

TÁXI, JORGE PALMA, MIGUEL ARAÚJO E O DIREITO DO CONSUMO

JORGE MORAIS CARVALHO (*)

Sumário: I. Introdução. II. Sociedade de consumo imediato: entre o direito do consumo e a sustentabilidade. III. Ataque de informação: o direito do consumo simultaneamente contra o consumidor e contra o profissional. IV. A gente nunca tem razão: um regime muito protetor do aderente, mas com muito pouca aplicação prática.

I. INTRODUÇÃO

É com grande satisfação que presto esta homenagem ao PROFESSOR JOÃO CAUPERS, Professor que me acompanhou ao longo do meu percurso na NOVA School of Law, desde os primeiros anos da licenciatura até a um período mais recente, como colega e referência no Mundo do Direito. Lembro-me bem das aulas de Direito Administrativo nas Cavalariças, dos desafios da Prática Jurídica Interdisciplinar, dos processos de arbitragem no CNIACC, entre muitos outros momentos.

Ao pensar num tema para este texto, não poderia deixar de ser inovador na abordagem e na perspectiva, no estilo que entendo que caracteriza a NOVA School of Law. Decidi, então, pegar em três passagens de canções portuguesas, de músicos ou intérpretes muito conhecidos, nas quais o consumo, a proteção do consumidor e o direito do consumo são, ainda que de forma não intencional, desafiados. Assim, a partir de cada uma, reflete-se sobre aspetos que ocupam a discussão em torno do direito do consumo nos dias de hoje.

(*) Professor Associado da NOVA School of Law. Diretor do NOVA Consumer Lab. Investigador do CEDIS — Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: www.jorgemoraiscarvalho.com.

A canção *Chiclete*, constante do álbum *Táxi*, do grupo com o mesmo nome, lançada em 1981, tornou-se um enorme êxito no nosso país. Aborda a temática do consumo rápido e pouco sustentável. Embora tudo na letra aponte no sentido de se tratar de uma metáfora para a vida e para as relações interpessoais, o seu conteúdo é de uma atualidade impressionante, num momento em que discute a relação entre o consumo e o ambiente, em torno dos valores da sustentabilidade.

Em 2012, MIGUEL ARAÚJO editava o álbum *Cinco Dias e Meio*, incluindo a canção *Matérias do Coração*, com música e letra da sua autoria. Não é a canção mais famosa deste álbum, que inclui, entre outros, a incontornável *Os Maridos das Outras*, mas nela identificamos, embora em contexto diverso, alusão a outro dos principais problemas que hoje se coloca no âmbito do direito do consumo: a informação e, em especial, o excesso de informação.

Um ano antes, em 2011, saía a canção *Uma Alma Caridosa*, interpretada por JORGE PALMA e OS DEMITIDOS, com letra de CARLOS TÊ, incluída no álbum *Com Todo o Respeito*. Das três, é a canção que mais diretamente faz referência a uma matéria relacionada com o direito do consumo, na medida em que aponta no sentido de que, num contrato de seguro, quando surge um problema, o documento contratual contém, em regra, cláusulas que permitem a desresponsabilização da seguradora. Chama-se, portanto, a atenção para os problemas relacionados com os contratos de adesão, as cláusulas incluídas sem o esclarecimento do aderente e o desequilíbrio imposto pela parte mais forte. A canção dirige-se mais diretamente ao Estado, à segurança social, às finanças, mas o autor da letra utiliza como exemplo, para melhor compreensão do destinatário, um contrato de seguro. O pressuposto é o de que esta situação, conhecida da generalidade das pessoas, é mais evidente para demonstrar o que se pretende dizer.

Estes três temas são abordados sequencialmente a partir do próximo ponto, com o objetivo de discutir alguns problemas que hoje se colocam no domínio do direito do consumo.

II. SOCIEDADE DE CONSUMO IMEDIATO: ENTRE O DIREITO DO CONSUMO E A SUSTENTABILIDADE

*E como tudo o que é coisa que promete
A gente vê como uma chiclete
Que se prova, mastiga e deita fora, sem demora*

*Como esta música é produto acabado
Da sociedade de consumo imediato
Como tudo o que se promete nesta vida, chiclete*

(*Chiclete*, TÁXI, Polygram, 1981)

O tema da sustentabilidade entrou de forma rápida e intensa no direito do consumo nos últimos anos ⁽¹⁾. Após muitos anos de um tendencial distanciamento, os temas do consumo e, em particular, do direito do consumo e da sustentabilidade percorrem atualmente um caminho único, com o objetivo de orientar as políticas e as leis para a promoção de escolhas mais sustentáveis por parte do consumidor.

Em França, o Code de la Consommation francês pune criminalmente a prática de obsolescência programada, de forma expressa, desde 2015 ⁽²⁾. A obsolescência programada consiste na utilização consciente de técnicas pelo produtor com vista a reduzir o tempo de vida útil de um bem, criando a necessidade de compra de outro bem, em substituição, pelo consumidor ⁽³⁾.

