma presunção de culpa que recai sobre o titular porque o código é confidencial, logo só é utilizável pelo titular, se o não guarda o risco corre por conta do titular. Outro caso, da Relação de Lisboa de 3/5/99: Julga nula a cláusula em que o titular se obriga a pagar a dívida do cartão mesmo em caso de extravio, em que o levantamento ultrapassou o limite do crédito: O titular tinha inicialmente um crédito de 400 contos mas gostou uma parte, entretanto por furto, alguém levantou a totalidade de 400.

#### b) – A Nível Transfronteiriço

A alteração da atitude dos consumidores e das empresas deve-se a novas tecnologias, à evolução económico e social, sendo de considerar como factores de sucesso: O Euro que, ao nível do mercado interno, simplificou o comércio transfronteiriço abolindo as barreiras psicológicas, facilitando a comparação de preços.

---

<sup>9</sup> Edgar Taborda Lopes, Juiz de Direito, Conferência Univer.Coimbra, em 28/03/03.

A crescente utilização da Internet pelas famílias: Em Novembro de 2001 atingia 50% da população com mais de 15 anos a utilizar a Internet em casa, na escola, no trabalho, nos locais de acesso público ou em deslocações, segundo o relatório de avaliação do desempenho da iniciativa eEurope, de 5 de Fevereiro de 2002, COM (2002) 62 final.

O Comércio electrónico e a sociedade de informação no domínio da publicidade, marketing e venda a retalho de produtos, mas especialmente dos serviços tornam a distância menos importante.

Os padrões de consumo também estão a mudar, tendo o sector dos serviços na UE atingido o dobro do PIB da indústria transformadora, pelo que devem ser tidos em conta na estratégia de defesa do consumidor (fonte Eurostat).

Por outro lado, os recentes inquéritos EOS Gallup Europe “consumers survey”, de Janeiro de 2002, mostram que ainda existem algumas barreiras em matéria de defesa do consumidor pelo facto de cada Estado-Membro ter as suas regras; os consumidores têm menos confiança nas compras efectuadas fora do território nacional, consideram que em caso de litígio seriam mais protegidos dentro do seu país. Neste sentido, é importante caminhar para uma sistematização normativa a fim de evitar a incerteza do consumidor quanto ao direito aplicável.

As bases de dados são hoje instrumentos ad hoc muito importantes, salientando ao nível da Comissão da União Europeia a base CLAB, a RICC, o sistema RAPEX. A base de dados das “CLAB” cláusulas contratuais abusivas a suprimir, reúne a jurisprudência neste âmbito, inclui decisões dos órgãos administrativos, acordos voluntários, resolução extrajudicial de litígios e decisões arbitrais. A RICC-Europa, rede internacional de controlo da comercialização onde a Comissão participa na qualidade de observadora; é uma rede de autoridades governamentais do espaço económico europeu que participam na aplicação da legislação em matéria de lealdade das práticas comerciais e de defesa do consumidor. A Comissão pretende desenvolver o seu website existente destinado ao intercâmbio de informações, bem como a base de dados que regista informações relativas à aplicação da legislação.

Maior protecção dos consumidores com a assinatura electrónica, a directiva 1999/93, de 13 de Dezembro/99, prevê um controle dos serviços de certificação que pode contribuir para a protecção dos consumidores; o mesmo se pode dizer acerca da directiva sobre certos aspectos jurídicos dos serviços da sociedade de informação e do Comércio Electrónico no mercado interno 2000/31, de 8 de Junho de 2000 (JOCE L 178, de 17Julho 2000).

A Protecção da saúde do consumidor na Internet, especialmente no caso dos jogos tem merecido especial atenção ao nível da informação do consumidor sobre as características dos produtos, referências a normas técnicas muitas vezes elaboradas por institutos europeus de normalização (o CEN e o CENELEC).

