

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 16 de Dezembro de 1999 *

1. Por despachos, de conteúdo idêntico, de 31 de Março e de 1 de Abril de 1998, o Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (Espanha) submeteu ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre a interpretação da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores¹ (a seguir «directiva»). Trata-se da primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre esta directiva. Em particular, o juiz de reenvio pergunta se o sistema de protecção garantido pela directiva aos consumidores implica que o juiz, ao decidir de um litígio relativo ao alegado incumprimento de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula inserida nesse contrato. No caso vertente, trata-se de uma cláusula que atribui ao juiz do foro onde está situada a sede da empresa competência exclusiva para se pronunciar sobre os litígios relativos à execução de um contrato de compra e venda.

A regulamentação comunitária

2. A directiva tem por objectivo aproximar as disposições legislativas, regulamentares e

administrativas dos Estados-Membros relativas às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor (artigo 1.º, n.º 1).

Nos termos do artigo 2.º, entende-se por «profissional» qualquer pessoa singular ou colectiva que seja activa no âmbito da sua actividade profissional, pública ou privada, e, por «consumidor», qualquer pessoa singular que actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional.

3. A directiva tem como objectivo assegurar, nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, uma protecção mínima ao consumidor, deixando a estes a possibilidade de prever um nível de protecção mais elevado através de disposições mais rigorosas do que as da directiva (décimo segundo e décimo sétimos considerandos; artigo 8.º).

Quanto ao seu domínio de aplicação, regula apenas as cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual: nos termos do artigo 3.º, n.º 2, «considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre

* Língua original: italiano.

1 — JO L 95, p. 29.

que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão». Esta disposição precisa no parágrafo seguinte que «o facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objecto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão». O terceiro parágrafo acrescenta que, «se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova».

4. A directiva contém uma definição de carácter geral de cláusula abusiva. No artigo 3.º, n.º 1, prevê que «uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato».

O artigo 4.º acrescenta que, «sem prejuízo do artigo 7.º, o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objecto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa». Esta apreciação «não incide nem sobre a definição do objecto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a

remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível».

5. Para determinar concretamente as cláusulas que criam um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, a directiva cita, em anexo, as cláusulas que podem ser declaradas abusivas; esta lista tem carácter puramente indicativo e não exaustivo, e deixa aos Estados-Membros o cuidado de completá-la ou formulá-la em termos mais restritivos no quadro da sua legislação (décimo sétimo considerando e artigo 3.º, n.º 3).

Entre as cláusulas previstas no anexo figuram as que têm por objectivo ou efeito «suprimir ou entravar a possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante» [alínea q)].

6. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, «os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consu-

midor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas».

Além disso, os Estados-Membros devem providenciar «para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional» (artigo 7.º, n.º 1); em particular, estes meios compreendem disposições que permitem às pessoas ou organizações recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes a fim de que estes determinem se as cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm carácter abusivo e aplicam os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas (artigo 7.º, n.º 2). A directiva não indica, porém, de forma expressa, se o juiz nacional tem ou não o poder de conhecer oficiosamente o carácter abusivo da cláusula e, por conseguinte, a sua inoponibilidade ao consumidor.

7. Os Estados-Membros tinham a obrigação de transpor a directiva no direito interno até 31 de Dezembro de 1994. As disposições da directiva são aplicáveis a todos os contratos celebrados após esta data (artigo 10.º, n.º 1).

A legislação nacional

8. A directiva foi transposta no direito espanhol pela Lei n.º 7/1998, de 13 de Abril de 1998², portanto com atraso relativamente ao prazo previsto. Esta lei tem por objectivo, de acordo com o que está indicado no seu preâmbulo, transpor a regulamentação comunitária respeitante às cláusulas contratuais nos contratos celebrados pelos consumidores e regular as condições gerais de contrato. Nos termos da terceira disposição final, a lei entrou em vigor na sequência de uma *vacatio legis* de vinte dias a contar da data de publicação no *Boletín Oficial del Estado*, isto é, em 3 de Maio de 1998.

9. A lei de 1998 alterou a Lei n.º 26/1984, de 9 de Julho de 1984, relativa à protecção do consumidor³, introduzindo, entre outros, um novo artigo 10.º-A com a definição de cláusulas abusivas, as quais incluem todas as disposições não negociadas individualmente, que, não obstante a exigência de boa fé, criam em detrimento do consumidor um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes que decorrem do contrato. O segundo parágrafo deste artigo prevê que são nulas de pleno direito, e consideradas inexistentes, as cláusulas, condições e disposições que apresentem carácter abusivo.

2 — Ley de 13 de Abril de Condiciones Generales de la Contratación (BOE de 14 de Abril de 1998).

3 — Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n.º 176, de 24 de Julho de 1984).

