

João Alves

Comentário à proposta de alteração da Diretiva 1993/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores



VERBOjurídico®

Comentário à proposta de alteração da Diretiva 1993/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores

JOÃO ALVES
Mestre em Direito
Procurador da República

Resumo

Análise da proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho visando alterações em quatro diretivas de proteção dos consumidores (Bruxelas, 11/4/2018 COM(2018) 185 final), apresentada em 11/4/2018.

Foi apresentada em 11/4/2018 uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho visando alterações em quatro diretivas de proteção dos consumidores (Bruxelas, 11/4/2018 COM(2018) 185 final):¹

- a) Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.
- b) Diretiva 2011/83/UE relativa aos direitos dos consumidores.
- c) Diretiva 1993/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.
- d) Diretiva 98/6/CE relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores.

Os fundamentos gerais das alterações propostas residem na necessidade de modernização, melhor aplicação e cumprimento da legislação.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:185:FIN>

Em termos genéricos, entendo que as alterações são necessárias e positivas para dotar o sistema legal de proteção dos consumidores de maior qualidade e eficácia.

No que respeita à proposta de alteração da Diretiva 1993/13/CEE, a mesma (art. 3º) consiste no aditamento de um novo artigo relativo a penalidades (art. 8º-B), similar ao constante no art. 13º da Diretiva 2005/29/EC (práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno).

A Diretiva 2005/29/EC foi transposta para o direito interno pelo DL 57/2008, de 23/9 (alterado pelo DL 205/2015, de 23/9), constando no seu Capítulo III o respetivo regime sancionatório (arts 19º a 22º). A estrutura deste Capítulo foi organizada da seguinte forma: definição das autoridades administrativas competentes e deveres de cooperação (art. 19º), legitimidade, elenco, requisitos de aplicação e tribunal competente para o recurso (art. 20º), condutas tipificadas como contraordenações (art. 21º) e prova (art. 22º).

No direito interno, o regime jurídico² das cláusulas contratuais gerais (CCG) encontra-se regulado no DL 446/1985, de 25/10, alterado pelo DL 220/1995 de 31/8 (por força da Diretiva 1993/13/CEE de 5/4), objeto da Declaração de Retificação nº 114-B/1995 de 31/8, e novamente alterado pelo DL 249/1999 de 7/7. A estas alterações acrescem as operadas pelo art. 24º do DL 323/2001 de 17/12, respeitante à conversão de escudos para euros (art. 29º, nº 2 e 33º, nº 1 do DL 446/1985) e o Regulamento Custas Processuais (art. 25º, nº 1 do DL 34/2008 de 26/2), que revogou a isenção de custas constante da parte final do art. 29º, nº 1 do DL 446/1985.

As cláusulas contratuais gerais são «*proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adoptou*».^{3 4}

² Outros diplomas estipulam a nulidade de cláusulas contratuais abusivas, por exemplo:

- O art. 10º, nº 1 do DL 67/2003, de 8/4 (venda de bens de consumo e garantias).

- O art. 29º, nº 1 do DL 24/2014, de 14/1 (contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento).

³ Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, Coimbra, 2000, pág. 118.

⁴ Embora se trate muitas vezes de designar de forma diferente o mesmo processo, a «*fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais*» - Monteiro, António Pinto, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, Estudos de Direito do Consumidor*, nº 3, Coimbra, 2001, pág. 136.

«*Falamos de contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais porque entendemos, para este efeito, que o regime será o mesmo ... o regime instituído, em Portugal, pelo Decreto-Lei nº 446/85, sobre cláusulas contratuais gerais ... aplica-se, neste caso, a todos os contratos de adesão, isto é, mesmo àqueles que não sejam formados através de cláusulas contratuais gerais*», Monteiro, António Pinto, *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual, Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, Universidade Católica, 2002, pág. 293.

Ao nível do conteúdo (fiscalização), o DL 446/85 submete as CCG a um sistema de controlo que pode ser *incidental*, no âmbito de um litígio referente a CCG de um contrato celebrado entre determinado utilizador e o aderente, por via de ação interposta pelo aderente de CCG, por exemplo para pedir a declaração de nulidade de certa cláusula ou por via de exceção em contestação a ação interposta pelo utilizador de CCG.

O *controlo abstrato* (ou preventivo) é levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares, trata-se do recurso à ação inibitória em que se pretende que os utilizadores de CCG sejam condenados a abster-se do seu uso. A ação inibitória visa tutelar interesses coletivos e difusos e tem uma estrutura processual (legitimidade, caso julgado) diferente do regime geral do CPC, pois pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de facto negativo – não utilização ou não recomendação de CCG proibidas.

