



Manifesto contra a subversão do contrato

Margarida Lima Rego*

Introdução

Neste manifesto, insurjo-me contra a subversão do contrato no reconhecimento acrítico de natureza contratual à multiplicidade, cada vez mais absurda, de clausulados com que somos bombardeados. O fenómeno encontra o seu expoente nos aranzéis de que impacientemente nos libertamos quando, na internet, desejamos concluir uma compra e para isso nos extraem um clique em “li e aceito”. É preciso reconhecer que já ninguém lê coisa nenhuma. Não é um palpite: adiante veremos que vários estudos empíricos o demonstram. Admitamos também que, com a ficção do contrato, nos arriscamos a transformar irremediavelmente a figura, subvertendo o consentimento que constitui a sua pedra angular e fazendo pouco da autonomia privada. Este escrito é, pois, um apelo a uma restauração do respeito devido à autonomia privada e uma defesa da importância de uma proteção adequada de quem aceita sem ler. Ou seja, de todos aqueles que um simples botão empurra para a categoria de mentirosos. Em duas palavras: nós todos.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do CEDIS. Texto publicado em 2018, na edição especial da *Themis* comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.



I. Crise no modelo tradicional de formação do contrato

O modelo tradicional de formação do contrato assenta numa troca de declarações negociais: um dos contraentes emite uma proposta, do outro espera-se que a aceite ou rejeite. Em alternativa, podem as partes proferir ou assinar uma declaração conjunta. Em qualquer dos casos, o modelo assenta num exercício mais ou menos livre de autonomia privada: as partes manifestam o seu consentimento, vinculando-se a um conjunto de cláusulas previamente elaboradas ou negociadas ou, no mínimo, se o contrato for de adesão, de cujo teor foram previamente informadas, e com o qual concordam¹.

A existência de acordo das partes quanto a todo e cada um dos elementos que compõem o conteúdo de um contrato é, segundo este modelo, essencial à sua formação. Sem este o contrato não chega a existir. Assim dispõe o art. 232.º do Código Civil:

“O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.

Não me oponho à regra que literalmente se retira do preceito: sempre que não há acordo sobre pelo menos um dos aspetos que ambas as partes, ou qualquer delas, entenderam ser essenciais ao

¹ Cfr., por todos, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 6.ª ed., Almedina 2017, pp. 114-115. O autor refere-se ao requisito, consagrado, do consenso. O termo “consenso” põe a tónica na concordância entre as declarações das partes. Neste texto eu refiro-me preferencialmente ao “consentimento”, porque me interessa analisar, isoladamente, o comportamento de cada uma das partes, e sobretudo da parte que adere a um clausulado previamente elaborado pela outra.



contrato, deverá concluir-se, naturalmente, que o contrato não chegou a formar-se. Agora imagine-se que as partes entendem que apenas precisam de tomar conhecimento – e de manifestar o seu acordo – sobre os *essentialia negotii*. Que acontece aos restantes aspetos? Integram ou não o contrato?

Este preceito não responde de forma clara e direta à questão², mas a resposta que tem vindo a ser-lhe dada é (ainda) relativamente pacífica na nossa doutrina e jurisprudência: segundo os cânones da formação do contrato, se as partes chegaram a acordo quanto a todos os aspetos essenciais, os aspetos sobre os quais houve acordo constituirão o único conteúdo do negócio³. Os aspetos não essenciais, sobre os quais pelo menos uma das partes não chegou a

² No estudo, relativamente desenvolvido, que elaborou sobre o tema quando redigiu a versão inicial do que viria a ser o art. 232.º do Código Civil, A. VAZ SERRA, “Perfeição da declaração de vontade – Eficácia da emissão da declaração – Requisitos especiais da conclusão do contrato” em (1961) 103 *Boletim do Ministério da Justiça* 5-151, a pp. 130-135, não analisou a possibilidade de uma das partes aceitar sem tomar conhecimento prévio do que aceita. Distinguiu os pontos essenciais e os pontos secundários do contrato. Sustentou que, para o contrato se concluir, teria de haver acordo sobre os pontos essenciais, referindo que as partes podiam reservar os pontos secundários para um acordo posterior, devendo o tribunal suprir eventuais falhas quanto a estes últimos. Em momento algum contemplou a hipótese de os pontos não essenciais integrarem o contrato sem o acordo das partes.

³ Quanto ao essencial, não nos afastamos dos outros sistemas de matriz romano-germânica. Vejam-se, por exemplo, os §§ 154 e 155 do BGB, cuja letra é ainda mais clara quanto à conclusão de que só integram o contrato os aspetos sobre os quais houve acordo. A doutrina, na interpretação que fez dos preceitos, é taxativa: para um contrato ser válido e vincular as respetivas partes, estas devem ter nele assentido. O conseqüente acordo entre as partes deve estender-se a todo o conteúdo do contrato. Cfr., por todos, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., Beck 1989, § 27 III, p. 525.



pronunciar-se, não integram o conteúdo do contrato⁴.

Creio, contudo, que esta conclusão está em crise e, se nada se fizer, mais tarde ou mais cedo terá de cair, por se encontrar cada vez mais desfasada da realidade. A menos que se reconheça a ficção do contrato em toda a sua extensão, admitindo que nem sempre aquilo a que atualmente atribuímos natureza contratual, aquilo que ainda qualificamos como conteúdo de um contrato, o será verdadeiramente. O que não significa que se rejeite a sua eficácia. Não tenciono pô-la em causa, apenas fundá-la em algo distinto do contrato.

Quando me refiro ao *conteúdo* do contrato, uso o termo “como expressão da clivagem entre forma e conteúdo, equivalente, ao nível do texto, à distinção entre significante e significado”. O conteúdo do contrato é, assim, nesta aceção, “o resultado jurídico do acordo ou consenso, isto é, a estrutura correspondente ao significado global do consenso, tal como determinado de harmonia com os cânones da interpretação”⁵.

Não questiono que o consentimento mantenha um papel muito relevante na formação do contrato. Também não é meu propósito reabrir a velha discussão sobre a importância relativa da vontade das partes, das suas íntimas convicções, individuais e subjetivas, se não exteriorizadas, por oposição aos seus enunciados, que são mais

⁴ Cfr., por exemplo, P. P. VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina 2008, pp. 486-490.

⁵ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, 4.ª ed., Almedina 2014, p. 13.



direta e objetivamente observáveis⁶. Nessa querela, adiro plenamente à tese objetivista, na afirmação de que o consenso – ou dissenso – que juridicamente releva é o que emana das declarações das partes⁷.

Apenas questiono a importância de um consentimento integral e exaustivamente informado sobre tudo quanto correntemente se qualifica como conteúdo atual ou potencial de um contrato: a exigência de que o consentimento das partes incida sobre a totalidade dos *clausulados* cada vez mais usados nas mais diversas interações do nosso dia-a-dia. Por *clausulados*, entendo um conjunto ordenado de regras com vocação contratual, também elas resultantes de um processo interpretativo, sem contudo me comprometer sobre se integram ou não, em todos os casos, o conteúdo dos contratos a que respeitam.

⁶ Cfr., a este respeito, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina 1992, pp. 69-119.

⁷ Já o afirmava A. VAZ SERRA, cit. *supra* n. 2: “Se a declaração de aceitação não concordar com a proposta, haverá dissenso ou dissentimento, o qual, se for conhecido das partes, é manifesto, e, se o não for (as partes julgarem erroneamente que as suas declarações concordam), é latente ou oculto.” (p. 130). E: “se as declarações, interpretadas objetivamente, concordarem uma com a outra, não haverá dissenso, não obstante não concordarem as vontades reais dos declarantes: haverá, pois, um contrato perfeito, que as partes poderão, sendo caso disso, impugnar por erro” (p. 142). Em termos muito semelhantes, K. LARENZ, cit. *supra* n. 3, § 27 III, pp. 525-529, *maxime* pp. 526-527: na contraposição entre a vontade interior das partes e as suas declarações, decisivo é que haja acordo nas declarações das partes. Ou seja, que o sentido a atribuir aos respetivos enunciados, depois de corretamente interpretados, seja coincidente. É esse o significado juridicamente relevante de “consenso”. Quando este falta, temos o “dissenso”. Não é imperioso, para que haja consenso, que o acordo das declarações das partes emane de um acordo de vontades interiores.



Quando me refiro ao consentimento integral e exaustivamente informado de cada uma das partes, não pisco o olho ao subjetivismo. Reconheço, todavia, que, se para o regime vigente o que conta são as declarações das partes, subjacente a esse mesmo regime está a ideia de que, quando tudo corre bem, o acordo entre as declarações das partes será o reflexo perfeito de duas ou mais visões interiores coincidentes, ainda que em última análise insindicáveis, quanto ao teor desse mesmo acordo. Que assim é revela-nos a importância que (ainda) assume entre nós o regime do erro⁸.