A Nova Agenda do Consumidor, apresentada pela Comissão Europeia em novembro de 2020, é orientada precisamente pelo lema “reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável”. A Agenda cobre cinco domínios prioritários, o primeiro dos quais é precisamente a transição ecológica.

Pouco tempo antes, em 2019, as Diretivas 2019/770, 2019/771 e 2019/2161 foram publicadas. Ainda não tinham sido transpostas pelos Estados-Membros e, portanto, as suas normas ainda não eram efetivamente aplicadas, e já se falava abertamente, na Nova Agenda do Consumidor, da necessidade de as voltar a alterar. Referimo-nos a este propósito, em tom provocatório, à obsolescência precoce de algumas políticas europeias em matéria de direito do consumo ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª edição, Almedina, 2022, pp. 143-146.

⁽²⁾ GILLES PAISANT, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, Thémis, 2015, p. 248.

⁽³⁾ STEFAN WRBKA, “Warranty Law in Cases of Planned Obsolescence — The Austrian Situation”, in *EuCML — Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 2, 2017, pp. 67-76, p. 67.

⁽⁴⁾ JORGE MORAIS CARVALHO, “The Premature Obsolescence of the New Deal for Consumers”, in *EuCML — Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, n.º 3, 2021, pp. 85-88.

Entre as ações previstas na Nova Agenda do Consumidor, a Comissão Europeia já antecipa uma revisão da Diretiva 2019/771, a fim de “continuar a promover a reparação e a incentivar produtos mais sustentáveis e circulares”. A referência a “continuar a promover” é particularmente simpática para o legislador de 2019, uma vez que este aspeto mal foi abordado nesse contexto.

É certo que a durabilidade do bem (ou continuidade, no caso de conteúdos ou serviços digitais) está agora prevista como um requisito de conformidade ⁽⁵⁾. A referência explícita é uma novidade. No entanto, a abordagem à questão da obsolescência precoce e planeada é muito tímida. O considerando 32 da Diretiva 2019/771 afirma que “assegurar uma maior durabilidade dos bens é importante para se alcançarem padrões de consumo mais sustentáveis e uma economia circular”. No entanto, é dada preferência à “legislação específica da União relativa a produtos”, sendo o regime da compra e venda apenas complementar. O mesmo considerando afirma que “deverão possuir a durabilidade que é normal para bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar dada a natureza dos bens, incluindo a eventual necessidade de manutenção razoável dos bens, como a inspeção periódica ou a mudança de filtros de um automóvel, e tendo em conta qualquer declaração pública feita por qualquer pessoa que faça parte da cadeia de transações ou em seu nome”. O facto é que, por exemplo, um automóvel tem uma vida útil muito mais longa do que os dois anos que a Diretiva 2019/771 estabelece como regra para a responsabilidade do vendedor; não existem regras europeias que garantam que o consumidor consiga utilizar o automóvel após esses dois anos. Este problema pode ser resolvido a nível dos Estados-Membros, uma vez que não está incluído na disposição relativa à harmonização máxima. Em primeiro lugar, os Estados-Membros podem prever um período mais longo para a responsabilidade do vendedor (em Portugal, previu-se um período de três anos). Em segundo lugar, o profissional pode ser obrigado a prestar assistência pós-venda ao consumidor, mesmo que paga, durante a vida útil esperada dos bens, por exemplo, disponibilizando peças sobressalentes.

⁽⁵⁾ MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, “A Sustentabilidade e a Compra e Venda para Consumo na Diretiva 2019/771 e no DL 84/2021: Aplausos e Perplexidades”, in *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021 — Compra e Venda, Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais, Conformidade, Sustentabilidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 117-142, pp. 119 e segs.

Além deste aspeto, nada na Diretiva 2019/771 favorece a reparação em comparação com os outros direitos do consumidor, nomeadamente a substituição ⁽⁶⁾. Este aspeto é abrangido pela harmonização máxima, pelo que os Estados-Membros não podem privilegiar a reparação na sua legislação nacional. Também não é possível, a nível nacional, encorajar o consumidor a exigir uma redução do preço. Este direito é estatisticamente menos utilizado, mas tem grande potencial neste contexto para tornar a escolha do consumidor mais sustentável.

A Diretiva 2019/2161 também é bastante recente e já se aguarda com expectativa a alteração das diretivas das práticas comerciais desleais e dos direitos dos consumidores, alteradas por aquela.

Estão em causa, por um lado, os deveres de informação ligados à sustentabilidade dos bens e serviços e, por outro lado, o direito de arrependimento.

A informação é fundamental para uma decisão esclarecida por parte dos consumidores, constituindo a indicação obrigatória da natureza mais ou menos sustentável dos bens uma inevitabilidade nos próximos anos. Esta solução não resolverá, por si só, o problema subjacente, mas ajudará certamente a mitigar as suas consequências. O longo processo legislativo europeu será também um obstáculo significativo neste domínio. Os Estados-Membros tiveram de alterar os respetivos regimes das práticas comerciais desleais e não puderam, devido ao princípio da harmonização máxima, introduzir desde já deveres de informação mais exigentes (e específicos) relacionados com a sustentabilidade dos bens. Isto apesar da circunstância de as instituições europeias já reconhecerem a falta de normas nesta área. Perde a eficiência. E perdem também as escolhas mais sustentáveis.

