

INVALIDIDADES EM CONTRATOS DE CONSUMO *

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA**

SUMÁRIO I — Fundamentos de invalidade 1. Incapacidade de exercício 2. Insuficiência de forma 3. Vícios na formação a) Irrelevância do *dolus bonus* b) Limitação do regime do erro na venda de coisa defeituosa c) Regime do erro em contratos celebrados com a intervenção de computadores d) Delimitação da relevância do erro de direito e) Engano, coação, assédio e influência indevida 4. Vícios de conteúdo a) Cláusulas abusivas em contratos de adesão b) Usura financeira c) Incompletude d) Outras ilegalidades e) Fraude à lei II — Especialidades do regime da invalidade 1. Invocabilidade. 2. Redução do contrato. 3. Modificação do contrato. 4. Invalidade e ineficácia por conexão.

RESUMO. Este artigo trata das regras especiais das invalidades dos contratos de consumo. Os contratos de consumo são contratos de direito privado regulados por regime especial. Na falta deste, aplicam-se as regras do direito comum. Procura-se aqui descobrir diferenças e conexões entre aquelas regras especiais e as regras gerais.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de Consumo; Invalidade.

ABSTRACT. This essay is about the special rules on invalidities of consumer contracts. Consumer contracts are contracts of private law regulated by a special regime. In the absence of this regime, the common private rules apply. I try to discover differences and connections between those special rules and general rules.

KEYWORDS: Consumer Contracts; Invalidity.

* Dedico este artigo ao Jorge Pegado Liz, que, em escritos e em funções institucionais, muito tem contribuído para construção do direito europeu do consumo. Agradeço ao Doutor Jorge Morais Carvalho a revisão deste texto e as pertinentes observações que fez.

** Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Os contratos de consumo são contratos de direito privado com regime especial. Na falta deste, aplica-se em regra o direito civil, como direito privado comum. Os contratos de consumo são também geralmente atos de comércio mistos (artigo 99º do Código Comercial), mas, nessa qualidade, só se lhe aplicam as regras de direito comercial que não contrariem as normas especiais de proteção e os direitos dos consumidores consagrados no artigo 60º da Constituição.

Neste artigo, só tratarei de regimes especiais de invalidez¹, ainda que, quando necessário, com o respetivo enquadramento no regime do direito comum. Uma parte do texto seguinte resulta de extratos de outras obras minhas², que me dispense de citar especificamente. O interesse que me move, e aquele que espero despertar, consiste na concentração do tema em torno dos contratos de consumo³.

Abordarei sucessivamente os fundamentos de invalidez em contratos de consumo por incapacidade de exercício, insuficiência de forma, vícios na formação (com destaque para o erro) e vícios de conteúdo. Concluo com o registo de outras especialidades do regime da invalidez.

I — FUNDAMENTOS DE INVALIDIDADE

1. INCAPACIDADE DE EXERCÍCIO

Os menores e os maiores acompanhados podem celebrar pessoal e validamente contratos próprios da sua vida corrente (Código Civil, artigos 127º, nº 1, alínea b, e 147º, nº 1). Mas, como se especifica para os menores e será geralmente extensivo para os maiores acompanhados, a validade de tais contratos, que são normalmente contratos de consumo, está restrita a contratos que “só impliquem despesas ou disposição de bens de pequena importância”.

1 Com uma referência também à ineficácia no ponto II.4.

2 *Contratos V. Invalidez*, 2ª ed., Coimbra, 2020, e, antes, *Direito do Consumo*, Coimbra, 2005.

3 Ver também J. MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada*, Coimbra, 2012, p. 89 ss, sobre invalidez e outras “consequências da contrariedade a uma norma imperativa”.

Conclui-se assim que são anuláveis (artigos 125º e 154º, nº 1) os contratos de consumo que não sejam de baixo valor e os contratos de crédito ao consumo em que intervenham pessoalmente menores e maiores acompanhados, estes se o âmbito do acompanhamento não os admitir (cfr. artigo 145º do mesmo Código).

Excluídos da capacidade dos menores estão os contratos para a aquisição de tabaco e de bebidas alcoólicas⁴.

2. INSUFICIÊNCIA DE FORMA

A nulidade é a sanção comum para a insuficiência do nível formal exigido por lei (artigo 220º do Código Civil). São múltiplas as concretizações para os contratos de consumo.

Para a constituição e a modificação do direito real de habitação periódica a lei exige escritura pública ou documento particular autenticado (Decreto-Lei nº 275/ 93, de 5 de agosto, com alterações, artigos 6º, nº 1, e 7º, nº 1). “A oneração ou a transmissão por ato entre vivos de direitos reais de habitação periódica faz-se mediante declaração das partes no certificado predial, com reconhecimento presencial das assinaturas do constituinte do ónus ou do alienante” (artigo 12º, nº 1). “Os contratos-promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica [...] devem ser reduzidos a escrito” (artigo 17º, nº 1). “O contrato de transmissão de direitos de habitação turística é celebrado por escrito” (artigo 48º, nº 1, todos do mesmo diploma).

“O contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é reduzido a escrito”⁵ (artigo 9º, nº 1, do Decreto-Lei nº 24/2014, de 14 de fevereiro). Em contrato celebrado pelo telefone, em que o primeiro contacto não é da

4 Para o tabaco, artigo 15º da Lei nº 37/2007, de 14 de agosto. Para bebidas alcoólicas espirituosas, a proibição abrange todos os menores; para todas as bebidas alcoólicas, a proibição aplica-se a menores com menos de 16 anos e quem se apresente notoriamente embriagado ou aparente possuir anomalia psíquica (Decreto-Lei n.º 50/2013, de 16 de abril, artigo 3º, nº 1).