Com a disseminação, relativamente recente à escala do direito civil, e a popularidade ainda crescente dos clausulados padronizados que os fornecedores de bens ou prestadores de serviços previamente elaboram e que impõem aos seus clientes, sem negociação individual, a lei reguladora da contratação mediante as chamadas cláusulas contratuais gerais veio reafirmar a mesma resposta à questão sobre o destino dos aspetos não essenciais do contrato, determinando, agora expressamente, que os clausulados se incluem nos contratos pela aceitação, devendo ser comunicados com a antecedência necessária para as cláusulas serem integralmente lidas, compreendidas e aceites, sublinhando-se a importância do seu “conhecimento completo e efetivo”⁹. Se dúvidas restassem, atente-se no primeiro parágrafo do respetivo

⁸ Arts. 251.º e 252.º do Código Civil. Já dizia R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Tomo 1, Siffrein 1821, n.º 17, p. 92, um dos grandes apóstolos da teoria da vontade: “O erro é o maior vício das convenções”.

⁹ Arts. 4.º a 9.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85, de 25 de outubro, na versão resultante das alterações do DL n.º 220/95, de 31 de agosto, do DL n.º 249/99, de 7 de julho, e do DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro.



Preâmbulo:

“Constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena aceção, ela postula negociações preliminares íntegras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respetivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações”¹⁰.

Em resposta aos desafios à liberdade contratual decorrentes da massificação das trocas e de um desigual poder de negociação das partes característico de uma contratação em massa, enveredou-se por aquele a que há quem chame um modelo informacional: um modelo assente na criação – e multiplicação – de deveres de informação¹¹.

Na verdade, não foi só isso que se fez. Também se apostou num modelo de controlo do conteúdo destas cláusulas¹². Adiante veremos que os modelos frequentes vezes se confundem¹³. Por ora, importa em todo o caso observar que se criaram deveres de

¹⁰ DL n.º 446/85, de 25 de outubro, n.º 1, § 1, do Preâmbulo.

¹¹ Cfr. H. C. GRIGOLEIT, “Grenzen des informationsmodells. Das Spread-Ladder-Swap Urteil des BGH im System der zivilrechtlichen Informationshaftung” em (2012) 34 *Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft. Verantwortlichkeit der Organmitglieder von Kreditinstituten. Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung*, De Gruyter, Berlim, pp 25-64, também sobre os limites do modelo informacional, embora numa outra perspetiva (cfr. *infra* n. 72). Entre nós, cfr. a análise de C. M. PIRES, “Entre um modelo corretivo e um modelo informacional do direito bancário e financeiro” (2013) 44 *Cadernos de Direito Privado* 3-22.

¹² Em defesa da importância deste controlo, cfr. J. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra 1999, pp. 441-583.

¹³ Retomarei o tema *infra* no ponto 4.



informação na contratação com base em cláusulas contratuais gerais, deveres de informação na contratação eletrônica, deveres de informação na contratação à distância, deveres de informação comuns às relações de consumo, deveres de informação setoriais, um não mais acabar de deveres de informação¹⁴. Nas últimas duas décadas a palavra de ordem tem sido “transparência”:¹⁵

“O princípio da transparência adequa-se, ainda, ao discurso argumentativo próprio do pensamento civilista, pois a sua função é instrumental à autonomia privada, permitindo criar condições para o seu exercício. O objetivo deste modelo é, assim, o de melhorar a qualidade do consentimento do consumidor, e também, corrigir o desequilíbrio das prestações, bem como promover a defesa da justiça interna do contrato”¹⁶.

¹⁴ Muitos deles constam da legislação identificada *infra*, nn. 56 a 70.

¹⁵ Muito por influência de uma sucessão de diretivas europeias, algumas das quais estão também identificadas *infra*, nn. 56 a 70. Muitas outras são de aplicação setorial, não se justificando aqui enumerá-las. Em jeito de ilustração, referirei apenas aquela que ficou conhecida como *Diretiva da Transparência*: Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004, relativa à harmonização dos requisitos de transparência no que se refere às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado. Ainda sobre transparência nos mercados financeiros, embora predominantemente no setor dos seguros, cfr. M. LIMA REGO, “Portugal” em P. MARANO/ K. NOUSSIA (coord.), *Transparency in insurance law and regulation: a comparative approach*, vol. I, *Transparency in insurance law and regulation: the insurance contract* (no prelo, Springer 2019).

¹⁶ Ac. STJ de 02.12.2013 (Maria Clara Sottomayor) ECLI:PT:STJ:2013:306.10.OTCGMR.G1.S1, com apoio em P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina 1995, p. 423.



Esta multiplicação de deveres de informação assentou alicerces no modelo tradicional de formação do contrato sem contudo o adaptar aos novos contextos. Não digo que o modelo não tenha em tempos tido alguma utilidade. Antes pelo contrário, diria que a evolução foi gradual, mas na atual sociedade da informação, paradoxalmente, o modelo informacional simplesmente não funciona¹⁷.

Quer num contexto profissional, quer num contexto pessoal, o ritmo mais ou menos acelerado das nossas vidas e a quantidade cada vez mais avassaladora de informação com que todos os dias somos confrontados já não se compadecem com o velho modelo de formação do contrato assente num consentimento informado sobre todos e cada um dos aspetos que atualmente continuamos a ter por constituintes de um contrato¹⁸.

Vivemos na era dos sumários executivos: os grandes e médios decisores que lideram as administrações, sejam elas públicas ou privadas, raras vezes podem dar-se ao luxo de ler toda a documentação relevante para a tomada de decisões, tendo de bastar-se com os resumos preparados pelos seus assessores, ou pelos assessores dos assessores, pois idêntico fenómeno de

¹⁷ Sobre a sociedade de informação e a sua caracterização, cfr. J. R. BENIGER, *The control revolution: technological and economic origins of the information society*, Harvard University Press 1986. Sobre o não funcionamento, em geral, do modelo informacional, cfr. O. BEN-SHAHAR, “The myth of the “opportunity to read” in contract law” (2009) 5 *European Review of Contract Law* 1-28.

¹⁸ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I. Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., Almedina 2007, p. 595: “A realidade decorre de modo diferente: os negócios formam-se e executam-se a um ritmo de todo incompatível com um esquema negocial que faculte aos intervenientes um consciente exercício das suas liberdades de celebração e de estipulação”.



depuração sucessiva de informação vem sendo replicado nos vários graus da hierarquia. E até mesmo nós, cidadãos anónimos, não andamos muito longe de tais padrões comportamentais: o tempo de que podemos – ou queremos – dispor para a leitura exhaustiva de todos os clausulados que se atravessam no nosso quotidiano também vai escasseando. Só que em vez dos sumários executivos ficamo-nos por simples atos de fé.

“Hoje em dia, para as pessoas comuns, pelo menos nos países desenvolvidos, são em muito maior número do que em qualquer outra época anterior as necessidades e os desejos do quotidiano que se satisfazem por via de contratos. Com o aumento da dependência nos contratos, a produção de textos de natureza alegadamente contratual resultou numa proliferação imensa de tais textos”¹⁹.

De ora em diante, nestas minhas reflexões, passarei ao largo do mundo dos grandes e médios decisores e dos sumários executivos e centrar-me-ei no mundo dos pequenos decisores e seus atos de fé. Falarei apenas em consumidores, em sentido amplo e sem grandes preocupações de rigor, para abranger as pessoas, físicas ou jurídicas, a quem sejam fornecidos bens por profissionais, destinando-se tais bens a um uso predominantemente não profissional, ainda que num contexto empresarial²⁰. Quando me refiro ao fornecimento de bens, não uso o termo no sentido mais restrito, que o contrapõe aos serviços, mas antes num sentido

¹⁹ M. J. RADIN, “The deformation of contract in the information society” (2017) 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 505-533 a p. 505.

²⁰ Sobre os vários conceitos de consumidor, cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 3.ª ed., Almedina 2016, pp. 17-23.



amplo, que os inclui²¹.

Este é um universo relativamente ao qual já existem estudos empíricos que apontam muito claramente para a conclusão de que o modelo de contratação baseado no consentimento informado nos leva a todos a desempenhar o papel de mentirosos²². Refiro-me, é claro, ao célebre botão que, em diversas formulações de sentido mais ou menos equivalente, com um simples clique nos faz declarar que lemos e aceitamos o conteúdo dos contratos.

“Como poderíamos fazê-lo? São tantos. E porque deveríamos fazê-lo? Não poderíamos alterá-los, e nem é provável que os compreendêssemos”²³.

Os ditos estudos demonstram, consistentemente, que é muitíssimo reduzida a percentagem de contraentes que abrem o documento que contém o clausulado alegadamente contratual. Um estudo publicado em 2014, em que foram analisados cerca de 50.000 utilizadores dos *websites* de 90 fornecedores de *software* norte-americanos, concluiu que apenas 0,05% a 0,22% dos utilizadores que adquiriram *software* abriu o documento, e que dessa pequena minoria só uma ínfima fração manteve o documento aberto o tempo suficiente para o ler de cima abaixo²⁴.