Cabe salientar a importância do sector dos jogos na Internet, no que respeita aos perigos psíquicos que podem apresentar para os consumidores; a simples aposição da marca CE atesta essa segurança, ou seja que foi respeitada a directiva 88/378 de 3 de Maio de 1988, modificada pela directiva 93/68 de 22 de Julho de 1993 (JOCE L220, de 30 Agosto de 1993).

Os códigos de Conduta no Comércio Electrónico (auto-regulação) a nível da união europeia constitui um complemento potencialmente útil à regulação e pode incluir benefícios para os consumidores. Os códigos de conduta têm sido muito populares no âmbito do comércio electrónico, nomeadamente na Alemanha, Reino Unido, Países Baixos, também na Dinamarca, Finlândia e Suécia.

## V. O CONSUMIDOR NO ESTADO DIGITAL

O Estado não fica indiferente à implementação no sector público das novas soluções tecnológicas para melhoria dos serviços e conseqüentemente da qualidade de vida dos cidadãos, consumidores. Os serviços on-line, cenário por excelência da actividade pública administrativa na prestação de serviços essenciais, tem revelado permanente crescimento a partir da década de 90

A estratégia política da união europeia para 2002-2006 recomenda, em especial, que se promova a confiança no comércio

electrónico, pois facilita as transacções transfronteiriças entre empresas e consumidores contribuindo para a maior qualidade de vida e elevado nível de protecção e defesa dos interesses dos consumidores.

Na área de tecnologias das Edições Expansão Económica, Timóteo Figueró, revela “Portugal face à Sociedade de Informação”, há actualmente 2,7 milhões de utilizadores da Web em Portugal; 20% dos lares portugueses possuem televisão por cabo; 95% das famílias portuguesas possuem televisão e cerca de 40% tem mais que um televisor em casa. Os vários órgãos de informação revelaram que Portugal, proporcionalmente, é o país europeu com maior número de telemóveis por habitantes e o surgimento de novas formas de comunicação de TV digital, tecnologias móveis de comunicação, WAP,<sup>10</sup> o que demonstra a capacidade de crescimento no acesso à utilização das novas tecnologias.

#### § Síntese da Evolução Legislativa

O Estado tem legislado a um ritmo regular no sentido de proteger os interesses do cidadão no domínio das novas tecnologias: O Dec.-Lei 129/91, de 2 de Abril, sobre “Comunicações informáticas” (art.º 20), consagra o envio de documentos por via electrónica.

A Portaria n.º 599/93-23JUN: sobre o acesso à informação no Ficheiro Central das Pessoas Colectivas; a Lei 67/98-26OUT, sobre a Protecção de Dados Pessoais dos cidadãos.

O DL 290-D/99-02AGO sobre a Assinatura electrónica.

Enumeram-se várias Res. do Conselho de Ministros n.ºs 96 e 97/99 – Acesso à Internet a Cidadãos com Necessidades Especiais; a Res. do Cons. de Ministros n.º 143/2000; a Res. do Cons. de Ministros n.º 22/2001: referente à avaliação periódica das páginas da Internet da Administração Pública.

Em 2002, o Governo permite aos organismos públicos colocarem os seus formulários na Internet de forma a que possam ser utilizados pelo cidadão consumidor e enviados por via electrónica.

---

<sup>10</sup> Estudo citado por Rui M. Barão, in “A Oferta Digital do Estado Português”, Univ.Moderna, 2003

### § A Administração Pública na NET – Breve referência

Em Abril de 2003 o inquérito efectuado no âmbito do presente trabalho constata que a oferta digital do Estado Português está a aumentar; permite ao cidadão electrónico obter informação regular e actualizada sobre:

- Diário da República;
- Código de IRC;
- Regulamento do Imposto de Selo;
- Código do IVA;
- O Código da Estrada
- Consulta a Planos de Pormenor e Planos Directores Municipais
- Programas de actividade científica em Universidades
- Eventos e horários de iniciativas culturais e recreativas;

De um modo geral, a Internet foi considerada como canal informativo privilegiado de fácil e rápido acesso; uma das grandes vantagens da Internet é de evitar deslocações físicas dos cidadãos a diferentes entidades, organismos e empresas.