5 Pode aqui hesitar-se se se trata de forma *ad substantiam* ou *ad probationem*, mas a *ratio legis* aponta para a primeira solução e a consequente nulidade, se a forma não for observada (assim também MORAIS CARVALHO & PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, Coimbra, 2014, p. 86; C. LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, Revista de Direito Civil, 2016, nº 4, p. 861 ss, p. 901).

iniciativa do consumidor, este “só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços” (artigo 5º, nº 7, do mesmo Decreto-Lei), isto é, a declaração contratual do consumidor deve ser feita por escrito.

Em todos estes casos, a palavra “escrito” significa, conforme tradição no direito português, documento particular, escrito e assinado (artigo 373º, nº 1, do Código Civil), ao qual equivale a assinatura eletrónica certificada⁶, raramente usada em contratos de consumo. Noutros casos, que têm em conta diversificadas tecnologias de comunicação, a assinatura manuscrita e mesmo o suporte escrito já não são exigíveis. Assim:

“Os contratos de crédito [ao consumo] devem ser exarados em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade”⁷, sob pena de nulidade (artigos 12º, nº 1, e 13º, nº 1, do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho). Nos contratos celebrados à distância, o conteúdo da proposta ou do convite a contratar da iniciativa do fornecedor deve ser comunicado “de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada”, e a celebração do contrato deve ser confirmada em suporte duradouro⁸ (citado Decreto-Lei nº 24/2014, artigos 4º, nº 1, 5º, nº 1, e 6º, nº 1).

Os utilizadores de comunicações eletrónicas têm direito a “dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato, de informação escrita sobre as condições de acesso e utilização do serviço” (Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro, artigo 39º, nº 1, alínea b); nos contratos celebrados para a utilização de redes de comunicações públicas ou de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público deve constar, de forma clara, exaustiva

6 Artigo 3º do Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de agosto, e artigo 26º, nº 2, do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de janeiro.

7 Os requisitos da legibilidade e da entrega de um exemplar (cfr. nº 2) são dificilmente compatíveis com forma que não seja a escrita (J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª ed., Coimbra, 2020, p. 440). No mesmo sentido, se pode mencionar a extensão dos elementos componentes do contrato, necessários segundo o nº 3. A assinatura é referida no nº 2. Parece então que, apesar do fraseado “moderno”, o que se exige afinal é um documento escrito, com o sentido tradicional do Código Civil.

8 Neste ato de confirmação, a forma é *ad probationem*.

9 Entenda-se também como referência a propostas ou a convites a contratar da iniciativa do fornecedor.

e facilmente acessível um conjunto muito extenso e complexo de elementos (descritos nas 14 alíneas do artigo 49º, nº 1, da mesma Lei).

A uma boa parte destes textos legais aplica-se o artigo 26º, nº 1, do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de janeiro, segundo o qual: “As declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”. Para os casos residuais em que não há declaração eletrónica, a gravação áudio ou vídeo e até o papel sem assinatura podem servir de suportes equivalentes ao escrito clássico.

Tudo depende afinal de uma apreciação casuística ou padronizada sobre a fidedignidade, a durabilidade e a inteligibilidade do documento. Talvez se possa avançar mais, com fórmulas precisas como é, no direito alemão, a *Textform*, que compreende documentos escritos (mas não assinados) ou outros suportes duráveis nos quais se indique o nome do declarante e sejam reconhecíveis os limites textuais da declaração¹⁰. É aqui claro o retrato do *e-mail*. A fidedignidade dos documentos e a simplificação da assinatura eletrónica são questões técnicas em que não parece ser difícil a evolução.

Do ponto de vista jurídico, mantém-se intacta a regra da nulidade por insuficiência de forma. O que está a mudar, amplificando-o, é o conceito de documento particular.

Nalguns contratos de consumo, a contraparte do consumidor deve entregar a este um exemplar ou uma cópia do contrato (artigo 12º, nº 2, do Decreto-Lei nº 133/2009, sobre crédito ao consumo¹¹; artigo 9º, nº 2, do Decreto-Lei nº 24/2014, aplicável a contratos celebrados fora do estabelecimento; artigo 48º, nº 1, do Decreto-Lei nº 275/ 93, aplicável a contratos de transmissão de direitos de habitação turística).

Parece-me que este ato de entrega se qualifica também como uma questão de forma, porque, não integrando obviamente o conteúdo, comunga com a forma alguns dos seus objetivos determinantes: a prova, a segurança

10 BGB, § 126b; U. NOACK, *Elektronische Form und Textform*, Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch (org. Dauner-Lieb, Heidel, Lepa & Ring), Heidelberg, 2002, p. 441 ss.

11 Ver, a propósito, *Crédito ao consumo — ónus da prova da entrega de exemplar de contrato e abuso de direito de invocar a nulidade — Ac. do TRP de 14.11.2011, Proc. 13721/05*, anotado por MORAIS CARVALHO & MICAEL TEIXEIRA, *Cadernos de Direito Privado*, nº 42, 2013, p. 36 ss.

e a precisão das situações jurídicas¹². Nos contratos de consumo, a guarda de uma cópia é o modo prático de assegurar ao consumidor a lembrança dos seus deveres e direitos e um instrumento indispensável para os exercer. A justaposição textual, nos preceitos legais citados, das regras sobre a entrega de cópias com as regras sobre a exigência de documento escrito ou equivalente é um argumento sistemático que reforça esta qualificação.