²¹ Cfr. M. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, Lisboa 1944, p. 83, que definia “bem”, em sentido amplo, como “tudo o que sirva para o homem atingir qualquer fim”.

²² M. J. RADIN, cit. *supra* n. 19, a p. 519.

²³ M. J. RADIN, cit. *supra* n. 19, a p. 520.

²⁴ Y. BAKOS/ F. MAROTTA-WURGLER/ D. R. TROSSEN, “Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts” (2014) 43 *Journal of Legal Studies* 1-35. Cfr. ainda R. P. BARTLETT/ V. C. PLAUT, “Blind consent? A social



Confirma-se, pois, o que já todos suspeitávamos: ninguém lê coisa nenhuma.

Repito: não digo que isto fosse sempre assim. E também não digo que seja assim com todas as cláusulas contratuais gerais, em todas as circunstâncias. A evolução foi gradual, e muito recente. Para este estado de coisas muito contribuiu a internet. Ainda me lembro de, não há muito tempo, sentir algum peso na consciência ao aceitar um clausulado que apenas lera na diagonal. De pensar que se calhar teria sido mais prudente lê-lo na íntegra. Hoje já não é assim, hoje o ato de clicar no botão é quase instantâneo, o botão é apenas um pequeno obstáculo entre mim e a conclusão do negócio, de cada negócio, ou mesmo entre mim e a simples consulta de um *website*, porque além dos clausulados respeitantes às muitas aquisições temos ainda os famosos “termos de uso” do próprio *website*, onde entre outras coisas me pedem que aceite o uso de *cookies*, o que quer que eles sejam, e simplesmente não há tempo para ler tudo. Entrámos em modo de sobrecarga.

“Em suma, os consumidores não leem longos documentos. Por conseguinte, não consentem, no sentido de compreenderem o que estão a consentir. Acresce que ninguém pode afirmar honestamente que os consumidores *devam* ler longos documentos deste género. Os muitos tribunais que ao longo dos anos o têm afirmado, casualmente ou não tão casualmente, ignoram o facto de

psychological investigation of the non-readership of click-through agreements” (2012) 36 *Law and Human Behavior*: 293-311; e R. A. HILLMAN, “On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications” (2006) em J. K. WINN (ed.), *Consumer protection in the age of the ‘information economy’*, Ashgate 2006, pp. 283-311.



que se os consumidores realmente fizessem uma coisa tão insensata, a economia moderna simplesmente paralisaria”²⁵.

A ideia de que os contratos são compostos pelo conjunto das cláusulas sobre as quais as partes entenderam essencial dar o seu acordo, e apenas por tais cláusulas, é hoje pura ficção. Há tipicamente uma parte – o predisponente – que teve por relevante regular uma série de aspetos e recolher da outra o consentimento. Esta outra tem-se resignado a entrar no jogo, porque pretende aceder ao bem que a outra só disponibiliza em tais condições. Nessa medida, admite que leu e aceitou o que não leu de todo. Houve entre nós quem contestasse a ideia de um tudo ou nada, falando numa “intensidade vinculativa de grau variável, proporcional à medida de autodeterminação, à amplitude da liberdade de decisão disponível”²⁶. Nada me opõe a semelhantes reflexões, mas há limites e creio que os atingimos. Das duas, uma: ou reduzimos o contrato à sua essência, recusando a natureza contratual a grande parte do que atualmente ainda se produz com esse rótulo, ou entramos no jogo e resignamo-nos a aceitar que o consentimento se transformou numa farsa, deixando de levar a sério a autonomia privada.

²⁵ I. R. MACNEIL, “Bureaucracy and contracts of adhesion” (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 5-28, a pp. 5-6.

²⁶ J. SOUSA RIBEIRO, cit. *supra* n. 12, p. 301. Para o autor, “[o] reconhecimento de limites à auto-responsabilidade do declarante pelos efeitos da sua declaração, permitindo compatibilizar o consentimento com o controlo de conteúdo e justificar a eventual exclusão de cláusulas aceites, importa também a admissão de uma imputação diferenciada, consoante o grau de ligação do conteúdo do ato à vontade do agente” (p. 300).



II. O reconhecimento de um direito a não ler

O que é, verdadeiramente, a autonomia privada? Partamos da sua definição como “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”²⁷. O seu paradigma é a celebração de um negócio jurídico, que entre os atos jurídicos é aquele cujos autores escolhem, eles próprios, os efeitos jurídicos a que se sujeitam²⁸. Ora isto continua a acontecer. Comparando o que se passa hoje com o modo como se vivia há umas décadas, dificilmente poderíamos aventar que as pessoas são hoje menos autónomas. Porventura a sociedade de consumo em que vivemos, e a inerente facilidade de acesso a toda uma imensidão de bens, levam-nos a um imediatismo agilizador de procedimentos, simplificador de escolhas. Diria que não é por falta de escolhas, mas pela sua abundância, que nos sucede ocuparmos cada vez menos tempo com cada uma delas.

Sejam essas ou sejam outras as causas do fenómeno, assistimos atualmente ao fracasso do modelo informacional. De pouco serve insistir na tecla da prestação de informação. Por certo esta deve permanecer disponível, mas a proteção da parte mais fraca não pode assentar (apenas) nesse modelo. E no entanto, alheia a esta realidade, a nossa jurisprudência, e muita da nossa doutrina, continuam a penalizar os consumidores por fazerem algo que todos nós fazemos: aceitar sem ler.

²⁷ J. SOUSA RIBEIRO, cit. *supra* n. 12, p. 21.

²⁸ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I. Parte Geral, Tomo I, cit. *supra* n. 14, p. 392, na senda de P. CUNHA: “Quando haja apenas liberdade de celebração, fala-se de atos jurídicos em sentido estrito; havendo liberdade de celebração e de estipulação, surge o negócio jurídico”.



Quando as falhas ocorrem e se chega à conclusão de que num dado caso concreto o consentimento de uma das partes não foi suficientemente esclarecido, o caminho que se vem seguindo é o da aplicação do regime do erro. As mais das vezes, erro sobre o objeto do negócio²⁹. Discute-se, depois, se se exige ou não a desculpabilidade do erro para se aplicar o respetivo regime. Tudo isto assenta nos cânones da formação do contrato: quem está em erro tem, ainda assim, uma convicção sobre o objeto do negócio, ainda que desfasada do resultado que objetivamente resulta da interpretação das declarações das partes. É o mínimo que se lhe exige. Quando muito, dispensa-se-lhe a desculpabilidade do erro. Mas nem sempre, e em qualquer caso o regime da anulabilidade por erro não prescinde da essencialidade, para o anulante, do elemento sobre que incide o erro³⁰. Ora o ponto de partida desta discussão foi precisamente a questão da admissibilidade de uma não tomada de conhecimento quanto aos aspetos não essenciais do contrato, sem com isso, necessariamente, os despojar de eficácia.

“[D]ado que a liberdade contratual de um dos outorgantes se limita, na prática, à liberdade de aceitar ou não as cláusulas impostas e a celebração do contrato, impõe-se que esse outorgante tenha, pelo menos, o conhecimento real e efetivo do teor dessas cláusulas, de forma a que possa decidir se quer ou não contratar nessas condições, destinando-se o dever de comunicação dessas cláusulas, de forma adequada e com a antecedência necessária, a

²⁹ Art. 251.º do Código Civil.

³⁰ Cfr. P. MOTA PINTO, “Requisitos de relevância do erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil português” em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina 2003, pp. 43-139.



combater o risco de desconhecimento de aspetos significativos do contrato. *Pretende-se tornar possível ao aderente o conhecimento completo e efetivo do contrato, exigindo-se, também, que este adote um comportamento diligente, tendo em vista o conhecimento real e efetivo das cláusulas que o integram*³¹.

Quando leio afirmações como esta, pergunto-me como não ocorre a quem as profere a vacuidade de um juízo que apenas incida, de forma isolada, sobre a alegada falta de cuidado do visado sem simultaneamente identificar o uso alternativo do seu tempo de que o visado deveria ter-se absterido para, no tempo que assim pouparia, se ocupar da leitura integral e atenta do clausulado de que reza a história. Há em tais afirmações como que uma presunção de que nas nossas vidas há excesso de ócio, ou que as ocupamos, pelo menos em parte, com tarefas de somenos importância. Na falta de uma análise que enquadre devidamente a alegada omissão no quotidiano do visado, a observação ressoa às vãs críticas de quem, sentado nos bancos da oposição, critica os governantes por não terem gasto determinada verba nesta ou naquela reforma sem apontar os gastos que deveriam deixar de ser feitos para custear a dita reforma. Porque o tempo é, muitas vezes, um bem escasso, deveria ser tratado como tal pelos nossos tribunais.