O direito de arrependimento, figura no centro do direito do consumo, também tem sido recentemente posto em causa em nome da sustentabilidade, em especial por implicar o transporte da coisa por duas vezes, tendo a pandemia ajudado a concluir que algumas práticas são insustentáveis. A questão assume particular relevância no que respeita à compra de vestuário à distância, muitas vezes por impulso e associada a um preço baixo (a designada *fast fashion*), e o subsequente exercício do direito de arrependimento. O problema não se circunscreve apenas ao setor da moda.

⁽⁶⁾ MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, “A Sustentabilidade e a Compra e Venda para Consumo na Diretiva 2019/771 e no DL 84/2021: Aplausos e Perplexidades”, *cit.*, p. 129.

Um aumento da produção legislativa a nível europeu no domínio do direito do consumo parece inevitável. A tendência para uma harmonização cada vez maior, sem flexibilidade na resolução de quaisquer problemas a nível dos Estados-Membros, também é clara. Contudo, para aceitar estas duas tendências, é necessário um processo legislativo da União Europeia mais rápido e mais flexível, que se ajuste em cada momento a uma sociedade em constante mudança. Se não o fizermos, a União Europeia corre o risco de se tornar menos competitiva e cada vez mais distanciada dos cidadãos e dos seus problemas e necessidades.

Em Portugal, destaca-se, no combate à obsolescência programada, o art. 9.º-7 da Lei de Defesa do Consumidor (LDC), introduzido pelo Decreto-Lei (DL) 109-G/2021, que determina que “é vedado ao profissional a adoção de quaisquer técnicas através das quais o mesmo visa reduzir deliberadamente a duração de vida útil de um bem de consumo a fim de estimular ou aumentar a substituição de bens”. A norma não prevê, contudo, quaisquer consequências para o seu incumprimento, nomeadamente ao nível contraordenacional. O consumidor terá sempre a possibilidade de exercer o direito a indemnização, nos termos do art. 12.º-1 da LDC.

O art. 9.º-5 da LDC também atribui ao consumidor um direito subjetivo à assistência pós-venda. Assim, “o consumidor tem direito à assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos”.

Este direito não se confunde com a garantia, legal ou comercial, existindo mesmo depois de os prazos daquela terem decorrido. A norma impõe a quem fornece um bem de consumo a oferta de um serviço pós-venda adequado, que permita ao consumidor, no exercício deste direito, solicitar a reparação do bem ou comprar uma peça ou um acessório, entre outras faculdades.

As condições impostas pelo profissional para o exercício do direito (*v. g.*, preço) não podem ser muito desfavoráveis para o consumidor, com o objetivo de o incentivar a adquirir um bem novo, devendo o juízo relativo ao incumprimento do preceito ser feito tendo em conta o respeito pelo princípio da boa-fé.

O DL 84/2021 veio introduzir uma norma sobre “serviço pós-venda e disponibilização de peças (art. 21.º), a qual deve ser articulada com o art. 9.º-5 da LDC. Apesar de fazer referência a um período relativo à disponibilização de peças (10 anos), o regime especial pode, em alguns casos, ser menos favorável para o consumidor, o que determina a aplicação conjunta, em cada caso, dos dois preceitos.

III. ATAQUE DE INFORMAÇÃO: O DIREITO DO CONSUMO SIMULTANEAMENTE CONTRA O CONSUMIDOR E CONTRA O PROFISSIONAL

*Nada de novo no telejornal
Mais desemprego no nosso quintal
Um homem farto de inflação
Morreu com um ataque de informação*

(*Matérias do Coração*, MIGUEL ARAÚJO, Mondo Records, 2012)

O elemento essencial do ato de informar consiste em dar a conhecer a outrem algum saber de que se dispõe, indicando algo que o outro desconhece ou esclarecendo um aspeto que se considera não ser claro. O resultado da prestação de uma informação é a transmissão de um conhecimento a quem tem acesso à mensagem. Pelo menos em sentido estrito, a *informação* distingue-se da *promessa*, dado que nesta a mensagem contém em si mesma uma vinculação a um determinado efeito ⁽⁷⁾. Se é verdade que esse efeito é desconhecido, podendo ser considerado como um elemento de informação, o elemento essencial da mensagem resulta da vinculação do declarante e, portanto, da *promessa*, em detrimento da *informação*.

Assim, se uma empresa comunica ao público que abriu um estabelecimento comercial num determinado local, está a dar a conhecer esse facto, não se está a vincular a nenhum efeito, nem sequer, se a obrigação não resultar de outros elementos, a manter esse estabelecimento comercial aberto. No entanto, se a empresa comunica que, nos dez primeiros dias de funcionamento do estabelecimento, todos os produtos são vendidos a metade do preço, não está a prestar uma informação (em sentido estrito), está a prometer alguma coisa.