A inobservância deste dever de entrega gera portanto nulidade, esteja ou não cominada expressamente¹³.

3. VÍCIOS NA FORMAÇÃO

Aos vícios na formação dos contratos de consumo aplicam-se, em princípio, as regras que, para os contratos em geral, são designadas na lei e na doutrina como vícios da vontade ou vícios do consentimento, mas que melhor se caracterizam, a meu ver, como vícios na decisão de contratar. Seguem-se as especialidades¹⁴.

a) Irrelevância do *dolus bonus*

Segundo o artigo 253º, nº 2, do Código Civil, “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concessões dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concessões”.

Este preceito, que admite o chamado *dolus bonus*, tem a marca de um passado em que o direito pactuava com certas práticas de ludíbrio e com a omissão

12 Cfr. o meu livro *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 6ª ed., Coimbra, 2017, nº 30.

13 A nulidade é expressa no artigo 13º, nº 1, do Decreto-Lei nº 133/2009, e é sustentada por MORAIS CARVALHO & PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 88, por ser incumprimento de um requisito formal. Mais duvidosa pode ser esta sanção nos contratos de transmissão de direitos de habitação turística, porque o Decreto-Lei nº 275/ 93, no artigo 54º, 2, alínea h), pune com coima a respetiva infração, “quando o vendedor tenha intervindo no exercício do comércio”, o que, se for aplicável o artigo 294º do Código Civil, poderá excluir a nulidade.

14 Não refiro a inadequada inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares nem o exercício do direito de arrependimento por serem fundamentos de ineficácia *stricto sensu*, não de invalidade.

de informação. Há muitos decénios que, para os contratos de consumo, um dolo benigno foi considerado como inadmissível por contrariar o princípio da lealdade na contratação e o direito à informação consagrados na legislação de proteção dos consumidores¹⁵.

Em relação a contratos com forte regulação protetora de uma das partes, assente na transparência de comportamentos e em deveres legais de informação a cargo da parte profissional (contratos de consumo, contratos de trabalho, contratos com intermediários financeiros), o *dolus bonus* caducou. Pode até dizer-se que a norma do Código Civil, quando aplicável a contratos de consumo, é inconstitucional por violação do artigo 60º da CRP.

b) Limitação do regime do erro na venda de coisa defeituosa

Na venda de bens de consumo, o conceito de desconformidade (entre a coisa como é e como devia ser) substituiu e ampliou o conceito de defeito. A conformidade com o contrato apura-se por um conjunto amplo de fatores, uns tradicionais, como a amostra, outros inovadores, como a publicidade.

A falta de conformidade unifica o que, antes, andava separado em institutos com variados, intrincados e por vezes indestrinçáveis nomes — o defeito, que englobava, mas distinguia, vícios da coisa (ocultos ou aparentes) e falta de qualidades (*peius*), qualquer deles, por sua vez, distintos da diferença de identidade (*aliud pro alio*) e da insuficiente quantidade (*minus*) — com aplicação de diferentes regimes: erro, incumprimento, garantia edilícia.

À entrega desconforme com o contrato de venda para consumo, de coisa específica ou de coisa genérica, aplica-se, no essencial, um regime próprio de incumprimento, com os consequentes remédios de reparação, substituição, redução do preço, resolução e indemnização (cfr. Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril, com alterações)¹⁶.

15 Assim no meu livro *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982, p. 182. J. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, 1979, p. 116, pronunciou-se contra o citado preceito, *de jure condendo*. Para J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, *Ações e factos jurídicos*, 2ª ed., Coimbra, 2003, p. 159, o *dolus bonus* só é compatível com considerações vagas, não com o engano específico.

16 O regime não sofrerá, sob este aspeto, alterações de monta com a transposição até 1 de junho de 2021 das Diretivas da União Europeia 2019/771, de 20 de maio, relativa aos contratos de compra e venda de bens, e 2019/770, da mesma data, sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

O regime jurídico do erro, tal como regulado nos termos do artigo 913º e seguintes do Código Civil, só se aplica se o defeito for detetado e denunciado antes da entrega¹⁷.

c) Regime do erro em contratos celebrados com a intervenção de computadores

O artigo 33º do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de janeiro¹⁸, com a epígrafe “contratação sem intervenção humana”, esclarece que “à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação”¹⁹. A ideia de “contratação sem intervenção humana”²⁰ não é feliz, porque o declarante é sempre uma pessoa humana; os computadores, com os seus programas, são máquinas de emissão de declarações.

Segundo o nº 2 do mesmo artigo, há erro na declaração, “se houver defeito de funcionamento da máquina (alínea b), e erro na transmissão, “se a mensagem chegar deformada ao seu destino” (alínea c). Segundo a alínea a), há erro “na formação da vontade, se houver erro de programação”. Esta equivalência não se impõe. O erro de programação pode ser erro na declaração, por exemplo, se o sinal emitido em consequência do programa, ou o seu significado, não corresponderem àquele que foi congeminado pelo programador ou por quem encomendou o programa.

Os erros causados no processo de computação inserem-se, como quaisquer outros, nalguma destas categorias de erro na declaração: erro no significante, se o declarante digita erradamente o sinal ou se este é transfigurado pelo computador; erro no significado, se o declarante não domina a linguagem ou os efeitos do programa informático que utiliza; erro na transmissão da declaração, se um destes erros resulta de deficiência comunicativa da máquina ou

17 Para mais desenvolvimentos, ver, além das obras citadas na nota 2, o meu livro *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, 2016, nº 14.