Estava em causa aferir se o aderente a determinadas cláusulas contratuais gerais usou “de comum diligência” na tomada de

³¹ Ac. STJ de 24.03.2011 (Granja da Fonseca) ECLI:PT:STJ:2011:1582.07.1TBAMT.B.P1.S1 (realce acrescentado). Cfr. ainda, no mesmo sentido, o Ac. STJ de 09.07.2015 (Ana Paula Boularot) ECLI:PT:STJ:2015:1728.12.8TBRR.A.L1.S1; ou o Ac. STJ de 08.04.2010 (Lopes do Rego) ECLI:PT:STJ:2010:3501.06.3TVLSB.C1.S1.



conhecimento completo e efetivo do dito clausulado³². Porque “o objetivo do legislador foi apenas o de proteger a parte mais fraca de eventuais abusos da parte mais forte e não o de proteger a parte mais fraca da sua falta de diligência”³³. Ou seja, a lei estabelece um padrão de conduta que impõe a todos os contraentes que adiram a clausulados previamente elaborados pela outra parte. Como decorrência do princípio da boa fé, há que respeitar certos deveres gerais de cuidado. A medida do esforço que se exige é a “comum diligência”³⁴. Nesta lógica, quem ficar aquém desse padrão de conduta não é merecedor de tutela.

Ora a comum diligência é uma referência ao cidadão médio: o “bom pai de família”³⁵. Decisões como esta supõem que o cidadão

³² Art. 5.º/2 da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. A. PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina 2010, p. 223, observa que a redação do preceito “é deliberada e inevitavelmente vaga porque o conteúdo concreto da obrigação de comunicação depende do tipo de contrato, das circunstâncias da conclusão dele, do seu objeto e conteúdo, da natureza e da preparação das partes que nele intervêm”.

³³ Nova citação do Ac. STJ de 24.03.2011 (cit. *supra* n. 30).

³⁴ Sobre o tema, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina 1997, pp. 1225-1230.

³⁵ Na expressão arcaica do art. 487.º, n.º 2, do Código Civil. Sobre padrões jurídicos em geral e o bom pai de família em particular, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* n. 33, pp. 1187-1189. Independentemente da discussão sobre se está aqui em causa verdadeira culpa, em sentido técnico-jurídico, ou algo de mais próximo da culpa do lesado, não há dúvida de que na referência à diligência está implícito, em sentido próprio ou impróprio, um juízo de censura semelhante ao juízo de culpa, porquanto é implicitamente apontado como negligente – como digno de censura – o comportamento de quem fique aquém do patamar de diligência que se impõe, e de que a referência à diligência comum terá de referir-se ao cidadão que use de um grau médio de diligência. Sobre a questão, cfr. J. C.



médio não assina sem ler. Como vimos, supõem mal. Temos de render-nos à evidência: se quase ninguém lê coisa nenhuma, o cidadão médio, essa abstração, tão-pouco o fará. Logo, a decisão de comprar sem ler não pode qualificar-se, sem mais, como uma decisão negligente. Essa conduta não fica aquém do padrão médio de diligência que sobre todos impende, pela simples razão de que todos o fazemos. Este cidadão somos nós. Tanto assim é que nenhuma lei, em parte alguma, será suficientemente forte para fazer prevalecer a regra de que não se compra sem ler. Há, pois, que reconhecer e aceitar que assim é e proteger de outra forma o consumidor que não lê sem lhe apontar o dedo, criticando-o por não ter lido³⁶.

“Para averiguar se o aderente usa da diligência média ou comum para tomar conhecimento das cláusulas destes contratos, importa analisar a postura da generalidade dos cidadãos diante desta forma de tráfego negocial e conhecer a realidade humana e social implícita neste tipo de contratação.

Os estudos da análise económica revelam que o aderente,

BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de impugnação do dano extracontratual*, Almedina 2008, *maxime* pp. 489-494.

³⁶ Para A. PRATA, cit. *supra* n. 31, p. 244, o grau de exigência, no que respeita a esta comum diligência, há de ser baixo, atendendo à impossibilidade prática de o aderente influir no conteúdo do contrato e de uma atitude generalizada de confiança, ou conformismo, que leva as pessoas a absterem-se de um esforço que sabem ser inglório. Já o afirmava I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Almedina 2010, pp. 313-314: “[N]ão se diga que o aderente, deixando de ler todas as cláusulas, ou não as meditando com o devido cuidado, revela negligência que o torne desmerecedor de proteção particular: o facto é tão geral que não significa negligência, aferida esta pelo padrão médio de homem”.



dada a impossibilidade de participação na modelação do conteúdo, não encontra motivação para se deter no estudo das condições gerais do contrato nem para comparar as condições oferecidas pela contraparte com as das empresas concorrentes, o que provoca um nivelamento por baixo do conjunto das condições gerais, não funcionando, neste contexto, o mecanismo individual de autotutela dos interesses nem o mecanismo coletivo da concorrência³⁷.

Há quem fale, neste contexto, num “direito à legítima ignorância”³⁸. A ideia subjacente é a de que todos temos o direito, mas não o dever de ler os clausulados que tanto nos querem impingir. Podemos ler, mas também podemos confiar. Em quem? Na outra parte, eventualmente num terceiro de cujo conselho nos valem, mas também – e sobretudo – no bom funcionamento do sistema.

Há um outro contexto – o do direito biomédico – em que há muito se aceitou como um dado adquirido que a partir de certo ponto o excesso de informação que o doente tenha dificuldade em processar e verdadeiramente assimilar prejudica mais do que facilita o consentimento informado³⁹. Também assim será em vários

³⁷ Nova citação do Ac. STJ de 02.12.2013 (cit. *supra* n. 16) (realce acrescentado), com apoio em J. SOUSA RIBEIRO, *Direito dos contratos. Estudos*, Coimbra 2007, p. 49. Tratar-se-á, no entanto, de jurisprudência minoritária, mesmo no seio do STJ. Cfr. os arestos mencionados *supra* na n. 30.

³⁸ See A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, Almedina 2013, pp. 561-563 e 567, na senda de H. C. GRIGOLEIT (cit. *supra* n. 11).

³⁹ Cfr. J. M. BARENDRECHT/ C. E. C. JANSEN/ M. B. M. LOOS/ A. P. PINNA/ R. M. CASCAO/ S. van GULIJK, *Principles of European Law. Service contracts*, Oxford University Press 2007, pp. 837-838; e B.-C. HAN, *The transparency society*. Stanford



outros domínios, sobretudo quando estão em causa bens de especial complexidade e/ou os profissionais tradicionalmente recorrem a linguagem muito técnica, virtualmente opaca, na redação dos seus clausulados. Mas fora do direito biomédico ainda não se fala muito num direito a não saber. Dispõe o art. 10.º/2 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, mais conhecida como Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina⁴⁰:

“Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”.

Em boa verdade, não há fundadas razões para se traçar uma analogia entre o direito a não conhecer o nosso código genético e o direito de não nos darmos ao trabalho de ler a letrinha pequena sempre que celebramos um contrato. Todavia, entendo que também no direito dos contratos, de uma forma geral, haverá lugar para um direito a não saber, *rectius*, um direito a depositar a nossa confiança na honestidade, capacidade e bons ofícios da outra parte, se for um profissional; num terceiro a quem recorramos para nos

University Press 2015, p. 8: “Mais Informação, ou mais comunicação, não eliminam a falta fundamental de clareza do todo. Se alguma coisa, aumentam-na”.

⁴⁰ Aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de abril de 1997, e aprovada para ratificação em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, e ratificada na mesma data pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001.



aconselhar; e sobretudo no bom funcionamento do sistema⁴¹.

“Se sei tudo de antemão, não preciso de confiar. A transparência é um estado em que todo o não saber é eliminado. Quando a transparência prevalece, não há espaço para a confiança. Em vez de se afirmar que “a transparência gera confiança” dever-se-ia antes dizer que “a transparência destrói a confiança”⁴².

III. O contrato e as condições de acesso ao produto

Felizmente, a sucessão de diretivas que antes nos apontava o sentido da transparência já nos vai dando mostras, não propriamente de um arrear de caminho, mas ao menos de uma preocupação crescente com a abertura a outras vias de proteção do consumidor, embora ainda sem abrir mão do modelo informacional, ainda largamente dominante. Essas outras vias começam a aparecer, designadamente, mas não só, a propósito dos serviços financeiros, cujos clausulados são especialmente opacos e difíceis de compreender mesmo por quem se dê ao trabalho de tentar compreendê-los, e que na última década estiveram sob um escrutínio mais intenso.

“Os consumidores podem entrar no mercado para comprar produtos físicos confiantes de que não serão levados a comprar torradeiras explosivas e outros produtos estupidamente perigosos. Podem concentrar os seus esforços aquisitivos noutras direções, ajudando a impulsionar um mercado competitivo que mantenha os

⁴¹ A. MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* n. 38, pp. 561-563 e 567.