O direito à informação é tradicionalmente apontado como um dos direitos fundamentais dos consumidores (art. 60.º-1 da Constituição da República Portuguesa) ⁽⁸⁾, identificando-se mesmo informação com

⁽⁷⁾ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, 1989, p. 15.

⁽⁸⁾ PAULO NETTO LÔBO, “A Informação como Direito Fundamental do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 23-45.

proteção ⁽⁹⁾. Parece-nos que existe, no entanto, alguma confusão na lei, na jurisprudência e na doutrina ⁽¹⁰⁾.

A LDC confere aos consumidores um direito à informação em geral (art. 7.º) e um direito à informação em particular (art. 8.º).

No primeiro caso, trata-se de verdadeira informação, impondo-se ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais dar a conhecer aos consumidores os seus direitos e a forma de os exercer, através do apoio a iniciativas organizadas nesse sentido ou da criação de centros ou de bases de dados com esse fim. Trata-se de uma norma muito relevante, pois o conhecimento dos direitos pelos consumidores é essencial para a sua aplicação efetiva.

Os três últimos números do art. 7.º encontram-se deslocados, uma vez que, tal como no que respeita às questões tratadas no art. 8.º, não estão em causa problemas de informação. O uso da língua portuguesa (art. 7.º-3) ainda se pode considerar abrangido na obrigação de promover a informação a cargo do Estado e das outras entidades públicas referidas; no entanto, o espírito da norma é mais amplo, incluindo também uma imposição a todos os profissionais de, nas relações com os consumidores, utilizarem a língua portuguesa nas suas declarações (v. também DL 238/86, que se refere, entre outros, a rótulos, prospectos, catálogos e livros de instruções), podendo neste caso a *informação* ter uma função de promessa, o que compromete a sua qualificação como informação.

No caso do art. 7.º-5, não só não se trata de informação, como o problema não é geral, mas particular ou concreto, no sentido de relativo aos contratos celebrados ou a celebrar. Assim, esta norma trata do problema da inclusão das mensagens publicitárias no conteúdo do contrato. O preceito diz-nos que “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito [...]” são cláusulas contratuais, vinculando e, portanto, não constituindo informação, pelo menos em sentido estrito.

A mesma conclusão pode extrair-se das normas do art. 8.º, que se ocupam das mensagens dos profissionais dirigidas aos consumidores,

⁽⁹⁾ JORGE PEGADO LIZ, “Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação”, in *Liber Amicorum Mário Frota — A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 335-353, p. 341.

⁽¹⁰⁾ Exemplos: IGOR RODRIGUES BRITTO, “Dever de Informação nos Contratos à Distância e ao Domicílio”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, 2005, pp. 477-517, p. 481; JORGE PEGADO LIZ, “Que Informação para os Consumidores?”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 54, 2008, pp. 129-140, p. 136.

bem como de numerosas disposições constantes de outros diplomas que impõem deveres de *informação* (incluindo na *vigência* de contratos de execução duradoura).

Entre os elementos que são comumente classificados em termos genéricos como informação, devem distinguir-se claramente os elementos de informação propriamente ditos, sem relevância contratual direta, e que têm por objetivo a reposição de algum equilíbrio entre as partes ao nível do conhecimento de aspetos relativos ao profissional, ao objeto do contrato ou a outros elementos relevantes dos elementos respeitantes ao conteúdo da declaração, impondo a lei que, nos contratos de consumo, o consumidor disponha de um clausulado suficiente, resultante da declaração do profissional, podendo então refletir sobre a celebração do contrato.

Em ambos os casos, o objetivo consiste no conhecimento de determinada informação — aqui entendida em sentido amplo — por parte do consumidor. No entanto, os dois planos — informação propriamente dita ou em sentido estrito, por um lado, e conteúdo da declaração, pelo outro — não devem ser confundidos, uma vez que o regime aplicável em caso de incumprimento não será o mesmo.

Se o profissional não informar o consumidor sobre o seu endereço geográfico, conforme se exige em vários diplomas, a omissão não tem, em princípio, relevância no contrato celebrado; já se o profissional não indicar uma cláusula, esta não integra o contrato ⁽¹¹⁾.

Quando o art. 8.º-1 se refere à informação sobre as características ou o preço do bem ou do serviço, está a impor que da declaração contratual do profissional constem esses elementos, acrescentando como é que estes elementos devem ser incluídos na mensagem emitida. Se não forem transmitidos de “forma clara, objetiva e adequada”, a declaração contratual — em regra, proposta contratual — não está em conformidade com a lei e o profissional é responsável pelos prejuízos causados ao consumidor (n.º 5) ⁽¹²⁾, podendo este resolver o contrato, nos termos do n.º 4, quando se encontre comprometida “a utilização adequada do bem ou do serviço”.