No entanto, a digitalização da Administração Pública enquanto factor da qualidade de vida do cidadão, não se encontra totalmente aproveitada.

### § A Política de Confidencialidade e Segurança dos Dados Pessoais

A insegurança atinge as comunicações electrónicas no e-commerce, nomeadamente, na transmissão de ordens de pagamento, onde se utiliza o número de conta bancária e respectivo código, e no acesso e utilização ilícitos de dados pessoais.

Esta questão exige a evolução de uma política de confidencialidade e segurança dos dados pessoais no preenchimento de formulários, de documentos entre outros.

A política de confidencialidade deve ser uma prioridade do Estado para elevar a confiança do e-cidadão no comércio electrónico e serviços virtuais da Administração Pública. A segurança nas comunicações electrónicas deve evitar a fraude, nomeadamente por utilização indevida e ilícita por outrém do cartão bancário utilizado no pagamento electrónico

## INQUÉRITO AOS CONSUMIDORES

No âmbito do presente trabalho foi realizado um inquérito, aos consumidores na Área Metropolitana de Lisboa/Setúbal, cujo objectivo é a defesa dos interesses do consumidor no âmbito dos contratos celebrados à distância, através da Internet, aquisição de bens ou serviços, celebrados com um consumidor, que se integre num sistema que utilize as novas técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração.

O universo do inquérito compreendeu 50 inquiridos, utentes de serviços públicos, nomeadamente, escolas e tribunais, e, o principal dado assenta na qualidade de consumidor dos inquiridos.

– Análise dos dados recolhidos:

### Quadro Biológico

60% mulheres

40% homens

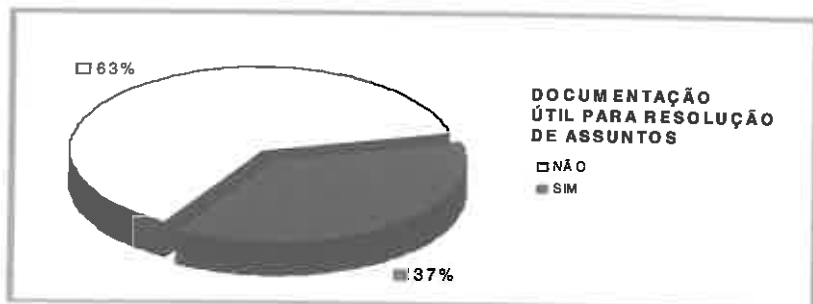
– 30 anos –idade média

– Grau Académico

– 30% – curso superior

– 70% – 11.º/12.º e 9.º ano.

A informação do Estado sobre os documentos necessários para tratar de assuntos da competência do serviço público, foi encontrada em 37% dos sites analisados no estudo patrocinado pela Pricewaterhouse Coopers Consulting, como se pode aferir pelo seguinte gráfico:



**EM SÍNTESE:**

O comércio electrónico facilita as transacções transfronteiriças entre empresas e consumidores, pelo que, adoptam-se medidas jurídicas imperativas de protecção do consumidor, nomeadamente, através da Comissão Europeia que promove na sua acção “Uma Sociedade da Informação para Todos”.

A estratégia política da Comissão para 2002-2006 vai no sentido de garantir um elevado nível de defesa dos interesses dos consumidores, de elevar a confiança no comércio electrónico, promovendo a cooperação das várias entidades, das empresas aos Estados-Membros.

O Estado deve garantir ao consumidor o acesso à informação, a plena transparência dos procedimentos, maior rentabilidade da utilização das novas tecnologias no acesso aos serviços, assegurar a qualidade, a eficácia e segurança, numa perspectiva de máxima satisfação e elevado nível de qualidade de vida para o consumidor, na utilização dos serviços electrónicos, pelo e-cidadão.

O Instituto do Consumidor promoverá acções destinadas a incentivar as organizações profissionais a informarem os consumidores dos seus direitos.