⁴² B.-C. HAN, cit. *supra* n. 39, pp. 47-48.



preços baixos e encoraje a inovação em conveniência, durabilidade e estilo. Os consumidores que entrem no mercado para comprar produtos financeiros deveriam beneficiar de uma proteção semelhante. (...) Como é que os produtos financeiros se tornaram tão perigosos? Uma parte do problema é que a divulgação se transformou numa forma de ofuscar, em vez de informar⁴³.

A autora destas linhas é conhecida pela defesa acérrima de uma regulação forte dos mercados financeiros. Proferiu-as em 2007, em apoio da criação, nos Estados Unidos da América, de uma nova Agência para a proteção Financeira dos Consumidores⁴⁴. Partilhando embora o seu diagnóstico, é distinto o tratamento que busco, porque, sem prejuízo da sua luta, que se me afigura meritória, me cabe procurá-lo no direito privado, e mais especificamente no direito dos contratos. Retomo, por conseguinte, a seguinte afirmação: das duas, uma: ou reduzimos o contrato à sua essência, recusando a natureza contratual a grande parte do que atualmente ainda se produz com esse rótulo, ou entramos no jogo e resignamo-nos a aceitar que o consentimento se transformou numa farsa, deixando de levar a sério a autonomia privada.

Peguemos no exemplo da torradeira. Se me dirijo a uma loja para comprar uma torradeira, o plano do contrato e o plano do produto são claramente autonomizáveis. O negócio pode, nesse exemplo,

⁴³ E. WARREN, "Unsafe at any rate. If it's good enough for microwaves, it's good enough for mortgages. Why we need a Financial Product Safety Commission" em *Democracy: A Journal of Ideas*, Summer 2007, n.º 5 (disp. em <http://democracyjournal.org/magazine/5/unsafe-at-any-rate/>).

⁴⁴ O *Consumer Financial Protection Bureau* viria a ser criado em 2010 (<https://www.consumerfinance.gov/>).



resumir-se a algo bem simples: eu aceito comprar a torradeira que previamente selecionei ao preço indicado na etiqueta, e o vendedor aceita vender-ma ao mesmo preço. Em execução desse contrato, eu pago o preço e saio da loja com a torradeira em meu poder. Em cinco minutos estou despachada, sem ter de ler coisa alguma.

Bem mais complexo do que o contrato, mero veículo jurídico de que as partes se servem para o que verdadeiramente lhes interessa, que é o fornecimento de um produto, será o próprio produto e as suas regras de funcionamento. Se quiser compreendê-las, previamente à celebração do contrato ou até mesmo mais tarde, já em casa, tenho normalmente ao meu dispor um manual de instruções razoavelmente exaustivo. Se não quiser dar-me a esse trabalho, poucos me censurarão. Em qualquer caso, suponho que a ninguém ocorrerá sustentar que ao celebrar o contrato o meu acordo incidiu sobre a totalidade das regras constantes do manual de instruções, assumindo tais regras natureza contratual.

Sucede todavia que no domínio dos serviços, tais planos confundem-se. Por vezes, o contrato é o produto, o único produto, e não apenas um veículo de que instrumentalmente nos servimos para a sua aquisição. Já houve quem o afirmasse⁴⁵. Significa isto que neste contexto se confundem as regras, tipicamente mais simples, que necessariamente pertencem ao plano do contrato, e as regras bem mais complexas que talvez devêssemos qualificar como regras de funcionamento do produto, autênticos manuais de instruções,

⁴⁵ No contexto do contrato de seguro, veja-se M. DREHER, *Die Versicherung als Rechtprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, Mohr Siebeck 1991, *passim*, *maxime* p. 58. Cfr. ainda, na sua senda, M. LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra 2010, texto junto à n. 821.



despojando-as de uma natureza contratual que em muitos casos – não digo em todos – se afigura manifestamente forçada.

Alguns autores já vêm sustentando que os consumidores de produtos distribuídos em massa adquirem na verdade um compósito de artigo-mais-clausulado, e não apenas um artigo. Esta perspectiva implica uma rejeição da sua natureza contratual. Há quem o sublinhe, precisamente com o argumento de que nesses casos o dito consentimento informado não é, nem dado, nem procurado⁴⁶.

É preciso admitir que nem sempre é apenas pela diferença de poder negocial que uma das partes impõe à outra um clausulado. Quando olhamos para um clausulado que identificamos como um produto, ou pelo menos como parte integrante de um produto, compreendemos que o respetivo fornecedor o desenhou daquela maneira e não de outra porque é aquele, e não outro, o produto que deseja fornecer, e que são aquelas as condições em que se dispõe a fazê-lo. A circunstância de aquele fornecedor ter redigido o seu próprio clausulado não é um acidente de percurso, não constitui um desvio em relação à normalidade, algo que importa corrigir ou pelo menos controlar, por desvirtuar o modelo tradicional de formação do contrato. É suposto que assim seja pois aquele é o seu produto. Assim como o produtor de torradeiras decide quais as especificações técnicas com que dotará a sua criação antes de a lançar no mercado, o mesmo faz o produtor de serviços financeiros, simplesmente os seus produtos não saem de uma fábrica e sim dos gabinetes dos técnicos que os concebem e

⁴⁶ M. J. RADIN, cit. *supra* n. 19, a pp. 531-533.



redigem⁴⁷.

É claro que a circunstância de se falar, em todos estes casos, em regras não implica que todas elas assumam a mesma natureza. Num manual de instruções sobre o funcionamento de uma torradeira, as regras que o compõem serão de cariz puramente descritivo. Baseiam-se nas leis da natureza, são regras sobre o funcionamento físico ou químico do mundo em que vivemos e em especial de alguns dos seus elementos, nestes se incluindo as torradeiras e quejandos. Estas regras não são jurídicas: pertencem ao plano do ser e não ao do dever-ser. Visam apenas descrever os comportamentos que o utilizador deverá adotar se pretender pôr a sua torradeira a funcionar. Correspondem a enunciados assertivos, dos quais podemos afirmar que são verdadeiros ou falsos consoante reflitam ou não fielmente a realidade a que se reportam⁴⁸.

O mesmo não sucede com os clausulados com vocação contratual, os tais que constantemente nos perguntam se lemos e aceitamos. Tais clausulados incluem, tipicamente, toda a espécie de enunciados performativos, relativamente aos quais podemos questionar-nos se serão válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes⁴⁹. Em suma, incluem regras jurídicas. O seu objetivo será, pois, produzir efeitos jurídicos na esfera das partes nos contratos que o respetivo predisponente irá celebrar com os consumidores.

⁴⁷ Neste sentido, D. G. BAIRD, "The boilerplate puzzle" (2006) 104 *Michigan Law Review* 933-952.

⁴⁸ A que se opõem os enunciados performativos, na terminologia de C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit. *supra* n. 6, a p. 122.

⁴⁹ *Idem*.



Importa sublinhar que ao despojarmo-los de natureza contratual não lhes eliminamos necessariamente a validade ou eficácia jurídica⁵⁰. Não é, de todo, esse o meu objetivo. Poder-se-á até reconhecer-se-lhes uma natureza negocial: essencial é entender-se que, se correspondem ao conteúdo de um negócio jurídico, este será as mais das vezes um negócio unilateral, distinto dos contratos que posteriormente serão celebrados a seu respeito.

Não é esse – note-se – o cerne da presente reflexão. Não é objeto do presente texto analisar, em abstrato, a natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais⁵¹. Admito que em várias circunstâncias estas continuem a integrar contratos, sendo verdadeiramente aceites por quem a elas adere. Limito-me a apontar o dedo aos casos – cada vez em maior número – em que isso manifestamente não sucede, casos esses que terão como seu expoente a contratação na internet, à distância de um clique.

Quer as regras constantes de manuais de instruções, quer as que tipicamente se estipulam nos clausulados em análise, têm algo de um imperativo hipotético: há em todas elas um “se queres

⁵⁰ Cfr. M. LEMLEY, “Terms of use” (2006) 92 *Minnesota Law Review* 459-483. O autor dá nota de uma tendência recente na jurisprudência e na doutrina norteamericana no sentido de se dispensar o consentimento dos consumidores, admitindo, explícita ou implicitamente, que os “termos de uso” dos *websites* os vinculam por determinação unilateral dos seus autores, ou considerando que o ato de navegar no *website* já seria indício suficiente de que houve consentimento, ainda que o consumidor não tenha clicado na hiperligação para os “termos de uso”. O autor fala, pois, na morte do consentimento (*the death of assent*), a pp. 464-465.

⁵¹ Sobre a natureza das cláusulas contratuais gerais, cfr., entre nós, J. SOUSA RIBEIRO, cit. *supra* n. 12, *maxime* pp. 275-292; e C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit. *supra* n. 6, pp. 877-913.



aproveitar este bem, são estas as condições em que poderás fazê-lo”. Em todas elas, mesmo nas puramente descritivas, um comportamento não conforme poderá ter consequências jurídicas: por exemplo, se o uso que dou à torradeira não respeitar as regras de funcionamento constantes do manual, pode esse meu comportamento vir a impedir-me de exercer os direitos de reparação, substituição, resolução ou redução do preço em caso de avaria, ainda que esta não decorra, ou não decorra apenas desse mau uso⁵².