18 Que transpõe a Diretiva nº 2000/31/CE, de 8 de junho, relativa a serviços da sociedade da informação, em especial os relativos a comércio eletrónico.

19 A expressão “salvo quando este pressupuser uma atuação” parece-me dispensável e fonte de dúvidas desnecessárias. Julgo que o seu valor preceptivo é vazio, porque as declarações são sempre atuações.

20 Que a citada Diretiva não refere. A fonte de inspiração do direito português parece ser OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ações e factos jurídicos*, cit., p. 484 ss.

se é cometido na intervenção de auxiliar encarregado pelo declarante para efetuar a comunicação.

A parte útil do artigo circunscreve-se então apenas ao nº 3: “A outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução”.

Ou seja: se o contrato se formar através de duas declarações emitidas com a intervenção de computadores, o erro é relevante mesmo sem o requisito da cognoscibilidade para o declaratório da essencialidade do erro para o declarante²¹, se ao declaratório for exigível que se aperceba da provável existência de erro, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção.

Esta especialidade do regime do erro importa ao consumidor, participante em contrato celebrado com intervenção de computadores, porque é mais frequente que seja ele o contraente em erro e que caiba ao fornecedor o ónus da deteção do erro.

Não sendo a desculpabilidade do declarante requisito de relevância do erro no direito português, parece-me excessivo prescindir também, nas circunstâncias referidas, do requisito da essencialidade.

d) Delimitação da relevância do erro de direito

Em minha opinião, é necessário distinguir, no erro de direito, entre o erro sobre as normas e o erro sobre os efeitos das normas no contrato. Só este pode ser fundamento de anulação, verificados os requisitos dos artigos 247º e 251º do Código Civil.

Em consequência, o erro sobre o regime jurídico do contrato desfavorável ao errante-fornecedor é irrelevante, por exemplo, se este estiver equivocado sobre a garantia legal na venda para consumo.

Para sustentar este entendimento, destacam-se, entre outros argumentos, os princípios da igualdade entre contraentes e da concorrência, que contrariam a possibilidade de a aplicação da lei depender do conhecimento do errante. No exemplo dado, não seria correto que o vendedor de bens de

21 Requerida pelos artigos 247º e 251º, do Código Civil, respetivamente, para o erro na declaração e para o erro sobre os motivos referentes à pessoa do outro contraente ou ao objeto do contrato.

consumo respondesse ou não pelos defeitos da coisa vendida durante dois anos, conforme conhecesse ou ignorasse a respetiva regra.

e) Engano, coação, assédio e influência indevida

Os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis (artigo 14º, nº 1, do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março)²².

Selecionando neste diploma apenas os preceitos, ou parte deles, que são relevantes para este efeito, dir-se-á que são desleais as práticas enganosas e as práticas agressivas. São enganosas as práticas que induzam em erro o consumidor, mesmo sendo factualmente corretas, e são agressivas as práticas de assédio, coação e influência indevida, umas e outras se conduzirem o consumidor a tomar uma decisão de contratar, que de outro modo não tomaria (artigos 6º, 7º e 11º).

Estes fundamentos de anulação aproximam-se do erro, da coação e da usura, regulados no Código Civil, com os quais têm em comum o requisito da essencialidade, mas que não replicam pelas seguintes razões:

1ª Outros requisitos são menos exigentes para a anulação ou mais subtis;

2ª Além de conceitos, a regulação usa extensa exemplificação das práticas comerciais desleais, tornando mais precisa a malha dos comportamentos proibidos e, em consequência, dos que são suscetíveis de fundar a anulação do contrato;

3ª Aplicam-se apenas a contratos de consumo;

4ª Ao invés dos vícios descritos no Código Civil, as práticas comerciais desleais estão concebidas e descritas tendo em vista a aplicação primordial a declarações ou atuações dirigidas ao público em geral (v. g. a publicidade e promoções de massa) ou a determinados grupos de consumidores particularmente vulneráveis (cfr. artigo 6º, alínea a), embora se possam aplicar também a contratos com negociação individualizada; em qualquer caso, a anulação reporta-se, claro, a contratos singulares.

22 Este diploma, a que se referem os artigos citados nesta alínea e) sem outra indicação, transpôs a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de março de 2005, relativa às práticas comerciais das empresas face aos consumidores no mercado interno. Sobre a transposição, ver ASSUNÇÃO CRISTAS, *Concorrência desleal e proteção do consumidor: a propósito da directiva 2005/29/CE*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. 90 anos, Coimbra, 2007, p. 141 ss. A invalidade dos contratos é um efeito da iniciativa da legislação portuguesa, sobre a qual a Diretiva nada dispõe.

Estas diferenças não impedem o concurso virtual de normas daquele Decreto-Lei com normas do Código Civil, podendo o contraente que sofreu o vício optar por um regime ou por outro.

Concretizando as referidas especialidades em relação a cada uma das classes de práticas comerciais desleais:

A prática comercial enganosa difere do ato gerador de erro (tal como regulado no Código Civil) especialmente porque não é excluída com a declaração de factos verdadeiros (“com a verdade me enganas”), desde que a apresentação destes contribua para o insuficiente esclarecimento do consumidor, através de sugestão, omissão de desvantagens ou limitações, exagero ou descontextualização²³. Não há regime específico para o engano provocado por dolo, mas das listas exemplificativas resulta a exclusão do *dolus bonus*²⁴.