O profissional encontra-se vinculado a fornecer ao consumidor todos os elementos de que disponha sobre o bem ou o contrato a celebrar, nomeadamente informações que possam ser relevantes para

⁽¹¹⁾ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 119.

⁽¹²⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de setembro de 2016, Processo n.º 207/09.5TBVLP.G1.S1 (Maria da Graça Trigo).

a decisão de contratar. Esta regra resulta quer da LDC quer do regime das práticas comerciais, que proíbe as omissões enganosas, tendo como padrão o consumidor médio. Só assim se garante que a decisão de contratar é tomada de forma esclarecida ⁽¹³⁾, sendo este um dos objetivos transversais ao nosso ordenamento jurídico no que respeita a relações de consumo.

Não se deve aceitar, no entanto, a inclusão no contrato de um clausulado demasiado extenso ou complexo ⁽¹⁴⁾. Mais informação significa menos conhecimento da informação por parte do consumidor. Defende-se que “demasiadas informações matam a informação” ⁽¹⁵⁾ e que “a informação em excesso é nociva” ⁽¹⁶⁾. O excesso de informação pode até ser qualificado, por si só, como uma prática comercial desleal ⁽¹⁷⁾.

Ora, o excesso de informação não tem origem apenas no profissional, mas também no legislador. Tal torna o problema mais grave e difícil de ultrapassar. Nos últimos 25 anos, a União Europeia tem vindo a aprovar um abundante número de requisitos de informação, em especial no domínio dos serviços digitais. Em artigo publicado em 2022 com ARNO R. LODDER ⁽¹⁸⁾, após uma análise da *avalanche* informativa dos últimos anos na legislação europeia, defendemos que o consumidor deve ter apenas acesso à informação relativa a um pequeno número de elementos, aqueles que são mais úteis e interessantes para a sua decisão de contratar.

Assim se poderá evitar que o (esclarecimento do) consumidor morra, como na canção, com um ataque de informação.

⁽¹³⁾ THOMAS WILHELMSSON e CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Pre-Contractual Duties in the *Acquis Communautaire*”, in *European Review of Contract Law*, Vol. 2, n.º 4, 2006, pp. 441-470, p. 449.

⁽¹⁴⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 131-163, p. 142; PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de Seguro à Distância — O Contrato Electrónico*, Almedina, 2009, p. 33.

⁽¹⁵⁾ GILLES PAISANT, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, cit., p. 249. O autor conclui que a *sobreinformação* do consumidor rompe o equilíbrio a favor do profissional.

⁽¹⁶⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O Direito à Não-Informação”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 45-50, p. 50

⁽¹⁷⁾ CLÁUDIA MADALENO, “Informação e Publicidade. Em Especial, a Publicidade de Produtos Financeiros”, in *Liber Amicorum Mário Frota — A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 61-101, p. 79.

⁽¹⁸⁾ A.R. LODDER e JORGE MORAIS CARVALHO, “Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability”, in *European Business Law Review*, Vol. 33, n.º 4, 2022, pp. 537-556.

IV. A GENTE NUNCA TEM RAZÃO: UM REGIME MUITO PROTETOR DO ADERENTE, MAS COM MUITO POUCA APLICAÇÃO PRÁTICA

*Fui à última instância, enchi-me de brio
Li a Constituição toda de fio a pavio
Havia um artigo que lido com atenção
Era como nos seguros: a gente nunca tem razão*

(*Uma Alma Caridosa*, JORGE PALMA/OS DEMITIDOS, Warner Music Portugal, 2011)

As cláusulas contratuais gerais são cada vez mais utilizadas na contratação, em especial nos contratos de consumo, podendo falar-se em “*instrumento da globalização das relações económicas*”⁽¹⁹⁾. Em regra, os aderentes, muitas vezes consumidores, não conhecem as cláusulas constantes dos contratos que celebram. Nem lhes é exigível que as conheçam, uma vez que nada podem fazer para as alterar. A letra desta canção reflete a ideia geral de que as pessoas não confiam igualmente no conteúdo destes contratos, inevitavelmente preparados pela empresa para proteger os seus interesses.

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, contém um regime jurídico muito protetor do aderente. A ser efetivamente aplicado, poderia levar a uma mudança na perceção geral sobre este tipo de contratos. Levaria também, certamente, a dificuldades para alguns profissionais, que teriam de limitar as cláusulas mais problemáticas, esclarecendo apenas aquilo que é mais importante para o consumidor.

Vejamos, de forma breve, o regime.