Merece, aqui, uma especial referência o protocolo de colaboração científica, em matéria dos Direitos dos Consumidores, existente entre aquele Instituto e o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**BIBLIOGRAFIA**

António Pinto Monteiro, Professor Doutor da Fac.D.Univ.Coimbra, Estudos de Direito do Consumidor.

Alexandre Dias Pereira, “Os Pactos Atributivos de Jurisdição nos Contratos Electrónicos de Consumo” in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, FDUC

- Elídio Estanque, “As Transformações do Trabalho na Era da Globalização e das Novas Tecnologias”, Centro de Estudos Sociais, Faculdade Econ. Universidade de Coimbra
- Elsa Dias Oliveira, “Lei Aplicável aos Contratos Celebrados com os Consumidores Através da Internet e Tribunal Competente”, in Estudos do Direito do Consumidor;
- Miguel Gorjão-Henriques, Mestre da Fac. Direito da Univ. Coimbra: “Direito Comunitário”, 2ª Ed, 2003, Almedina; e “Tratado de Nice”;
- Rui M. Moura Ramos, Prof. Dr. Fac. Direito da Univ. Coimbra e Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias: “O Tratado de Nice e a Reforma do Sistema Jurisdicional Comunitário”;
- Timóteo Ramos Pereira, Joel, Juiz de Direito, “Direito da Internet e Comércio Electrónico” Quid Júris, 2001
- Manuel L. Rocha, Marta F. Rodrigues, Miguel A. Andrade, Miguel Pupo Correia, Henrique Carreiro, “Leis do Comércio Electrónico, Regime Jurídico da Assinatura Digital e da Factura Electrónica, anotado e comentado.
- Rui M. Barão, “A Oferta Digital do Estado Português”, Universidade Moderna, Setúbal, citando o E-Government em Portugal, Estudo patrocinado pela Pricewaterhouse Coopers Consulting; (Publicação produzida no âmbito do Seminário e-Government, realizado em Novembro de 2001).

**Consultas de Informação via Internet:**

EUROSTAT – Statistical Office of the European Communities homepage, <http://www.europa.eu.int/en/comm/eurostat>

Ministério da Ciência e Tecnologia homepage <http://www.mct.pt>

**Legislação:**

Dec. Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que transpõe a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio.

A lei de Defesa do Consumidor 24/98, de 31 de Julho e recentes alterações pelo Dec. Lei 67/2003, de 8 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/44/CE.

O Regulamento 44/2001, de 22/12/2000 (publicado em JOL 12 de 16 de Janeiro de 2001, p. 1)



- Dec.-Lei 129/91-02 Abril – Inicia a Administração Pública nas novas tecnologias.
- Portaria n.º 599/93-23 Junho – Acesso à informação no ficheiro central das Pessoas Colectivas.
- Lei 67/98-26 Outubro – Lei de protecção de Dados Pessoais
- Lei 69/98-26 Outubro – Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das telecomunicações.
- Res. Cons. Ministros n.º 60/98 – Endereço de correio electrónico dos órgãos da Administração Pública.
- Dec.-Lei 290-D/99-02 Agosto – Assinatura electrónica.
- Res. Cons. Ministros n.º 95/99 – Acesso na Internet aos documentos da Administração Pública.
- Res. Cons. Ministros n.ºs 96/99 e 97/99 – Acesso à Internet a cidadãos com necessidades especiais.
- Res. Cons. Ministros n.º 143/2000 – Aquisição de bens e serviços por via electrónica pela Administração Pública.
- Res. Cons. Ministros n.º 110/2000 – Objectivos e Medidas para a Sociedade de Informação.
- Dec.-Lei 183/2000-10 Agosto – Alteração ao Código de Processo Civil.
- Portaria n.º 1178-E/2000 – 15 Dezembro – Apresentação em tribunal de peças processuais em suporte digital.
- Portaria n.º 8-A/2001-03 Janeiro – Altera a Portaria 1178-E/2000
- Res. Cons. Ministros n.º 22/2001 – Avaliação periódica das páginas da Internet da Administração Pública.
- Res. Cons. Ministros n.º 24/2001 – Publicitação de concursos públicos na Internet.
- Dec.-Lei 140/01-24 Abril – Competências básicas em tecnologia de informação.
- Convenção 108, do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 – Protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal.
- Resolução do Conselho, de 2 de Dezembro de 2002, Jornal Oficial C.E.