Para compreender o que é a coação enquanto prática comercial agressiva é natural que se parta do conceito subjacente ao regime da coação moral no Código Civil. Todavia, a partir de alguns dos exemplos que a lei em análise apresenta, conclui-se que a figura admite traços mais difusos. Como proferir injúrias (artigo 11º, nº 2, alínea b) e criar impressões (artigo 12º, alínea a) não são atos qualificáveis como ameaça (nem constituem assédio ou influência indevida), parece que a coação, enquanto prática comercial agressiva, pode também consistir numa mera sugestão de intimidação ou em ato ilícito gerador de humilhação, desde que causem constrangimento na decisão do contraente-consumidor.

A lei não define assédio. Conjugando o sentido comum da palavra com a definição do artigo 29º, nº 1, do Código do Trabalho e com os exemplos das alíneas b) e c) do artigo 12º, proponho o seguinte conceito de assédio

23 Ver exemplos no artigo 7º, nº 2, alínea a), no artigo 8º, alíneas e), p), r) e ab) e no artigo 9º, nº 1, alíneas a) e b).

24 Poder-se-á perguntar se esta afirmação não é contrariada pela frase final do artigo 5º, nº 3, da citada Diretiva 2005/29/CE, que diz: “Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”. Saliento porém que, além de a referência se limitar à publicidade, este trecho não foi transposto para o diploma português, do qual só consta, no preâmbulo, a seguinte frase: “O presente Decreto-lei não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”. Note-se em especial a omissão relativa à legitimidade da prática. Qualquer das frases trata, pela negativa, do âmbito de aplicação dos diplomas, sem conteúdo precetivo direto para as matérias reguladas. Não se ignora todavia que o direito português é, neste aspeto, menos permissivo do que alguns outros direitos europeus.

enquanto prática comercial agressiva: insistência persistente do comerciante, indesejada pelo consumidor, com o objetivo ou o efeito de constranger à celebração de um contrato.

As situações mais comuns são a abordagem na rua, no domicílio ou por comunicação à distância e em reuniões específicas, que coincidem com as circunstâncias da celebração de contratos fora do estabelecimento, também reguladas na lei a outro título e com outro regime. Por isso, um mesmo contrato pode ser anulável por assédio e revogável por arrependimento²⁵, podendo o consumidor optar por um ou outro destes direitos potestativos, se se verificarem os requisitos de ambos.

A influência indevida está definida no artigo 3º, alínea j), como “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”.

A figura é inspirada na *undue influence* dos direitos de *common law*²⁶. Na fórmula usada na lei em análise, basta a utilização de uma posição de poder de uma parte (o profissional) para pressionar a outra parte (o consumidor) a celebrar um contrato sem uma decisão esclarecida, sem necessidade de que esse poder seja causador de desequilíbrio no contrato celebrado (como se exige na usura regulada pelo artigo 282º, nº 1, do Código Civil). A mera celebração do contrato em situação de influência indevida é requisito mínimo para a sua anulabilidade. Pensa-se porventura em contratos equilibrados, mas supérfluos.

Na falta de exemplificação clara na lei, pode concretizar-se a influência indevida com a celebração de contratos financeiros por investidor não qualificado (ainda que não desvantajosos para este) sob influência do poder que, de facto, o gestor ou outro empregado bancário sobre ele exerce, de modo a limitar significativamente a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida.

25 Artigos 10º e 11º do Decreto-Lei nº 24/2014, de 14 de fevereiro.

26 A *undue influence* tem alguma semelhança com o “aproveitamento de uma situação de especial debilidade”, que, inspirado no direito francês (*abus de faiblesse*), não vinculava o consumidor, nos termos dos nºs 3 e 4 do artigo 28º do Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de abril, revogado pelo citado Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março.

4. VÍCIOS DE CONTEÚDO

a) Cláusulas abusivas em contratos de adesão

Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais são atualmente categorias da teoria geral do direito. A sua história, o seu desenvolvimento dogmático e a sua aplicação prática têm a principal raiz em contratos de consumo, de onde se propagaram para o direito comum. Há ainda sistemas jurídicos em que o regime legal permanece circunscrito a contratos de consumo.

No direito português, o essencial do regime é comum a quaisquer contratos, mas as listas, negra e cinzenta, de cláusulas abusivas são adicionais e mais exigentes para os contratos de consumo (artigos 21º e 22º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro). A consequência da proibição é a nulidade da cláusula (artigo 12º do mesmo diploma).

Atendendo à abundante literatura e jurisprudência sobre o tema, fica aqui apenas este breve apontamento.

b) Usura financeira

No artigo 282º, nº 2, do Código Civil, ressalva-se o regime especial estabelecido nos artigos 559º-A e 1146º do mesmo Código para a usura financeira, entendida como o excesso da taxa de juro estipulada em relação ao juro fixado por lei ou por instrumento habilitado por lei.

Para o crédito ao consumo, há regime próprio²⁷ aplicável à usura financeira, seja ou não credor uma instituição financeira. É havido como usurário, e portanto anulável, o contrato de crédito cuja taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) exceda em percentagens fixadas por lei a média da que tenha sido praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior. Na TAEG, a taxa de juro é o principal, mas não o único, componente. As taxas máximas admitidas são divulgadas pelo Banco de Portugal²⁸.

27 MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 408 ss.

28 Artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 42-A/2013, de 28 de março. Sobre diferentes soluções em diferentes Estados e a solução proposta no Anteprojeto do Código do Consumidor (limite máximo fixado por portaria), ver J. MORAIS CARVALHO, *Usura nos contratos de crédito ao consumo*, sub judice, nº 36, 2006, p. 35 ss (p. 40 ss).