O DL 446/85 aplica-se às cláusulas pré-elaboradas por uma das partes (predisponente), que a outra (aderente) não tenha tido a possibilidade de negociar. A chave para a determinação do âmbito desta definição está na interpretação do conceito de *impossibilidade de negociar os termos do contrato*. Trata-se de uma questão complexa, mas entendemos que esta impossibilidade deve ser avaliada tendo em conta o desequilíbrio entre as partes ou as circunstâncias da celebração do contrato, não bastando que o proponente e predisponente se

(19) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Contratação em Massa e a Protecção do Consumidor numa Economia Globalizada”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139.º, n.º 3961, 2010, pp. 221-235, p. 221.

recuse a receber contrapropostas ou que o destinatário das cláusulas as aceite sem discussão. É necessário que do ato de comunicação das cláusulas resulte que estas se encontram rigidamente predispostas ⁽²⁰⁾, não sendo possível modificar, por negociação, o seu conteúdo, de tal forma que esse conteúdo não possa ser imputado a ambos os contraentes. Cabe ao predisponente provar que, tendo em conta as circunstâncias concretas do contrato celebrado, o destinatário poderia negociar os termos do contrato, influenciando o seu conteúdo.

O art. 7.º do DL 446/85, ao estabelecer que “as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”, determina a prevalência das cláusulas negociadas sobre as cláusulas não negociadas.

Os arts. 4.º a 9.º do DL 446/85 tratam da inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, sendo especialmente exigente nesta matéria, em comparação com ordenamentos jurídicos mais próximos ⁽²¹⁾. A inserção de uma cláusula contratual geral num contrato individualizado implica a superação de três obstáculos sucessivos, não sendo sequer necessário analisar o obstáculo seguinte se o anterior não estiver ultrapassado. O primeiro obstáculo é a conexão com o contrato. Se a cláusula não tiver qualquer conexão com o contrato, não vale a pena analisar qualquer outro elemento, ficando excluída do contrato. Verificada a conexão com o contrato ⁽²²⁾, a cláusula tem de passar pelo crivo da comunicação. O art. 5.º-1 estabelece que as cláusulas “devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes”. O n.º 2 exige mais do que a simples comunicação. A inserção de uma cláusula num contrato depende de que o conhecimento completo e efetivo das cláusulas “se torne possível [...] por quem use de comum diligência”. Ultrapassado o obstáculo da comunicação, é ainda necessário verificar se foi cumprido o dever de esclarecimento. O dever de esclarecimento existe em duas situações. Em primeiro lugar, a lei impõe o esclarecimento de todas as cláusulas que possam não ser

⁽²⁰⁾ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III — Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pp. 209-233, p. 215.

⁽²¹⁾ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II, Almedina, 2017, p. 163.

⁽²²⁾ PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Almedina, 2011, pp. 507-534, p. 518.

claras (art. 6.º-1), devendo a análise da necessidade de explicação ser feita “de acordo com as circunstâncias”. Em segundo lugar, quem recorre a cláusulas contratuais gerais tem o dever de prestar todos os esclarecimentos que lhe sejam solicitados pela contraparte. O limite é o da razoabilidade.

Há ainda um outro nível de controlo de cláusulas contratuais gerais, incidindo já não em aspetos relativos à sua cognoscibilidade pelo aderente, mas no próprio mérito da cláusula, em função do seu conteúdo, para determinar se é abusiva. Em concreto, apenas se justifica a análise do eventual carácter abusivo de uma cláusula se esta tiver passado o crivo da conexão, da comunicação e do esclarecimento.

Nos termos do art. 15.º do DL 446/85, “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé”. Recorre-se a um princípio fundamental transversal a todo o direito privado, plasmado num conceito indeterminado ⁽²³⁾, para assim se ultrapassar a dificuldade de previsão, em abstrato, de todos os casos em que o conteúdo de uma cláusula pode ser desequilibrado. Está em causa a boa-fé objetiva, mas deve salientar-se que o carácter censurável do comportamento do predisponente não constitui um pressuposto para a aplicação da norma, podendo a cláusula ser considerada abusiva mesmo que este não tivesse essa consciência ou não tenha violado qualquer regra de conduta ⁽²⁴⁾.

O critério definido no art. 3.º da Diretiva 93/13/CEE, que não foi expressamente transposto para o nosso ordenamento jurídico, é mais claro e adequado face ao objetivo de salvaguardar algum equilíbrio entre as partes, isto apesar de também ter de ser verificado em concreto. Este preceito estatui que “uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Neste preceito, o desequilíbrio significativo constitui o elemento relevante para avaliar o respeito pela boa-fé, sendo um critério objetivo, que pode ser verificado pelo intérprete com mais facilidade. O Tribunal de Justiça da União Europeia já concluiu, no Ac. de 13/10/2022 (C-405/21, *Nova*

⁽²³⁾ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma Nova Dimensão da Boa Fé”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.º 42, 2005, pp. 5-34, p. 5.

⁽²⁴⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, 2000, pp. 573-595, p. 586.

Kreditina Banka Maribor), que não colide com o direito europeu a declaração do caráter abusivo de uma cláusula sem ser avaliada pelo tribunal nacional, no caso concreto, a questão da boa-fé.

Julgamos que o critério do desequilíbrio significativo em detrimento do aderente, apesar de não se encontrar expressamente consagrado, também deve ser utilizado na interpretação da lei portuguesa ⁽²⁵⁾, tendo como referência o conteúdo do contrato na sua globalidade ⁽²⁶⁾. Numa relação de consumo, esta conclusão já resulta, aliás, do art. 9.º-2-b) da Lei de Defesa do Consumidor.