Na aceção e nos termos do artigo 10.º-A, devem ser consideradas abusivas as cláusulas previstas pelas disposições adicionais, das quais fazem parte, no n.º 27, as disposições que atribuem competência a um tribunal diferente do do foro do domicílio do consumidor ou do local de cumprimento da obrigação.

As acções previstas pela lei podem ser instauradas em juízo a partir da data de entrada em vigor da lei, mesmo relativamente aos contratos celebrados anteriormente. Contudo, no caso de que nos ocupamos, a lei ainda não estava em vigor na data em que as sociedades demandantes acionaram os consumidores, de forma que as novas disposições não são aplicáveis ao caso vertente. Anteriormente, a protecção dos consumidores contra as cláusulas abusivas inseridas nos contratos celebrados com um profissional estava regulada pela Lei n.º 26/1984, já referida. Esta lei exigia que as disposições inseridas nos contratos indicados fossem, entre outras, conformes à boa fé e garantissem o justo equilíbrio entre as diferentes prestações. Por conseguinte, eram consideradas nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, entendidas como cláusulas que lesam de forma desproporcionada ou não equitativa o consumidor, ou que criam no contrato uma situação de desequilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes em detrimento dos consumidores ou utilizadores [artigo 10.º, n.º 1, alínea c), ponto 3].

10. Por último, deve acrescentar-se que as disposições espanholas em matéria de protecção do consumidor, incluindo as contidas na lei de transposição da directiva, não

regulam expressamente a questão da possibilidade de conhecer oficiosamente a nulidade das cláusulas abusivas. Não parece existir no direito espanhol base jurídica na qual possa claramente assentar a competência do juiz para examinar esta nulidade na ausência de iniciativa das partes. Na jurisprudência espanhola, o problema em causa recebeu até à data soluções contraditórias, tendo alguns juízes entendido poder retirar esse poder expressamente da directiva.

Os factos na origem do processo e as questões prejudiciais

11. Em diferentes datas, entre o mês de Maio de 1995 e o mês de Abril de 1996, a sociedade Océano Grupo Editorial SA e R. Murciano Quintero, residente em El Ejido (Almeria), e a sociedade Salvat Editores SA e J. M. Sánchez-Alcón Prades, J. L. Copano Badillo, M. Berroane e E. Vinãs Feliu, todos residentes em diversas localidades espanholas, celebraram contratos de compra e venda a prestações de uma enciclopédia.

12. Nestes contratos, preestabelecidos pelos vendedores sob a forma de formulários, as partes aceitavam que, em caso de litígio, a competência exclusiva na matéria cabia ao tribunal de Barcelona, cidade na qual as referidas sociedades tinham a sua sede principal.

13. Na sequência da falta de pagamento pelos compradores nas datas de vencimento acordadas, a sociedade Océano Grupo Editorial SA, em 25 de Julho, e a sociedade Salvat Editores SA, respectivamente em 18 de Setembro, 16 de Dezembro e 19 de Dezembro de 1997, instauraram acções no Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, pedindo a condenação destas pessoas no pagamento das somas acordadas.

Aquando da instauração destas acções, a directiva ainda não tinha sido transposta para o direito espanhol. O juiz *a quo* tem, porém, dúvidas de que a cláusula contendo um pacto de aforamento, que consta do contrato, seja válida na medida em que devia ser qualificada de «abusiva» segundo as disposições da directiva. Em seu entender, o tribunal competente deveria ser o do foro do domicílio dos demandados. Em 9 de Setembro de 1997, este juiz transmitiu o dossiê ao Ministério Público a fim de que este desse o seu parecer sobre a possibilidade de declarar oficiosamente a nulidade da cláusula contendo um pacto de aforamento. Este respondeu que, no quadro do «juicio de cognición»⁴, aplicável no caso vertente, não é possível suscitar oficiosamente a falta de competência quando o juiz designado pelas partes de um contrato é o do foro do domicílio de pelo menos uma delas⁵.

14. Por despachos de 31 de Março de 1998 (C-240/98 e C-241/98) e de 1 de Abril

de 1998 (C-242/98, C-243/98 e C-244/98), o Juzgado de Primera Instancia de Barcelona decidiu, por conseguinte, submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O âmbito da protecção do consumidor nos termos da Directiva 93/13/CEE do Conselho, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, permite ao juiz nacional apreciar oficiosamente o carácter abusivo dum cláusula ao apreciar a questão prévia da admissibilidade dum acção proposta nos tribunais comuns?»

15. Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 20 de Julho de 1998, os processos foram apensos para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.

Quanto ao mérito

16. Com a sua questão prejudicial, o juiz *a quo* pretende saber se, na ausência de transposição da directiva no prazo previsto, está autorizado a apreciar oficiosamente a sua falta de competência na medida em que esta lhe foi atribuída por uma cláusula contratual que considera «abusiva» na aceção daquela directiva.