## Legislação



# LEGISLAÇÃO RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

JANEIRO A DEZEMBRO DE 2003\*

## 1. GARANTIAS DOS CONSUMIDORES NAS VENDAS DE BENS DE CONSUMO

*Decreto-lei n.º 67/2003 de 8 de Abril de 2003 (DR n.º 83 Série I-A)* – transpõe para o ordenamento jurídico português a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Ao mesmo tempo altera a lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece entre nós o regime geral aplicável à defesa do consumidor.

Entre as principais inovações, há que referir a adopção expressa da noção de conformidade com o contrato, que se presume não verificada sempre que ocorrer algum dos factos descritos no regime agora aprovado. É equiparada à 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 falta 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 dois ou cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel ou de coisa imóvel, respectivamente, se consideram já existentes nessa data.

---

\* Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente-Estagiária da Faculdade de Direito de Coimbra.

Procurou-se, por outro lado, que as garantias já dispensadas ao consumidor não fossem diminuídas, pelo que se mantêm em vigor as soluções actualmente previstas na lei n.º 24/96, de 31 de Julho, designadamente o conjunto de direitos que são reconhecidos ao comprador em caso de compra de coisa defeituosa, alterando-se os preceitos que não fossem conformes com a Directiva citada.

No que diz respeito aos prazos, prevê-se um prazo de garantia, que é o lapso de tempo durante o qual, manifestando-se alguma falta de conformidade, poderá o consumidor exercer os direitos que lhe são reconhecidos. Tal prazo é fixado em dois e cinco anos a contar da recepção da coisa pelo consumidor, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel.

Mantém-se a obrigação do consumidor de denunciar o defeito ao vendedor, alterando-se o prazo de denúncia para dois meses a contar do conhecimento, no caso de venda de coisa móvel.

Este regime de protecção do consumidor mantém-se imperativo, permitindo-se, porém, que, em caso de venda de coisa móvel usada ao consumidor, o prazo de dois anos seja reduzido a um ano por acordo das partes.

São igualmente disciplinadas as garantias voluntariamente oferecidas pelos vendedores.

Bastante significativa é também a consagração da regra da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, ficando aquele obrigado à reparação ou substituição da coisa defeituosa.

## **2. COMÉRCIO ELECTRÓNICO**

*Decreto-lei n.º 62/2003 de 3 de Abril de 2003 (DR n.º 79 Série I-A)* – Altera o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, visando compatibilizá-lo com o regime estabelecido pela Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro.

Estabelece três modalidades de assinaturas electrónicas: a assinatura electrónica, a assinatura electrónica avançada e a assinatura electrónica qualificada, que correspondem a diferentes graus de

segurança e fiabilidade, ao mesmo tempo que são reforçados os deveres das entidades certificadoras que emitem os ditos certificados qualificados, numa óptica de protecção do consumidor.

### 3. SAÚDE DOS CONSUMIDORES E DIREITO À INFORMAÇÃO

**Decreto-lei n.º 20/2003, de 3 de Fevereiro de 2003 (DR n.º 28 Série I-A)** – Transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2002/67/CE da Comissão, de 18 de Julho, relativa à rotulagem dos géneros alimentícios que contêm quinino ou cafeína. O Decreto-lei visa aumentar as garantias de defesa da saúde dos consumidores, em face destas substâncias e dos efeitos secundários que podem provocar, inserindo-se numa política de promoção da saúde dos consumidores, através do reforço da informação.