O controlo administrativo (previsto em legislação especial) é exercido preventivamente por órgão(s) incumbido(s) de fiscalizar as minutas das CCG que o predisponente pretende impor nos contratos que vier a celebrar no futuro, sendo exemplos, o art. 207º, nº 2, al. a) e b) do DL 486/1999, de 13/11 (Código dos valores mobiliários) e o art. 48º, nº 18 e 20 da Lei 5/2004, de 10/2 (Lei das comunicações eletrónicas).

Na verdade, o DL 446/1985 não previu um regime sancionatório, o “enforcement” foi confiado à possibilidade de publicidade da sentença (art. 30º, nº 2), à proibição provisória de CCG abusivas (art. 31º), a um regime especial do caso julgado (art. 32º), de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória (art. 33º) e à existência de um registo das cláusulas abusivas constantes de decisões transitadas em julgado (art. 34º).

A vigência de mais de 30 anos do diploma, apesar de um número significativo de ações inibitórias intentadas⁵ revela que o problema das cláusulas abusivas dos contratos nunca esteve minimamente controlado, ou seja, existe um problema de eficácia do diploma. Os obstáculos na instrução e consequente demora na propositura de ações e sobretudo, as dificuldades na proibição provisória⁶ de cláusulas contratuais abusivas, providência cautelar prevista no art. 31º do DL 446/85, acrescido da morosidade revelada pela tramitação judicial destas ações, retiraram eficácia ao controlo judicial das cláusulas contratuais abusivas. Em virtude da natureza das ações

⁵ O registo das cláusulas declaradas nulas permite ter uma ideia da dimensão do problema e pode ser consultado no site: <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>

⁶ «1 - Quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no presente diploma, podem as entidades referidas no artigo 26.º requerer provisoriamente a sua proibição.

2 - A proibição provisória segue, com as devidas adaptações, os termos fixados na lei processual para os procedimentos cautelares não especificados».

inibitórias a tutela cautelar é imprescindível para conferir efetividade aos direitos dos consumidores, «o tempo que sempre envolve uma demanda judicial pode pôr em causa a protecção efectiva dos aderentes a cláusulas contratuais gerais. Justifica-se, portanto, o meio de tutela provisória cuja disciplina é fixada por remissão para as disposições das providências cautelares não especificadas».⁷

A tutela cautelar está prevista no art. 31º do DL 446/1985, no entanto, a jurisprudência portuguesa tem tomado duas posições:⁸ exigindo a verificação dos mesmos requisitos que os procedimentos cautelares comuns (arts. 362º a 376º do CPC) ou entendendo que a exigência dos requisitos dos procedimentos cautelares previstos no CPC tem que ser efetuada com as devidas adaptações (adaptações essas que o art. 31º nº 2 do DL 446/1985 exige), centrando-se a questão no requisito do prejuízo irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

No presente, a intervenção do Ministério Público (MP) neste contencioso ocorre maioritariamente nos Tribunais cíveis⁹ e pode assumir várias formas:

Em primeiro lugar, através da instauração de ação inibitória destinada «a obter a condenação a abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais» (art. 26º, nº 1, do DL 446/1985).

Em segundo, através da instauração da ação inibitória prevista no art. 10º, nº 1, al. b) da Lei 24/1996 de 31/7. Esta ação inibitória destina-se a «prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente ... Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas».

Em terceiro, o MP intervém em ações, contestações ou embargos em representação de ausentes, incertos ou incapazes (arts. 21º, 22º e 23º do CPC). Neste caso, ao contrário do que acontece nas ações inibitórias, que são ações coletivas, estamos perante a defesa de interesses individuais/concretos, constituindo também uma fonte de obtenção de informação para instaurar eventuais ações inibitórias.

Em quarto lugar, existe no MP um atendimento ao público em todas as jurisdições. Esta função não consta expressamente das competências do MP, mas é enquadrada enquanto manifestação do direito de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça e de articulação entre os meios formais e informais de resolução de conflitos.

⁷ Costa, Mário Júlio de Almeida e Cordeiro, António Menezes, Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL 446/85 de 25/10, Almedina, 1993, pág. 62

⁸ Vide, Direitos do Consumidor, DECO, 2003, pág. 37.

⁹ E em menor número nos Tribunais administrativos, por exemplo, os contratos de concessão de serviços de interesse geral subsumem-se em toda a sua disciplina e para todos os efeitos ao direito do consumo (Ac. do STA de 26/9/2006, proc. 014/06, www.dgsi.pt).

Por último, o MP tem legitimidade para intentar ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores a nível comunitário (art. 5º, nº 5, da Lei 25/2004)¹⁰, matéria também objeto de uma proposta de revisão.¹¹

No futuro, face à proposta apresentada e à implementação do Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12/12/2017 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores e que revoga o Regulamento (CE) 2006/2004, novos desafios vão surgir com vista ao controlo das cláusulas contratuais abusivas.