Resulta da jurisprudência do TJUE (Ac. de 14/3/2013, C-415/11, *Aziz*) que o conceito de desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor deve ser “apreciado através de uma análise das regras nacionais aplicáveis na falta de acordo entre as partes”, ou seja, de uma análise das regras supletivas aplicáveis se não existisse a cláusula contratual geral.

Além da referida cláusula geral, o DL 446/85 contém quatro listas de cláusulas proibidas, agrupadas em função da natureza da relação entre as partes e da intensidade da proibição. Estas listas têm como principal objetivo ajudar o intérprete a concretizar os arts. 15.º e 16.º do diploma, tomando a lei imediata posição sobre o (eventual) caráter abusivo das cláusulas, o que pode também ter uma função preventiva.

As listas de cláusulas encontram-se organizadas, num primeiro nível, em função da natureza da relação entre as partes. Nos termos do art. 17.º, tratando-se de uma relação entre profissionais, aplicam-se apenas as duas primeiras listas de cláusulas (arts. 18.º e 19.º). Se a relação não for entre profissionais, o art. 20.º estabelece que se aplicam, além das listas dos arts. 18.º e 19.º, duas listas específicas de cláusulas, constantes dos arts. 21.º e 22.º. Portanto, as listas de cláusulas dos arts. 18.º e 19.º aplicam-se a todas as relações, enquanto as dos arts. 21.º e 22.º se restringem às relações de consumo ou entre não profissionais.

⁽²⁵⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé”, *cit.*, p. 589; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, 2001, p. 72; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010, p. 341. Esta interpretação é confirmada pela jurisprudência, dando-se como exemplo o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/9/2016, Processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1 (relator: José Rainho).

⁽²⁶⁾ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. V, Almedina, 2017, p. 209.

As listas de cláusulas encontram-se organizadas, num segundo nível, dentro de cada uma das categorias resultantes da classificação anteriormente referida, em função da intensidade da proibição. Distinguem-se, assim, as denominadas listas negras, que integram cláusulas absolutamente proibidas (arts. 18.º e 21.º), e as designadas listas cinzentas, que incluem cláusulas relativamente proibidas (arts. 19.º e 22.º).

A qualificação de uma cláusula como abusiva determina a sua nulidade (art. 12.º), independentemente de resultar da cláusula geral ou de uma das listas. A nulidade pode, por um lado, ser invocada a todo o tempo, não se admitindo sequer um prazo de preclusão demasiado curto ⁽²⁷⁾, e, por outro lado, respeitado o princípio do contraditório ⁽²⁸⁾, ser declarada oficiosamente pelo tribunal ⁽²⁹⁾, salvo oposição do aderente, incluindo num processo de insolvência ⁽³⁰⁾, num processo executivo em que o título seja uma sentença arbitral ⁽³¹⁾ ou um requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta a fórmula executória ⁽³²⁾ ou num recurso de “um despacho proferido por uma autoridade não jurisdicional”, caso em que não pode ser limitada a apresentação de novos meios de prova ⁽³³⁾.

Não deve, contudo, admitir-se a invocação pelo predisponente, uma vez que a norma se destina a proteger exclusivamente o interesse do aderente. Aponta neste sentido o art. 13.º, quando confere ao aderente a opção entre declarar a nulidade do contrato ou mantê-lo, expurgado da cláusula proibida. Optando o aderente pela manutenção do contrato, será aplicável, para colmatar o vazio deixado pela cláusula inválida, a norma supletiva respetiva, com recurso, se

⁽²⁷⁾ Ac. do TJUE, de 29/10/2015 (C-8/14, *BBVA*); Ac. do TJUE, de 17/5/2022 (C-600/19, *Unicaja Banco*); Ac. do TJUE, de 8/9/2022 (C-80/21 a C-82/21, *D.P.B.*).

⁽²⁸⁾ Ac. do TJUE, de 30/5/2013 (C-488/11, *Asbeek Brusse e de Man Garabito*).

⁽²⁹⁾ Ac. do TJUE, de 9/11/2010 (C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*); Ac. do TJUE, de 16/11/2010 (C-76/10, *Pohotovost*); Ac. do TJUE, de 9/7/2015 (C-348/14, *Bucura*); Ac. do TJUE, de 17/5/2018 (C-147/16, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*); Ac. do TJUE, de 20/9/2018 (C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring*); Ac. do TJUE, de 4/6/2020 (C-495/19, *Kancelaria Medius*).

⁽³⁰⁾ Ac. do TJUE, de 21/4/2016 (C-377/14, *Radlinger e Radlingerová*).

⁽³¹⁾ Ac. do TJUE, de 28/7/2016 (C-168/15, *Tomášová*).