**Decreto-lei n.º 25/2003, de 4 de Fevereiro de 2003 (DR n.º 29 Série I-A)** – Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2001/37/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, e altera o Decreto-Lei n.º 226/83, de 27 de Maio, sobre prevenção do tabagismo. Mais uma vez o diploma em questão se insere numa política de promoção da saúde dos consumidores, através do reforço do direito à informação.

Neste sentido, os fabricantes ou importadores dos produtos do tabaco passam a ter de apresentar, anualmente, à Direcção-Geral da Saúde uma lista de todos os ingredientes e respectivas quantidades utilizados no fabrico dos seus produtos do tabaco, por marca e tipo individuais, toxicidade dos produtos do tabaco, bem como os efeitos sobre a saúde, nomeadamente o risco de dependência decorrente do seu consumo, dados estes que serão regularmente divulgados junto dos consumidores. Nesse mesmo espírito, são ainda estabelecidas limitações à utilização nas embalagens dos produtos do tabaco de certas indicações como «baixo teor de alcatrão», «light», «ultra-light», «mild», designações, imagens e sím-

bolos figurativos, ou outros, que possam induzir o consumidor no erro de que esses produtos são menos nocivos e levar a alterações no consumo.

**Decreto-lei n.º 50/2003, de 25 de Março de 2003 (DR n.º 71 Série I-A)** – Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/86/CE da Comissão, de 6 de Novembro, e altera o Decreto-Lei n.º 183/2002, de 20 de Agosto, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2001/101/CE, da Comissão, de 26 de Novembro, e alterou o Decreto-Lei n.º 560/99, de 18 de Dezembro, relativo à aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor final.

**Decreto-Lei n.º 136/2003, de 28 de Junho de 2003 (DR 147 Série I-A)** – Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Junho, relativa à aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes aos suplementos alimentares, procurando garantir a segurança dos consumidores em matéria alimentar.

**Decreto-lei n.º 213/2003, de 18 de Setembro de 2003 (DR 216, Série I-A)** – Transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2001/114/CE do Conselho, de 20 de Dezembro, relativa a determinados leites conservados total ou parcialmente desidratados, destinados à alimentação humana. Revoga, simultaneamente, o DL n.º 261/86, de 1 de Setembro.

**Decreto-lei n.º 225/2003, de 24 de Setembro de 2003 (DR 221, Série I-A)** – Transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva 2001/112/CE, do Conselho, de 20 de Dezembro, relativa aos sumos de frutos e a determinados produtos similares destinados à alimentação humana. Fixam-se neste diploma as regras relativas aos tratamentos, substâncias e matérias-primas que devem ser utilizados no fabrico daqueles produtos. Estabelecem-se, igualmente, as regras a que deve obedecer a rotulagem.

***Decreto-lei n° 229/2003, de 27 de Setembro de 2003 (DR 224, Série I-A)*** – Transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2000/367CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Junho, relativa aos produtos de cacau e chocolate destinados à alimentação humana.

***Decreto-lei n°243/2003, de 7 de Outubro de 2003 (DR 232, Série I-A)*** – Altera o Decreto-lei n°134/2002, de 14 de Maio, que estabelece o regime de controlo da informação ao consumidor na venda a retalho dos produtos de pesca e agricultura.

#### **4. PUBLICIDADE**

***Lei n° 23/2003, de 22 de Agosto de 2003 (DR n° 193 Série I-A)*** – Introduce alterações ao Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, e sucessivamente alterado, entre as quais se contam as referentes aos prazos de que cada operador televisivo passa a dispor para a emissão de mensagens publicitárias e blocos de tele vendas.





## Jurisprudência



# JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

JANEIRO A DEZEMBRO DE 2003\*

## 1. MARCAS

### a) *Acórdão de 20.2.2003 do Tribunal da Relação de Lisboa*

– O acórdão refere-se ao problema das marcas e da confundibilidade entre elas, que, para além da tutela da concorrência, pode visar igualmente a salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores.