Caso a solução a adotar seja similar à constante do DL 57/2008, de 23/9, tal constitui a implementação, em geral, de um controlo administrativo e, serão introduzidas contraordenações no DL 446/85, o que terá vantagens:

- A parcial desjudicialização da sua aplicação.
- Imediação, flexibilidade e meios das entidades administrativas.
- Efeito preventivo resultante do valor das coimas e sanções acessórias.

Todavia, não são de descurar algumas desvantagens, embora suscetíveis de serem mitigadas:

- Deslocamento da litigância para a área criminal, quando os recursos da aplicação das coimas e sanções acessórias são julgados nos Juízos locais criminais/pequena criminalidade (art. 130º, nº 2, al. d) e nº 4, al. b) da Lei 62/2013, de 26/8).

- Aumento da litigância resultante do poder económico dos predisponentes de CCG e do reduzido valor da taxa de justiça devida pela impugnação das decisões das entidades administrativas, ainda que corrigida a final (art. 8º, nº 7 e tabela III do Regulamento de Custas processuais – podendo atingir um máximo de 5 UC). Na verdade, tomando por referência o valor das coimas constantes do art. 21º do DL 57/2008 e o custo máximo da taxa de justiça devida pela impugnação das decisões das entidades administrativas, claramente compensa litigar.

- Aumento de litigância nos Tribunais administrativos resultante da tentativa de, através de providência cautelar, suspender o ato administrativo que aplica a medida cautelar.¹²

¹⁰ Trata-se do diploma que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2018%3A96%3AFIN>

¹² Como exemplos, podem ser consultados:

- O Ac. do TCA Norte de 20/11/2011, proc. 02968/10.0BEPRT:

Por outro lado, ocorrerão alterações dos métodos de trabalho do MP, mantendo-se o controlo judicial das CCG, é claro que o controlo administrativo é mais célere e as medidas cautelares bastante eficazes para cessar a existência de cláusulas abusivas, perdendo relevância a instauração¹³ de ações inibitórias. Um exemplo, se o MP tiver conhecimento de uma cláusula abusiva, deverá dar conhecimento à respetiva entidade administrativa e, apenas no caso de não atuação ou não acatamento das medidas tomadas pela entidade administrativa recorrer à proibição provisória/ação inibitória.

Em conclusão, face à proposta apresentada de revisão da Diretiva 1993/13/CEE e à implementação do Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12/12/2017, para além da introdução do regime sancionatório, importa também ponderar na futura revisão do DL 446/1985:

1º. Estipular qual o Tribunal comum competente para o recurso das contraordenações e medidas cautelares. Julgo ser de manter a solução constante do art. 28º do DL 446/1985 relativamente ao Tribunal competente para a ação inibitória - o tribunal da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado ou, não se situando ele em território nacional, o da comarca da sua residência ou sede; se estas se localizarem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas.

2º. Atualizar o art. 29º, nº 1, pois já não existe a forma de processo sumário no CPC e a isenção de custas terminou com o Regulamento Custas Processuais (art. 25º, nº 1 do DL 34/2008 de 26/2).

3º. Reformular o art. 31º de forma a permitir uma efetiva aplicação prática da providência cautelar de proibição provisória de cláusulas contratuais gerais.

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/6E3EB19B30551DC48025786B00379A02>

- O Ac. do TCA Sul de 21/4/2016, proc. 12904/16:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/e758ba3fe162e20080257fb7003e0ff5?OpenDocument>

¹³ Ac. do STJ de 6/10/2016, proc. 1946/09.6TJLSB.L1.S1, www.dgsi.pt, «VI - Estando a acção inibitória vocacionada para o futuro e tendo sido já legislado – cfr. DL 240/2006, de 22-12 – no sentido da proibição de cláusulas contratuais como aquela cuja nulidade está pedida não faz sentido que o tribunal se pronuncie sobre um perigo já prevenido por lei e como tal devidamente sancionado através de uma coima.

VII - A instância extinguir-se-á por falta de interesse em agir sendo a ré absolvida da instância».

Ac. da Relação de Lisboa de 29/1/2015, proc. 6040/11.7TBOER.L1-6, www.dgsi.pt «Não existindo necessidade de proibir a inclusão nos contratos de cláusulas que a ré já não usa, falta ao MºPº interesse em agir».

Lisboa, 19/4/2018

João Alves

Procurador da República

Mestre em Direito

Coordenador do Gabinete de Interesses Difusos e Coletivos da PGR

JOÃO ALVES

Portal Verbo Jurídico | 05-2018