Que fazer então de tais clausulados? Antes de mais, reitero que não advogo, de todo, a eliminação do consentimento na formação dos contratos. Os contratos ainda são, como sempre foram, um exercício de autonomia privada, o que necessariamente implica que não se abdique do consentimento, sua pedra angular. Simplesmente, procuro aproximá-los da realidade como a vejo: em tantas destas trocas que quotidianamente se fazem, o plano contratual é tão simples quanto o acima descrito a propósito da compra e venda de uma torradeira: o que existe é, do lado do consumidor, uma declaração de que adquire o produto ao preço exibido no ecrã. Do outro lado, é emitida uma declaração simétrica, e conseqüentemente forma-se o contrato. O produto em causa corresponde ao tal compósito de artigo mais clausulado, ou apenas a um clausulado. São regras de funcionamento do produto, um manual de instruções que o fornecedor divulga em cumprimento de

⁵² Refiro-me aos remédios consagrados no art. 2.º do DL n.º 67/2003, de 8 de abril (regime da compra e venda de bens de consumo), que transpõe para o direito português a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 84/2008, de 21 de maio.



deveres de informação. A meu ver, a circunstância de esse manual incluir uma série de regras jurídicas não o torna tão singular quanto tradicionalmente se supõe.

Noutra sede, houve já quem defendesse o reconhecimento de uma faculdade de regulação aos titulares de direitos de exclusivo, relativa ao gozo por terceiros: as chamadas “regulações do dono”⁵³. No direito norte-americano, há alguns indícios de que se caminha nesse sentido, pelo menos no que respeita aos “termos de uso” dos *websites*⁵⁴: a jurisprudência norte-americana tem vindo a reconhecer aos proprietários dos *websites* a faculdade de regularem esses espaços virtuais como se de espaços físicos se tratasse, impondo unilateralmente os respetivos “termos de uso”. Tais clausulados vinculariam os utilizadores, não pelo seu consentimento, mas porque se introduzem num espaço alheio, e nessa medida ao regime próprio dos direitos reais, o que os sujeitaria assim, mesmo nas aquisições que façam em tais

⁵³ P. MÚRIAS, “Regulações do dono. Uma fonte de obrigações” em *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina 2002, pp. 255-293. Simplesmente, “[d]efender a validade das regulações do dono é defender que a propriedade compreende também em termos jurídicos o “poder”, a faculdade de impor comportamentos a terceiros, *rectius*, de lhes atribuir deveres, ónus ou sujeições, desde que a propósito do aproveitamento da coisa que é seu objeto” (pp. 269-270).

⁵⁴ M. LEMLEY, cit. *supra* n. 49, pp. 470-472, revela que a jurisprudência norte-americana aplica aos *websites* os direitos reais, no sentido de os tratar como um espaço que é propriedade dos seus donos, e raciocinando de forma a poder aplicar-se aos respetivos “termos de uso” algo de muito próximo das verdadeiras “regulações do dono”. Tais clausulados vinculariam os utilizadores, não pelo seu consentimento, mas porque se introduziram num espaço alheio, o que os sujeitaria assim às ditas “regulações do dono”.



ambientes, às ditas “regulações do dono”.

Não parto da ideia de regulação do *website* como um espaço, mas sim da regulação das condições de acesso ao produto. Afasto-me, pois, do domínio dos direitos reais e da titularidade de direitos de exclusivo. Estão em causa condições de acesso a um produto que é concebido e disponibilizado de certa forma e não de outras: as condições nas quais ele é comercializado, posto no mercado. Os consumidores sabem que elas existem e lê-las-ão se e na medida em que as considerarem essenciais à tomada de decisão sobre se adquirem ou não aquele produto.

De resto, tais condições incluem frequentemente cláusulas de teor estritamente jurídico, tais como as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade civil e mesmo as cláusulas de escolha de lei e de foro⁵⁵. Porque não admitir a sua validade e eficácia nos termos e com os limites geralmente aplicáveis, ou mesmo noutros que especificamente os regulem, mas sem as sujeitar à exigência irrealista do consentimento informado do consumidor? Simplesmente, se as despojamos de natureza contratual, torna-se mais clara a falta que faz uma reflexão sobre o fundamento último – e os limites – da sua vinculatividade. Uma questão fundamental,

⁵⁵ Nunca, nas inúmeras vezes que encomendei livros na *Amazon.co.uk*, li os respetivos “termos de uso”. Fui lá espreitar agora, por curiosidade. O meu consentimento nunca foi informado, por opção própria. Confiei na marca, nas recomendações que me foram feitas, depois nas boas experiências que fui tendo, mas também – fundamentalmente – no sistema. Naturalmente que suspeitei que algures existiria uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade civil, e ela efetivamente lá está. Também imaginei que houvesse cláusulas de escolha de lei e de foro. Parece que a “nossa escolha” recaiu na lei e nos tribunais do Grão-Ducado do Luxemburgo.



ainda sem uma resposta satisfatória, será a de saber se neste modo de vinculação o predisponente pode constituir obrigações na esfera das suas contrapartes. Serão eles uma nova fonte de obrigações? Em que medida é posto em causa o princípio do contrato, ínsito no art. 406.º, n.º 2, do Código Civil?

IV. A tutela devida ao consumidor que contrata sem ler

É devida uma reflexão geral sobre o tema, que dê resposta, simultaneamente, à questão de saber como se protege, neste contexto que é ainda relativamente recente, o consumidor. A meu ver, o consumidor protege-se, antes de mais, reconhecendo que a realidade atualmente é esta, esmagadoramente esta, e que não há absolutamente nada de errado com o seu comportamento. O consumidor que aceitou sem ler simplesmente confiou na outra parte, eventualmente num terceiro que escolheu para o aconselhar e – fundamentalmente – também no sistema. E essa é uma confiança que o sistema deve tutelar. Mal seria se assim não fosse.

Mas já vai sendo assim. Felizmente, temos atualmente todo um manancial de regimes de proteção dos consumidores que, entre outros mecanismos, controlam e impõem limites ao conteúdo das cláusulas previamente elaboradas pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços. Temos, desde logo, o regime da defesa do consumidor⁵⁶. Temos o regime das cláusulas contratuais gerais, em que entre nós se inclui o das cláusulas abusivas nos contratos

⁵⁶ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada diversas vezes, a última das quais pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho (que a republica).



celebrados com os consumidores⁵⁷. A minha defesa da natureza não contratual de muitos destes clausulados não toca na aplicabilidade, a tais clausulados, deste e dos restantes regimes em vigor. Há depois o regime das indicações de preços dos bens e serviços oferecidos aos consumidores⁵⁸. Há o regime da compra e venda de bens de consumo⁵⁹. O regime da segurança geral dos bens e serviços⁶⁰. O regime da responsabilidade do produtor⁶¹. O regime das prestações de serviços⁶². O regime das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores⁶³. O regime do comércio

⁵⁷ DL n.º 446/85, de 25 de outubro, e Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, transposta para o direito português pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto, e pelo DL n.º 249/99, de 7 de julho, que alteraram o DL n.º 446/85. O referido diploma foi ainda alterado pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro. Cfr. ainda a Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro (registo de cláusulas abusivas).

⁵⁸ DL n.º 138/90, de 26 de abril, alterado pelo DL n.º 162/99, de 13 de maio, que transpõe para o direito português a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998.

⁵⁹ DL n.º 67/2003, de 8 de abril, que transpõe para o direito português a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 84/2008, de 21 de maio.

⁶⁰ DL n.º 69/2005, de 17 de março, que transpõe para o direito português a Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 57/2007, de 27 de abril, e pelo DL n.º 126-C/2011, de 29 de dezembro.

⁶¹ DL n.º 383/89, de 6 de novembro, que transpõe para o direito português a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril.

⁶² DL n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpõe para o direito português a Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006.

⁶³ DL n.º 57/2008, de 26 de março, que transpõe para o direito português a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 205/2015, de 23 de setembro.



eletrónico⁶⁴. O regime da contratação à distância e fora do estabelecimento comercial⁶⁵. O regime da proteção de dados pessoais⁶⁶. As exigências em matéria de escolha de lei⁶⁷ e de foro⁶⁸.

⁶⁴ DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para o direito português a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000. O referido diploma foi entretanto alterado pelos DL n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Ainda na forja, cfr. a proposta de diretiva da Comissão Europeia, aprovada em 9 de dezembro de 2015, sobre a compra e venda de bens de consumo em linha ou à distância, ref. COM/2015/0635 final – 2015/0288 (COD).