Considera que a semelhança entre marcas constitui imitação quando seja de molde a provocar no mercado risco de confusão com uma marca anteriormente registada a favor de outrem. Esta imitação deve ser apreciada mais em função das semelhanças que sobressaiam do conjunto de elementos que constituem os sinais distintivos em confronto do que das diferenças que possam estabelecer-se, analisando os diversos elementos separadamente.

O critério ou padrão de apreciação a que, em geral, deve atender-se é o do consumidor final médio dos produtos em causa, que coloque nas suas escolhas mediana diligência e perspicácia e não o do consumidor particularmente desatento ou o do consumidor especialmente observador.

Todavia esse padrão normativo deve ser relativizado, construindo o protótipo por aproximação à realidade do mercado, levan-

---

\* Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente-Estagiária da Faculdade de Direito de Coimbra.

do em conta a natureza, características e preços dos produtos e serviços diferenciados pelas marcas em confronto. Assim, o padrão tenderá para o consumidor profissional e especializado no caso de produtos e serviços normalmente só adquiridos por intermédio de profissionais e peritos. E, em sentido contrário, já se aproximará do consumidor menos diligente em produtos de baixo preço e largo consumo.

**b) Acórdão de 2.10.2003 do Supremo Tribunal de Justiça –** Considerando que a principal função das marcas continua a ser a função distintiva, os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça vêm considerar que não poderá ser registada a marca “Contal”, pela confundibilidade que gera com a marca, anteriormente registada, “Compal”.

Esclarecendo que em causa está a tutela da concorrência, não deixam de se referir ao consumidor, não só como padrão ou critério de apreciação daquela confundibilidade, mas igualmente como objecto de tutela na situação concretamente em apreço.

## **2. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

**a) Acórdão de 14.1.2003 do Tribunal da Relação do Porto –** Referindo-se a um contrato de aquisição de um direito real de habitação periódica, que apresenta as características de um contrato de adesão, o acórdão considera absolutamente proibida a cláusula que dispõe que o adquirente deve “abster-se de praticar quaisquer actos que possam comprometer a gestão hoteleira ou o interesse para o turismo do empreendimento”. Considera igualmente nula a cláusula que estabelece a competência absoluta de um determinado tribunal para dirimir qualquer litígio que possa surgir.

**b) Acórdão de 16.1.2003 do Tribunal da Relação do Porto –** O Tribunal vem considerar que o contrato de seguro cuja apreciação lhe foi cometida é um contrato de adesão “em que o segurado não tem a menor participação na preparação e redacção

das cláusulas do mesmo, limitando-se a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado”. Considera igualmente que a celebração do contrato está condicionada à apresentação, pelo potencial tomador do seguro, de uma proposta correspondente ao ramo e modalidade que pretende contratar, proposta essa que se traduz num formulário fornecido pela entidade seguradora, e que a mera subscrição da proposta e subsequente entrega à seguradora não confere, desde logo, plena validade e eficácia ao contrato a que se reporta aquela proposta. Assim, O contrato apenas se considera celebrado quando decorrido o prazo de 15 dias após a recepção da proposta, a seguradora não proceda à notificação do proponente, comunicando-lhe a sua aceitação ou recusa.

c) *Acórdão de 16.10.2003 da Relação de Lisboa* – Em face da lei (art. 811.º/2 do CC), a cláusula de agravamento da responsabilidade não deixa também de ser uma cláusula de natureza penal, na medida em que, embora não fixando uma indemnização determinada, estabeleça o critério preciso para a determinar, bastando para tanto uma mera operação aritmética.

A nulidade de uma cláusula em face do disposto nos artigos 19.º al. c) e 22.º al. m) do DL n.º446/85, de 25 de Novembro, pelos quais são proibidas as cláusulas contratuais gerais que “consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir” ou “estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar”, só existirá quando ela seja apodicticamente manifesta, em face da sua apreciação em abstracto, uma vez que se desconhece, no momento da celebração do contrato, a existência de danos ou a sua extensão. Ainda que a referida não seja nula, é redutível, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente (art. 812.º/1 do CC).