4 — Trata-se de um processo sumário à qual a parte demandante pode recorrer em litígios de valor reduzido (de 80 000 a 800 000 ESP).

5 — V. artigo 1.º da lei de 17 de Julho de 1948, relativa à competência dos órgãos jurisdicionais municipais (BOE n.º 200, de 18 de Julho de 1948), e artigo 32.º do decreto de 21 de Novembro de 1952, que regula o processo de «cognición» (BOE n.º 337, de 2 de Dezembro de 1952).

Para apreciar esta questão, e fornecer ao juiz nacional uma resposta útil, entendemos ser necessário recorrer a duas operações sucessivas: em primeiro lugar, trata-se de interpretar as disposições da directiva, a fim de precisar se a cláusula contendo um pacto de aforamento a favor do juiz do foro da sede da empresa é uma cláusula abusiva e, em caso afirmativo, se a directiva e outras regras de direito comunitário impõem ao juiz nacional que aprecie oficiosamente a questão da sua incompetência quando deva pronunciar-se com base numa cláusula deste tipo, mesmo que tenha de deixar de aplicar uma regra processual interna que conduziria a uma solução diferente em termos de competência territorial. Em segundo lugar, há que apreciar se esta não aplicação pode eventualmente intervir num litígio como o do processo principal, cujas partes são pessoas privadas, não obstante a regra comunitária, cujo conteúdo difere das regras processuais internas, estar integrada numa directiva não transposta.

17. No que respeita à qualificação da cláusula contratual visada, diremos desde já que deve ser considerada uma «cláusula abusiva» à luz da directiva. Lembramos que se trata de uma cláusula, inserida num contrato entre um profissional e um consumidor, que indica como juiz competente a título exclusivo, para os litígios decorrentes do contrato, o do foro da sede da empresa. Como observou o Governo francês, se é verdade que uma cláusula deste tipo não figura expressamente na lista das «cláusulas abusivas» visadas no anexo da directiva, tal circunstância não pode ser julgada determinante, e isso por uma série de razões. Segundo o Governo francês, a cláusula em causa integra-se na categoria

geral visada na alínea q) do anexo, já referida, na medida em que tem por efeito limitar «a possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso por parte do consumidor». É, porém, da maior importância para o caso vertente o facto de que, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, o anexo contém «uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas»⁶, podendo os Estados-Membros acrescentar outras cláusulas, as quais, evidentemente, estarão sujeitas ao mesmo regime do que o das previstas pela directiva. Em definitivo, para que uma cláusula contratual fique abrangida pelo seu campo de aplicação, a directiva exige apenas que aquela não seja negociada individualmente entre o profissional e consumidor e crie «um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato» (artigo 3.º, n.º 1). Relativamente a estes parâmetros de carácter geral, os Estados-Membros podem indicar outras cláusulas, mais específicas, para além das contidas na lista: neste caso, as cláusulas serão «abusivas» à luz da directiva e estarão, portanto, sujeitas, como se disse, ao regime que esta quer aplicar-lhes.

18. Resulta do que acabámos de expor que apreciar se uma cláusula como a que está em causa nos litígios do processo principal é «abusiva» ou não requer exclusivamente uma interpretação do texto da directiva, e

6 — V. também o décimo sexto considerando que precisa que, «para efeitos da presente directiva, a lista das cláusulas constante do anexo terá um carácter meramente indicativo e que, devido a esse carácter mínimo, poderá ser alargada ou limitada, nomeadamente quanto ao alcance de tais cláusulas, pelos Estados-Membros no âmbito das respectivas legislações».

em particular das disposições do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2. Neste contexto, o anexo da directiva só pode ter um valor puramente indicativo. Dito isto, entendemos que uma cláusula subscrita pelo consumidor mas não negociada individualmente, na medida em que está integrada num contrato de adesão, que obriga aquele a agir e defender-se perante o juiz do foro da sede da empresa relativamente a qualquer litígio decorrente do contrato, comporta vantagens incontestáveis em favor desta última e, em contrapartida, o risco de reduzir sensivelmente os direitos de defesa do consumidor. Com efeito, como precisou o juiz *a quo* no despacho de reenvio, com base na experiência concreta em matéria processual, a obrigação de submeter-se à competência do tribunal do foro da sede da empresa, que pode situar-se em local afastado da sua residência, implica para o consumidor o risco de se ver na impossibilidade prática de se defender atendendo aos elevados custos que representa a sua comparência em juízo, sobretudo se os compararmos ao modesto valor do litígio; a isto acresce que as pessoas envolvidas nestes processos são, na maioria das vezes, de origem social modesta e possuem meios económicos limitados. Inversamente, a cláusula em questão confere indiscutíveis vantagens ao profissional que, dessa forma, pode evitar ter de dirigir-se a diversos tribunais competentes com base nas regras processuais, reunindo o contencioso respeitante aos contratos com os consumidores no foro da sua sede, o que para ele é manifestamente mais cómodo e menos oneroso do ponto de vista financeiro. Entendemos que uma situação deste tipo provoca, sem dúvida, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes. Daqui decorre que a cláusula em questão pode ser definida como «abusiva» na acepção da directiva, tendo como consequência que o regime favorável ao consumidor por esta previsto, em particular o facto de, com base no

artigo 6.º, a cláusula contendo um pacto de aforamento não ser vinculativa, poder certamente aplicar-se ao caso vertente.