⁶⁵ DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe para o direito português a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011. O referido diploma foi entretanto alterado pela lei n.º 47/2014, de 28 de julho. Para a contratação à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, temos o DL n.º 95/2006, de 29 de maio, que transpõe para o direito português a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 134/2009, de 2 de junho; pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho; pela Lei n.º 14/2012, de 26 de março; e pelo DL n.º 242/2012, de 7 de novembro.

⁶⁶ Regulamento (EU) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral da proteção de Dados, com entrada em vigor em 25 de maio de 2018). Cfr. ainda a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, transposta para o direito português pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto.

⁶⁷ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

⁶⁸ Regulamento (EU) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I bis).



Os regimes de resolução extrajudicial de litígios de consumo⁶⁹ e de resolução de litígios de consumo em linha⁷⁰. Isto para referir apenas os mais significativos, pois a lista não é exaustiva⁷¹.

Ou seja, o risco que um consumidor atualmente assume ao aceitar sem ler já é, apesar de tudo, um risco controlado. Até certo ponto, é justificada a confiança que o consumidor deposita, quando a deposita, no bom funcionamento do sistema: em princípio, nada de verdadeiramente grave irá constar do clausulado, e se constar muito provavelmente o consumidor poderá mais tarde vir a invocar a sua invalidade.

Ainda assim, a proteção ainda não se afigura suficiente. Ainda há algumas arestas por limar. Desde logo porque, como se disse acima, a proteção dos consumidores de torradeiras ainda é, neste momento, bastante superior à dos consumidores de serviços. Mas não é só esse o problema. De uma forma geral, creio que, para que possa proteger-se eficazmente o consumidor que aceita sem ler, há que começar por reconhecer que assim é. Em seguida, há que pôr em prática um sistema de controlo de conteúdo que explicitamente dispense o consumidor da leitura da generalidade das cláusulas que lhe são impostas: um sistema que distinga eficazmente aquilo que pode constar de um documento, mais ou menos longo, que quase

⁶⁹ Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpõe para o direito português a Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 102/2017, de 23 de agosto.

⁷⁰ Regulamento (EU) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013.

⁷¹ Cfr. uma lista mais completa em J. MORAIS CARVALHO, cit. *supra* n. 20, pp. 401-406.



nenhum consumidor irá ler – aquilo que o consumidor pode aceitar sem ler, acreditando que nada de muito grave acontecerá se o fizer – daquilo que seria mesmo importante o consumidor analisar antes de contratar, não só pela importância de uma decisão consciente mas também porque, por hipótese, estão em causa estipulações que lhe impõem condutas, positivas ou negativas, sendo o seu conhecimento condição necessária do respetivo cumprimento.

Há também que desfazer uma confusão que ainda persiste, muito por influência do direito europeu, entre estes dois modelos bem distintos de tutela: o modelo informacional, assente no princípio da transparência, e o modelo impositivo de um controlo externo do conteúdo dos clausulados⁷². Uma vez que,

⁷² Como exemplo, veja-se o disposto no § 307 do BGB, resultante da transposição da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. O preceito, cuja epígrafe é, precisamente, “controlo de conteúdo”, dispõe que as cláusulas são abusivas quando, contrariando as exigências de boa fé, criem desvantagens injustificadas na esfera do consumidor. Está em causa, pois, o controlo do conteúdo de tais cláusulas. No entanto, dispõe em seguida que a desvantagem injustificada também pode resultar de uma redação que não seja clara ou compreensível para consumidor, de onde a doutrina e a jurisprudência retiram a consagração do princípio da transparência, assim abrindo a porta a que se confundam os planos do controlo de conteúdo e da prestação de informação sobre o dito conteúdo. Semelhante confusão está também presente, designadamente, no Ac. STJ de 02.12.2013 (transcrição *supra*, n. 16). Para uma crítica feroz à confusão patente na jurisprudência alemã sobre o tema, e uma defesa de que o modelo informacional não serve como meio de controlo de conteúdo dos contratos, cfr. H. C. GRIGOLEIT, cit. *supra* n. 11. O autor analisa a questão no contexto dos contratos de *swap*, concluindo que são uma excelente demonstração dessa tese: embora na estrutura sejam altamente complexos, os exemplos analisados eram também completamente transparentes. Depois de apontar as insuficiências do modelo informacional, o autor busca meios



esmagadoramente, os clausulados não são lidos, o modelo informacional não serve, de todo, como meio de controlo do conteúdo de tais clausulados. Esse controlo deve ser feito externamente, pelos tribunais, que devem ser dotados de ferramentas adequadas a esse propósito: ferramentas semelhantes às que já existem quanto aos conteúdos abusivos, mas que partam de um reconhecimento de que esse controlo será mesmo o único, visto que os próprios consumidores não irão exercer internamente esse controlo, distinguindo entre os conteúdos seguros, a que os consumidores podem razoavelmente vincular-se sem sequer os ler a não ser que as suas circunstâncias ou exigências sejam de algum modo diferentes das que seriam de esperar, e os conteúdos que o consumidor deve ser levado a consentir especificadamente, e não por atacado. Atualmente esta via está ainda muito subaproveitada, de tal forma que, muitas vezes, o único conteúdo sobre o qual o consumidor é chamado a pronunciar-se, além dos aspetos mais óbvios como o artigo que tenciona adquirir e o respetivo preço, e procedimentos de pagamento e de entrega, diz respeito à aceitação do tratamento de dados pessoais – que, pese embora a sua importância, não será porventura em muitos casos o aspeto mais

alternativos para um controlo de conteúdo eficaz, sustentando que, no direito alemão, esse controlo deve assentar na cláusula dos bons costumes: § 138 do BGB. Muito embora o seu diagnóstico seja certo, entre nós não há motivos para se adotar semelhante tratamento. O autor observa ainda que, atendendo aos limites ao estabelecimento de proibições de conteúdo por parte da jurisprudência, melhor seria que a reforma proviesse do poder legislativo, funcionalmente mais adequado a avaliar o contexto macroeconómico e comercial relevante.



marcante do negócio⁷³.

É neste ponto que nos falta uma reflexão séria, que, partindo do reconhecimento de que tais clausulados muitas vezes não integram o contrato, se dedique a identificar exatamente que modalidades de regras pode o predisponente criar por esta via. E, designadamente, se neste modo de vinculação o predisponente pode constituir obrigações na esfera das suas contrapartes.

Numa outra perspetiva, mas tomando como ponto de partida o mesmo reconhecimento de que os clausulados não são lidos pela generalidade dos seus destinatários, há que perceber o que sucede quando um dado produto não corresponde às necessidades e exigências de um dado consumidor. Disse acima que a proteção dos consumidores de torradeiras ainda é, neste momento, bastante superior à dos consumidores de serviços. Ora melhor seria tratar todos os produtos, em grande medida, como já tratamos as torradeiras: designadamente, exigindo em todos os casos a conformidade entre o bem e o contrato⁷⁴. De acordo com o regime atual, presume-se que não há conformidade se não corresponderem à descrição que deles é feita pelo fornecedor, se

⁷³ Por força do disposto no art. 6.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, atualmente em vigor na versão resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, mas prestes a ser substituída pelo Regulamento (EU) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral da proteção de Dados, com entrada em vigor em 25 de maio de 2018).

⁷⁴ Para uma defesa da aplicação do regime de fornecimento de produtos defeituosos, cfr. D. G. BAIRD, cit. *supra* n. 46; e M. J. RADIN, cit. *supra* n. 19, a pp. 529-531.



não forem adequados aos usos habituais dos bens do mesmo tipo ou ao uso específico para o qual o consumidor os destine, desde que conhecido do fornecedor, se não apresentarem as qualidades e o desempenho que o consumidor pudesse razoavelmente esperar⁷⁵.

Se o que agora se disse não tem ainda inteira correspondência no direito vigente, há indícios de que a situação talvez esteja prestes a mudar. Muito embora os deveres de informação a cargo do fornecedor pareçam ter vindo para ficar, em complemento de toda a informação que o fornecedor deve dirigir ao consumidor há que sublinhar que, cada vez mais, se põe a tónica também na informação que o fornecedor deve colher, quer do mercado, quer de cada um dos seus clientes.

Estabelecem-se novos “requisitos de governação dos produtos”: os fornecedores “devem manter, aplicar e rever um processo de aprovação de cada produto (...) ou de adaptações importantes (...) antes da sua comercialização ou distribuição aos clientes”. Esse processo deve “especificar o mercado-alvo” e procurar “satisfazer as necessidades do mercado-alvo”⁷⁶. Ou seja, num primeiro momento o fornecedor deve esforçar-se por conceber produtos que respondam a necessidades e exigências de um conjunto de gente previamente identificada. Num segundo momento, perante cada

⁷⁵ Art. 2.º do DL n.º 67/2003, de 8 de abril (regime da compra e venda de bens de consumo), que transpõe para o direito português a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999. O referido diploma foi entretanto alterado pelo DL n.º 84/2008, de 21 de maio.