### 3. PUBLICIDADE

a) *Acórdão n.º 384/2003 do Tribunal Constitucional* – Chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do artigo 22.º-B do Código da Publicidade, por pretensa violação do direito a informar e do direito à iniciativa privada, constitucionalmente consagrados, o Tribunal Constitucional entendeu e decidiu não julgar inconstitucional a referida norma. De facto, considerou que o citado artigo do Código da Publicidade se limita a estabelecer restrições ao exercício daqueles direitos e que tais limites não só não atingem o núcleo essencial dos mesmos, como se justificam por razões de interesse geral – “o evitar o aproveitamento da ignorância, do medo, da crença e da superstição dos consumidores relativamente à oferta de bens ou serviços a que são atribuídas, sem uma objectiva comprovação científica, determinadas características ou efeitos, ditos milagrosos, nos domínios físico, psicológico, económico e outros da pessoa humana”.

### 4. CRÉDITO AO CONSUMO

a) *Acórdão de 16.12.2003 da Relação de Lisboa* – Nos termos do artigo 6.º do DL n.º 359/91, impõe-se a efectiva entrega ao consumidor de uma exemplar do contrato de crédito no momento da assinatura daquele. A falta dessa entrega gera a nulidade só invocável pelo consumidor.

## ÍNDICE

Apresentação .....	3
<b>O CDC – Centro de Direito do Consumo</b> .....	7
<b>Sessão de Abertura do 6.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo</b> .....	17
Discurso na sessão de abertura do 6º Curso de Pós-graduação em Direito do Consumidor Ano lectivo 2003/2004 <i>António Pinto Monteiro</i> .....	19
Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores <i>António M. Barbosa de Melo</i> .....	23
<b>Doutrina</b> .....	43
Intervenção de sua Excelência o Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro <i>José Luís Arnaut</i> .....	45
<i>Mário Tavares Mendes</i> .....	49
Reflexões em torno da qualidade e dos direitos dos consumidores na compra de habitação <i>Joaquim Carrapiço</i> .....	53
El Libro Verde sobre la protección de los Consumidores en la Unión Europea <i>Javier Lete Achúcarra</i> .....	67



Julgados de paz Cidadania e Justiça <i>J. O. Cardona Ferreira</i> .....	87
As cláusulas contratuais gerais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça <i>Luís António Noronha Nascimento</i> .....	99
Garantias na venda de bens de consumo a transposição da directiva 1999/44/CE <i>António Pinto Monteiro</i> .....	123
Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976 <i>José Carlos Vieira de Andrade</i> .....	139
A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas. <i>Luís Manuel Teles de Menezes Leitão</i> .....	163
Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância <i>Paulo Mota Pinto</i> .....	183
Vendas com prejuízo <i>Carolina Cunha</i> .....	207
O contrato de trabalho de adesão no Código de Trabalho: notas sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho <i>Alexandre Mota Pinto</i> .....	243
A protecção do consumidor e o comércio electrónico na jurisprudência portuguesa <i>Edgar Tabora Lopes</i> .....	269
Os caminhos nacionais da Defesa do Consumidor: Europa, mas pouco <i>Teresa Almeida</i> .....	303
“Tendências Recentes sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia” <i>Luís Silveira Rodrigues</i> .....	311

---

<b>Trabalhos de Estudantes do Curso</b> .....	321
O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A protecção especial dos consumidores <i>Roberto Wider</i> .....	323
Juizados especiais e Julgados de Paz <i>Arthur Narciso de Oliveira Neto</i> .....	351
A Extensão do Conceito de Consumidor em Face dos Diferentes Sistemas de Protecção Adotados por Brasil e Portugal <i>Tiago Machado de Freitas</i> .....	391
Contratos à Distância <i>Delminda de Assunção Costa Sousa e Silva</i> .....	423
<b>Legislação</b> .....	457
Legislação relevante em matéria de Direito do Consumidor .....	459
<b>Jurisprudência</b> .....	465
Jurisprudência relevante em matéria de Direito do Consumidor .....	467