⁽³²⁾ Ac. do TJUE, de 18/2/2016 (C-49/14, *Finanmadrid EFC*); Ac. do TJUE, de 13/9/2018 (C-176/17, *Profi Credit Polska*); Ac. do TJUE, de 20/9/2018 (C-448/17, *EOS KSI Slovensko*); Ac. do TJUE, de 17/5/2022 (C-725/19, *Impuls Leasing România*); Ac. do TJUE, de 17/5/2022 (C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503*); Ac. do TJUE, de 30/6/2022 (C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*).

⁽³³⁾ Ac. do TJUE, de 22/9/2022 (C-335/21, *Vicente*).

necessário, às regras de integração do negócio jurídico (art. 13.º-2), discutindo-se se esta regra contraria o direito europeu ⁽³⁴⁾.

Determinado o caráter abusivo de uma cláusula, o juiz deve afastar a sua aplicação, não podendo limitar-se a reduzir o seu impacto ⁽³⁵⁾.

A declaração de nulidade produz efeitos retroativos, nos termos gerais ⁽³⁶⁾.

Como se pode verificar, o regime português é, no papel, muito protetor do consumidor. Em regra, as cláusulas são excluídas dos contratos celebrados por não terem sido cumpridos os deveres de comunicação e de esclarecimento. Recorrendo à letra do art. 5.º-2 do DL 446/85, na generalidade dos casos, uma pessoa que “use de comum diligência” não toma “conhecimento completo e efetivo” das cláusulas, o que tem como consequência a sua inaplicabilidade aos contratos celebrados. Mesmo que as cláusulas sejam comunicadas e esclarecidas adequadamente, há um mecanismo eficaz de controlo do seu conteúdo, que permite ao consumidor ou ao tribunal, se o consumidor não tiver detetado o problema, afastar a aplicação das cláusulas. Na prática, o regime é muito pouco aplicado, o que leva a que muitas cláusulas, apesar de inexistentes ou ineficazes, percorram o seu caminho sem ser colocadas em causa. É esta a causa da perceção geral de que, num contrato de seguro, a gente (i.e., o consumidor) nunca tem razão, como canta JORGE PALMA.

V. CONCLUSÃO

Estranhamente, não são muitas as canções que abordam os problemas do consumo, apesar de o consumo ser uma das atividades que mais colocamos em prática no nosso dia a dia. Consumirmos todos os dias, várias vezes por dia, mas o tema não é tão *sexy* como outros

⁽³⁴⁾ Ac. do TJUE, de 30/4/2014 (C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*); Ac. do TJUE, de 3/10/2019 (C-260/18, *Dziubak*); Ac. do TJUE, de 25/11/2020 (C-269/19, *Banca B.*); Ac. do TJUE, de 31/3/2022 (C-472/20, *Lombard Lízing*); Ac. do TJUE, de 8/9/2022 (C-80/21 a C-82/21, *D.P.B.*).

⁽³⁵⁾ Ac. do TJUE, de 30/5/2013 (C-488/11, *Asbeek Brusse e de Man Garabito*); Ac. do TJUE, de 8/9/2022 (C-80/21 a C-82/21, *D.P.B.*).

⁽³⁶⁾ Ac. do TJUE, de 21/12/2016 (C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*). Quanto às despesas com advogados, v. Ac. do TJUE, de 7/4/2022 (C-385/20, *Caixabank*), e Ac. do TJUE, de 22/9/2022 (C-215/21, *Servicios prescriptor y medios de pagos EFC*).

e, como nas canções, não nos preocupamos muito com as *chatices* que resultam de práticas menos corretas dos profissionais.

Coloquei neste texto três exemplos de canções que, contra a tendência dominante, afloram questões de direito do consumo, chamando a atenção para três aspetos com grande relevância prática e teórica.

Em primeiro lugar, o direito do consumo e as questões de sustentabilidade têm de ser, cada vez mais, trabalhadas em conjunto. Alguns princípios e figuras estruturantes do direito do consumo, com o direito de arrependimento, começam a ser colocados em causa. O próprio direito do consumo, construído em grande parte para dar confiança ao consumidor para consumir mais em menos tempo, colide com a necessidade de menos consumo do planeta para a sua subsistência.

Em segundo lugar, temos assistido nos últimos anos a um acréscimo muito significativo dos deveres de informação a cargo dos profissionais, que leva a uma *overdose* de informação do consumidor. O efeito é a saturação do consumidor, que o leva, na prática, a não ser esclarecido sobre nada. O sistema ideal seria aquele em que o consumidor fosse informado e esclarecido do que é efetivamente importante para si. Num contexto global em que os dados e o seu tratamento dominam, admite-se que não seja muito difícil criar um sistema que resolva este problema. Para isso, é necessário, no entanto, que os profissionais tenham interesse no esclarecimento dos consumidores.

Em terceiro lugar, é muito importante garantir uma aplicação efetiva do DL 446/85, tornando mais transparentes as cláusulas incluídas em contratos de adesão, ou seja, contratos em que uma das partes consegue definir todas as regras. Para tal, sugere-se mais fiscalização pelos consumidores, pelas entidades reguladoras, pelo Ministério Público e pelos tribunais.