É duvidoso que este modelo seja adequado para a repressão da usura, porque pressupõe concorrência efetiva, sem concertação²⁹, e controlo eficiente das práticas anticoncorrenciais. O método de cálculo das taxas de juro base pode ter o efeito indireto contraproducente de alinhamento das taxas praticadas pelas taxas máximas divulgadas³⁰. Corre-se ainda o risco de levar à letra a “aplicação apenas no momento da celebração do contrato” (citado artigo 28º, nºs 1, 2, 4 e 5), deixando livres as taxas de juro nas renovações³¹ (a meu ver mal, porque, para este efeito, cada renovação dever ser considerada como um novo e diferente contrato). Em consequência, este limite será pouco mais do que um eufemismo, que mantém no essencial, e mal disfarça, a liberalização das taxas de juro, sem ter em conta o custo real do refinanciamento e as margens de lucro razoáveis.

A atual complacência para com as taxas de juro praticadas por instituições financeiras é, apesar de tudo, contida por uma válvula de segurança, de verificação difícil, mas não impossível — a aplicabilidade, concorrente a todo o instituto da usura financeira, da regra geral sobre contratos usurários. Ainda que a taxa de juro do contrato se contenha dentro dos limites máximos ou esteja liberalizada, o contrato será usurário se, em concreto, a taxa for excessiva e se o acordo tiver sido obtido por exploração pelo credor de vulnerabilidade do devedor³².

c) Incompletude

A fixação de um elenco de cláusulas necessárias é cada vez mais utilizada na regulação de certas categorias de contratos sujeitos à forma escrita. A maioria dos exemplos de composição imperativa da estrutura do conteúdo encontra-se em contratos de consumo: contratos de crédito ao consumo, contratos

29 Ver observação semelhante em F. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, 2009, p. 119.

30 Em 2018, a taxa máxima para cartões de crédito ultrapassa 15%, quando as taxas de juro de referência do Banco Central Europeu andam à volta de 0%.

31 Cfr. M. CRISTINA PORTUGAL, *Taxas máximas de juro e limites da usura: o puzzle nacional*, Estudos de Direito do Consumo. Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, Lisboa, 2016, p. 380 ss (p. 391 ss).

32 É o que resulta do nº 2 do artigo 282º e o nº 4 do artigo 1146º, com a extensão do artigo 559º-A, aplicáveis por analogia a contratos de crédito ao consumo e a contratos com taxa de juro liberalizada.

celebrados fora do estabelecimento, contratos de habitação periódica e turística, contratos de viagem organizada³³, para os quais, com diferentes matizes, se impõe, designadamente, a identificação rigorosa do fornecedor, a descrição pormenorizada dos bens ou serviços de consumo a fornecer, a indicação precisa do preço total (com especial minúcia para a taxa de juro), do meio e das condições de pagamento pelo consumidor, do lugar e do prazo da prestação do fornecedor. Alguns dos preceitos legais imperativos vão ainda mais longe, impondo a menção no documento contratual de aspetos imperativos do regime. A imposição mais frequente respeita à faculdade de exercício do direito de arrependimento³⁴.

A imperatividade da estrutura do conteúdo usa uma de três técnicas legislativas de inserção dos elementos no contrato: num só documento subscrito pelas partes (declarações contratuais conjuntas); em declaração pré-contratual que virá a fazer parte do contrato, se este efetivamente se concluir; ou em documento pós-contratual *ad probationem*.

Estes requisitos de composição, reforçados por vezes com a exigência de entrega de cópia do contrato, têm várias finalidades, todas destinadas a compensar a presumida situação de desfavor em que se encontra um dos contraentes, no caso o consumidor:

— melhorar a consciência efetiva e a memória dos termos do acordo, tanto no que respeita à determinação precisa e completa dos seus objetos (bem de consumo e preço) como no que respeita a outras cláusulas relativas às circunstâncias do cumprimento e do incumprimento das prestações;

— facilitar a prova e aumentar a probabilidade de êxito no exercício de pretensões pelo consumidor;

— restringir o alcance da aplicabilidade de normas supletivas, em especial as que regulam o preço omissis (cfr. artigos 883º, 939º e 1211º, nº 1, do Código Civil), que podem ser surpreendentes ou desfavoráveis para o contraente leigo.

33 Respetivamente, Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho, artigo 12º, nºs 3 e 5, com referência também ao artigo 6º, nº 3, alíneas a) a g) e h); Decreto-Lei nº 24/2014, de 14 de fevereiro, artigo 9º, nº 1, com remissão para o artigo 4º; Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de agosto, artigos 18º, nº 1, e 48º, nº 5; Decreto-Lei nº 17/2018, de 8 de março, artigos 17º a 20º.

34 Decreto-Lei nº 133/2009, artigo 12º, nº 3, alínea h); Decreto-Lei nº 24/2014, artigo 4º, nº 1, alínea j), aplicável por remissão do artigo 9º, nº 1; Decreto-Lei nº 275/93, artigo 18º, nº 1, alínea e).

A violação de regras legais imperativas sobre a composição da estrutura do conteúdo do contrato tem consequências e nitidez variáveis.

A nulidade é explícita em relação a qualquer omissão em contratos celebrados fora do estabelecimento (artigo 9º, nº 1, do Decreto-Lei nº 24/2014) e às omissões mais relevantes em contratos de crédito ao consumo (artigo 13º, nºs 1 e 2 do Decreto-Lei nº 133/2009, que refere, por exemplo, a omissão da duração do contrato, da taxa de juro nominal e da TAEG, isto é, taxa anual de encargos global).