⁷⁶ Excertos retirados do art. 25.º da Diretiva (UE) 2016/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro de 2016, sobre a distribuição de seguros (“DDS”).



cliente, há que “transmitir ao cliente uma recomendação personalizada na qual explique a razão pela qual um produto concreto constituiria a melhor solução para as exigências e as necessidades do cliente”⁷⁷.

Em suma, antes de mais, há que saber ouvir. Se o produto afinal não satisfaz as necessidades e as exigências do consumidor, em lugar de se lhe apontar o dedo, acusando-o de não ler, ou de não compreender, há que verificar se o fornecedor fez o que se lhe exigia para adequar a oferta à procura. Se o produto em causa não serve as necessidades e exigências típicas de nenhum grupo de consumidores, o produto tem defeito. Se serve, mas não serve as necessidades e exigências daquele consumidor em particular, verificando-se ainda que o fornecedor as conhecia ou devia conhecê-las, continua a ser um produto defeituoso. Em ambos os casos, o intérprete concluiu que o contrato foi celebrado e o produto não era conforme ao contrato. É um problema na execução do contrato, que há que corrigir.

Consoante as circunstâncias, o intérprete pode ainda concluir que foi efetivamente aquele e não outro o produto contratualmente prometido ao cliente, caso em que se socorrerá do instituto da responsabilidade civil pré-contratual, pois o problema já não é na execução mas sim na celebração do contrato: não é um problema de desconformidade entre o produto e o contrato, mas sim de celebração de um contrato diferente do contrato que seria mais adequado àquele cliente⁷⁸.

Finalmente, pode suceder que o intérprete conclua que o

⁷⁷ Art. 20.º/1 da DDS.

⁷⁸ Aplicar-se-á, pois, o regime do art. 227.º do Código Civil (*culpa in contrahendo*).



problema em causa se situa na esfera de risco do consumidor. Porque este, quando decide não ler, assume para si algum risco: o consumidor toma uma decisão sobre os aspetos do contrato que considera essenciais. Quanto aos restantes, confia sem ler. Até agora, ocupei-me da defesa de um sistema que tutele esta escolha de forma clara, não penalizando injustificadamente quem se limita a agir como todos os demais. Não significa isto que se isente o consumidor de toda e qualquer responsabilidade pelas consequências da sua decisão. Entendo que o sistema deve proteger o consumidor de todo e qualquer bem, em sentido amplo, incluindo os serviços, na mesma medida em que já protege o consumidor de bens de consumo⁷⁹. Se este último compra uma torradeira que explode à primeira utilização, ou uma torradeira que não torre o pão, o sistema protege-o. Se na verdade o consumidor desejava uma torradeira multifunções, com diferentes graus de tostagem, incluindo as funções de aquecimento sem tostar e de descongelamento, e ainda com relógio e temporizador, se não leu as especificações técnicas, fez mal, pois neste caso, claramente, deveria ao menos ter passado os olhos por elas.

⁷⁹ Com o sentido, significativamente mais restrito, definido na alínea b) do art. 1.º-B do DL n.º 67/2003 (compra e venda de bens de consumo): os «bens de consumo» a cujo fornecimento o regime atualmente se aplica são apenas as coisas corpóreas, móveis ou imóveis. O sentido amplo que uso é o definido *supra*, na n. 21. Atualmente ainda ficam, pois, de fora deste regime, não apenas os serviços que não se traduzam no fabrico de coisas corpóreas, como as coisas incorpóreas.



Conclusões

O modelo tradicional de formação do contrato está em crise, numa sociedade em que já ninguém lê coisa nenhuma e em que nem pestanejamos quando impacientemente clicamos em “li e aceito” para nos libertarmos do que para nós não é mais do que um brevíssimo obstáculo à conclusão de mais uma compra *online*.

A sociedade de consumo em que vivemos, e a inerente facilidade de acesso a toda uma imensidão de bens, levam-nos a um imediatismo agilizador de procedimentos, simplificador de escolhas. Não é por falta de escolhas, mas pela sua abundância, que nos sucede ocuparmos cada vez menos tempo com cada uma delas. Assim, na atual sociedade da informação, paradoxalmente, o modelo de tutela do consumidor assente numa multiplicação de deveres de informação – modelo informacional – simplesmente não funciona. Nenhuma lei, em parte alguma, será suficientemente forte para fazer prevalecer a regra de que não se compra sem ler.

A afirmação de que já ninguém lê coisa nenhuma é suportada em estudos empíricos. Há, pois, que reconhecer que assim é e proteger de outra forma o consumidor que não lê sem lhe apontar o dedo. Há que tratar o tempo como um bem escasso e deixar de supor que o cidadão médio, que use de comum diligência, é alguém que não aceita sem ler. Não é. Todos o fazemos.

Na análise do fenómeno de contratação em massa, há que separar o plano do contrato e o plano do produto. Neste contexto, normalmente confundem-se as regras, tipicamente mais simples, que necessariamente pertencem ao plano do contrato, e as regras bem mais complexas que talvez devêssemos qualificar como regras



de funcionamento ou de acesso ao produto, despojando-as de uma natureza contratual que em muitos casos – não digo em todos – se afigura manifestamente forçada.

Não significa isso que tais clausulados sejam inválidos ou ineficazes. Porque não admitir a sua validade e eficácia nos termos e com os limites geralmente aplicáveis, ou mesmo noutros que especificamente os regulem, mas sem os sujeitar à exigência irrealista do consentimento informado do consumidor? Se os despojarmos de natureza contratual, torna-se mais clara a falta que faz uma reflexão sobre o fundamento último – e os limites – da sua vinculatividade. Uma questão fundamental, ainda sem uma resposta satisfatória, será a de saber se neste modo de vinculação o predisponente pode constituir obrigações na esfera das suas contrapartes. Serão eles uma nova fonte de obrigações? Em que medida é posto em causa o princípio do contrato, insito no art. 406.º, n.º 2, do Código Civil?

O consumidor que aceitou sem ler simplesmente confiou na outra parte, eventualmente num terceiro que escolheu para o aconselhar e – fundamentalmente – também no sistema. E essa é uma confiança que o sistema deve tutelar. Mal seria se assim não fosse. Mas já vai sendo assim: há neste momento todo um manancial de regimes de proteção dos consumidores que, entre outros mecanismos, controlam e impõem limites ao conteúdo das cláusulas previamente elaboradas pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços.

Ainda assim, há algumas arestas por limar. Para proteger eficazmente o consumidor que aceita sem ler, há que começar por reconhecer que assim é. Em seguida, há que pôr em prática um



sistema de controlo de conteúdo que explicitamente dispense o consumidor da leitura da generalidade das cláusulas que lhe são impostas: um sistema que distinga eficazmente aquilo que o consumidor pode aceitar sem ler, acreditando que nada de muito grave acontecerá se o fizer – daquilo que seria mesmo importante o consumidor analisar antes de contratar, não só pela importância de uma decisão consciente mas também porque, por hipótese, estão em causa estipulações que lhe impõem condutas, positivas ou negativas, sendo o seu conhecimento condição necessária do respetivo cumprimento.

Uma vez que, esmagadoramente, os clausulados não são lidos, o modelo informacional não serve, de todo, como meio de controlo do conteúdo de tais clausulados. Esse controlo deve ser feito externamente, pelos tribunais, que devem ser dotados de ferramentas adequadas a esse propósito.

Há ainda que perceber o que sucede quando um produto não corresponde às necessidades e exigências de um consumidor. Melhor seria tratar todos os produtos, em grande medida, como já tratamos os bens de consumo: designadamente, exigindo em todos os casos a conformidade entre o bem e o contrato, e presumindo a não conformidade se o bem ou serviço não corresponder à descrição que dele é feita pelo prestador, se não for adequado aos usos habituais de bens ou serviços do mesmo tipo ou ao uso específico para o qual o consumidor o destine, desde que conhecido do prestador, se não apresentar as qualidades e o desempenho que o consumidor pudesse razoavelmente esperar.

Muito embora os deveres de informação a cargo do fornecedor pareçam ter vindo para ficar, em complemento de toda a



informação que o fornecedor deve dirigir ao consumidor há que sublinhar que, cada vez mais, se põe a tónica também na informação que o fornecedor deve colher, quer do mercado, quer de cada um dos seus clientes. Em suma, há que saber ouvir.

Se o bem em causa não serve as necessidades e exigências do consumidor, em certos casos será de concluir que tem defeito: há um problema de desconformidade com o contrato. Noutros casos, contratou-se algo que não servia ao consumidor, podendo concluir-se que houve *culpa in contrahendo* do prestador. Finalmente, pode suceder que o problema se situe na esfera de risco do consumidor. Porque este, quando decide não ler, assume para si algum risco, tomando uma decisão sobre os aspetos do contrato que considera essenciais.

Margarida Lima Rego



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2019-01-06