A anulabilidade é a sanção explícita para omissões menos relevantes em contratos de crédito ao consumo (artigo 13º, nº 3 do Decreto-Lei nº 133/2009, que se aplica, por exemplo, à omissão da taxa de juro de mora e da faculdade de exercício do direito de arrependimento) e para algumas omissões no contrato de transmissão de direitos de habitação turística (artigo 48º, nº 5, do Decreto-Lei nº 275/93).

Nos contratos celebrados à distância, o artigo 5º, nº 8, do Decreto-Lei nº 24/2014, diz que o consumidor não fica vinculado ao contrato se faltar algum dos elementos mencionados no nº 5 do mesmo artigo, mas nada diz quanto aos efeitos da omissão dos elementos mencionados no nº 2. Verifica-se facilmente que estes (por exemplo, as características essenciais do bem ou serviço) são mais relevantes do que aqueles (por exemplo, encargos eventuais de transporte), pelo que, fazendo o paralelo com o estabelecido nos nºs 1, 2 e do artigo 13º do Decreto-Lei nº 133/2009, a melhor solução parecer ser a nulidade, para a omissão dos elementos mencionados no nº 2, e a anulabilidade, para a omissão dos elementos mencionados no nº 5, ambos do artigo 5º do Decreto-Lei nº 24/2014³⁵.

Nos contratos-promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica, não se vê razão para não aplicar, por analogia, a anulabilidade decretada para algumas omissões no contrato de transmissão de direitos de habitação turística (ver artigo 18º, nº 1, e 48º, nº 5, do Decreto-Lei nº 275/93).

³⁵ No sentido da nulidade, por aplicação do artigo 280º, resultante da omissão dos elementos indicados no nº 5, mas sem resposta quanto à omissão dos elementos indicados no nº 2, MORAIS CARVALHO & PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, cit., p. 72.

Nos contratos de viagem organizada, a aplicação de coima é a única sanção legal expressa para a omissão de elementos do conteúdo (Decreto-Lei nº 17/2018, de 8 de março, artigo 46º, nº 4). Como este efeito é neutro para a validade ou invalidade do contrato em face do artigo 294º, parece-me — considerando contratos de consumo merecedores de proteção semelhante — que a omissão implica nulidade, pelo menos quando recaia sobre os elementos mais relevantes.

d) Outras ilegalidades

São vários os diplomas legais aplicáveis a contratos de consumo que, com ténues diferenças de redação, conferem imperatividade às suas prescrições e a consequente nulidade dos contratos ou das cláusulas contratuais que excluam ou limitem os direitos do consumidor (artigo 16º da Lei de Defesa do Consumidor nº 24/96, de 31 de julho; artigo 10º do Decreto-Lei nº 67/2003, sobre contratos de venda para consumo; artigo 29º do Decreto-Lei nº 24/2014, sobre contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial; artigo 26º do Decreto-Lei nº 133/2009, sobre crédito ao consumo; artigo 2º do Decreto-Lei nº 275/93, sobre habitação periódica).

Os três últimos diplomas contêm expressa indicação da irrenunciabilidade daqueles direitos. Os três primeiros diplomas salvaguardam o regime das cláusulas contratuais gerais. Com ou sem esta menção, a imperatividade aplica-se aos contratos de consumo mencionados, sejam de adesão sejam negociados individualmente.

Quanto à sanção para outras ilegalidades, é necessário distinguir. Se respeitarem ao conteúdo do contrato, acarretam nulidade por força do artigo 280º, nº 1, do Código Civil. Por exemplo, a estipulação do tempo de fidelização³⁶ por períodos superiores aos fixados pelos nºs 5 e 6º do artigo 48º da Lei nº 5/2004³⁷, é nula, apesar da omissão de cominação legal específica. A nulidade por ilegalidade do conteúdo só por lei de igual valor pode ser excluída, como

36 Sobre esta prática, J. MORAIS CARVALHO, *Reflexão sobre a cláusula relativa ao período de fidelização em contratos de consumo*, Estudos de Direito do Consumo. Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira, Lisboa, 2016, p. 333 ss.

37 Com a redação da Lei nº 15/2016, de 17 de junho.

sucedem com o artigo 9º, nº 5, do Decreto-Lei nº 67/2003, que, em relação a garantias voluntárias, excepciona o princípio da completude.

Se a desconformidade com lei imperativa não incidir sobre o conteúdo do contrato (nem sobre a forma ou a vícios na formação do acordo contratual, que têm regimes próprios), respeitando antes a outras circunstâncias envolventes do contrato, aplica-se o artigo 294º do mesmo Código que só determina a nulidade se outra solução não resultar da lei. Para este efeito, a ênfase na interpretação deve ser colocada no elemento teleológico da proibição e no âmbito da proteção da norma, em especial, o círculo de interesses e de pessoas protegidas.

Assim, será nulo o contrato que seja instrumento para a obtenção indevida de dados pessoais, mas será válido o contrato celebrado em horário ou local proibidos por razões de proteção da concorrência.

e) Fraude à lei

Apesar da omissão de um preceito geral, aceita-se normalmente que consequência do contrato em fraude a lei imperativa é a nulidade³⁸, por equiparação do ato em fraude à lei ao ato contrário à lei.

No âmbito do crédito ao consumo, o artigo 27º do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho, com a epígrafe “fraude à lei”, teve o cuidado de determinar a nulidade “das situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto” no respetivo diploma.

O nº 2 do mesmo artigo exemplifica com os seguintes casos: “a) O fracionamento do montante do crédito por contratos distintos; b) A transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do presente Decreto-lei em contratos de crédito excluídos do âmbito da aplicação do mesmo; c) A escolha do direito de um país terceiro aplicável ao contrato de crédito, se esse contrato apresentar uma relação estreita com o território português ou de um outro Estado membro da União Europeia”. Só a alínea b) corresponde ao exemplo constante do artigo 22º, nº 3, da Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril, que o citado Decreto-Lei transpôs.

38 Mas o ato em fraude pode também ser ineficaz para a aplicação da lei pretensamente chamada.

II — ESPECIALIDADES DO REGIME DA INVALIDADE

1. INVOCABILIDADE

Segundo a regra geral, a nulidade é invocável por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (artigo 286º do Código Civil). A lei consagra porém restrições e ampliações do âmbito desta legitimidade ativa, com o objetivo de proteção institucional de um dos contraentes.

Em contratos de consumo, a nulidade só pode ser invocada pelo consumidor, não pelo fornecedor (Lei de Defesa do Consumidor, artigo 16º, nº 2, preceito confirmado, para os contratos de crédito ao consumo, pelo artigo 13º, nº 5, do Decreto-Lei nº 133/2009³⁹, e para a venda para consumo pelo artigo 10º, nº 2, do Decreto-Lei nº 67/2003, e, embora sem preceito expreso, aplicável também aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial)⁴⁰. Esta opção do consumidor impede o conhecimento oficioso da nulidade.

Estas hipóteses de restrição da legitimidade para a invocação da nulidade têm sido designadas como nulidades relativas ou invalidades mistas, porque têm em comum com o regime da anulabilidade a limitação da legitimidade a pessoas em cujo interesse a lei a estabelece a invalidade (cfr. artigo 287º, nº 1, 1ª parte).

A ampliação da invocabilidade verifica-se em casos especiais justificados também pelo interesse público. Na ação popular⁴¹, em que, entre outros interesses, pode estar em causa a proteção do consumo, a legitimidade é atribuída a “quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses” protegidos, sem necessidade de demonstração de interesse na demanda. O pedido pode consistir na declaração de nulidade ou na anulação de um conjunto de contratos de consumo.

39 Sem distinção entre nulidade e anulabilidade.

40 Assim, MORAIS CARVALHO & PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, cit., p. 87.

41 Lei nº 83/95, de 31 de agosto; Código do Processo Civil, artigo 31º; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, 2003.

Técnica similar, embora menos ampla, é aquela que, para a ação inibitória⁴² de uso futuro de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, confere legitimidade às associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos e ao Ministério Público (oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou por solicitação de qualquer interessado), agindo no interesse de consumidores suscetíveis de virem a ser atingidos por cláusulas pretensamente proibidas (artigo 26º do citado Decreto-Lei nº 446/85).

2. REDUÇÃO DO CONTRATO

Com esta epígrafe, diz o artigo 292º do Código Civil: “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”.

Este juízo hipotético obstativo da redução é todavia substituído, em contratos de consumo, por opção livre do consumidor: “O consumidor pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas” (Lei de Defesa do Consumidor, artigo 16º, nº 3, aplicável a contratos de venda para consumo, conforme o artigo 10º, nº 2, do Decreto-Lei nº 67/2003, e reproduzido, no essencial, pelo Artigo 26º, nº 2, do Decreto-Lei nº 133/2009, sobre crédito ao consumo, e pelo artigo 14º, nº 3, do Decreto-Lei nº 57/2008, sobre práticas comerciais desleais, este com extensão a qualquer invalidade).

Semelhante é o regime em contratos de adesão, sejam os aderentes consumidores ou não, conforme dispõe o artigo 13º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro: “1 — O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas. 2 — A manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afetada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos”. O regime geral de redução do contrato só se aplica se esta faculdade não for exercida ou sendo-a, “conduzir a um desequilíbrio

⁴² Ação coletiva, espécie do género ação popular (acórdão do STJ de 2 de junho de 2011).

de prestações gravemente atentatório da boa fé” (artigo 14º do mesmo diploma legal). Parece-me que esta última parte da regra não se aplica a contratos de consumo, porque sobre ela prevalecem as disposições legais antes citadas.

3. MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

O Código Civil admite a modificação como meio de validação de negócios em algumas, poucas, situações (artigos 248º, 283º, 252º, nº 2).

Para contratos de consumo, há um caso adicional de modificação para recuperação da validade: o artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais, permite que, em vez da anulação, o consumidor requeira a modificação segundo juízos de equidade de contratos celebrados com engano, coação, assédio ou influência indevida.

4. INVALIDADE E INEFICÁCIA POR CONEXÃO

Esta consequência verifica-se nalgumas situações de relação sequencial ou de relação funcional entre contratos⁴³, como são a ineficácia da novação, se a obrigação primitiva for nula ou anulada (artigo 860º, nº 1), a invalidade da fiança, se não for válida a obrigação principal (artigo 632º, nº 1), a nulidade da cláusula penal, se for nula a obrigação principal (artigo 810º, nº 2, 2ª parte, todos do Código Civil).

Nestes casos, a dependência é unilateral, como unilateral é a repercussão na invalidade.

A dependência funcional bilateral ou recíproca está consignada para os contratos coligados de compra e de financiamento para consumo: a invalidade ou a ineficácia, total ou parcial, de um destes contratos repercute-se na invalidade ou ineficácia do outro, na mesma medida (artigo 18º,

43 Sobre este ponto, F. BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra, 2014, p. 207 ss.

nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho). Estas últimas palavras contemplam claramente a repercussão parcial, por redução do contrato. A repercussão recíproca da ineficácia inclui o incumprimento pelo vendedor ou pelo financiador⁴⁴.

⁴⁴ F. GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para consumo. Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coimbra, 2004.