19. Também não é despiciente o facto de, aquando da transposição da directiva, ou seja, no momento de dar um conteúdo concreto ao princípio geral visado no artigo 3.º, n.º 1, da directiva, o Estado espanhol, de acordo com as soluções adoptadas nos outros Estados-Membros⁷, ter expressamente querido incluir na lista das cláusulas abusivas a que impõe o recurso a um tribunal diferente do do foro do domicílio do consumidor ou do da execução da obrigação⁸. À luz destes argumentos, pode fundamentalmente concluir-se que a cláusula contida num contrato entre um consumidor e uma empresa que, para qualquer litígio ligado ao contrato, prevê como juiz competente exclusivamente o do foro da sede social da empresa, está abrangida pela noção de «cláusula abusiva» na aceção da directiva.

7 — O artigo 1469.º-A do código civil italiano, acrescentado pela Lei n.º 25, de 6 de Fevereiro de 1996, de aplicação da directiva, prevê que, até prova em contrário, se presume abusiva a cláusula que tenha por objectivo ou por efeito «estabelecer como competente um foro diferente do da residência ou do domicílio escolhido do consumidor» (v. artigo 19.º, n.º 3); em França, a «recommandation de synthèse» n.º 91-02, adoptada pela Comissão das cláusulas abusivas criada pelo artigo L-132.2 do code de la consommation, inclui entre as cláusulas presumidas abusivas as que têm por objectivo ou efeito «detragar as regras legais de competência territorial ou de atribuição».

8 — V. a primeira disposição adicional da Lei n.º 7/1998, já referida, n.º 27. A legislação anteriormente em vigor continha uma formulação de carácter geral que poderia, em nosso entender, ser interpretada de forma a incluir entre as cláusulas contratuais proibidas a que é objecto do presente processo [artigo 10.º, n.º 1, alínea c), n.º 3, da Lei n.º 26/1984, já referida].

20. Entendendo-se, por conseguinte, que a solução dos litígios do processo principal implica uma apreciação da competência do juiz de reenvio, apreciação esta a efectuar à luz das disposições da directiva, há que abordar agora o problema seguinte segundo a ordem lógica, que é objecto da questão prejudicial; trata-se de apreciar se o juiz nacional pode declarar oficiosamente a sua incompetência quando é chamado a resolver um litígio com base numa cláusula, inserida num contrato entre um consumidor e um profissional, que considera abusiva na medida em que atribui competência exclusiva ao juiz do foro da sede social deste último.

21. Quanto ao mérito, entendemos necessário sublinhar, em primeiro lugar, que os demandados nos litígios pendentes no órgão jurisdicional *a quo* (os consumidores) não se constituíram parte no processo, renunciando assim a invocar a falta de competência do juiz encarregado de decidir o litígio em virtude de esta assentar numa cláusula abusiva. Segundo o Governo espanhol, há que atribuir ao comportamento dos demandados um significado decisivo. Com efeito, uma vez que a apreciação dos poderes conferidos ao juiz nacional deveria ser exclusivamente efectuada à luz da legislação nacional, a qual, como já salientámos, não atribuía ao juiz uma faculdade deste tipo num processo como o principal, daí resultava a impossibilidade, para este último, de suscitar oficiosamente a ineficácia da cláusula contratual.

22. Diremos, desde já, que esta interpretação não nos parece convincente. Tal como a Comissão e o Governo francês, consideramos mais correcto recorrer a uma análise

de carácter geral, a qual leva a que se considere que é do próprio sistema de protecção do consumidor, parte débil do contrato, que resulta a necessidade de atribuir ao juiz nacional a faculdade de suscitar oficiosamente a ineficácia de uma cláusula abusiva na acepção da directiva. Dito de outra forma, a exigência de atribuir às disposições em questão um «efeito útil» milita a favor de uma interpretação que não imponha à parte débil do contrato o ónus de defender-se em juízo para invocar a inaplicabilidade de cláusulas contratuais que lhe são prejudiciais; e isto, acrescente-se já, vale tanto mais quando, em aplicação da referida cláusula, o consumidor é obrigado a defender-se em juízo num foro diferente do do seu domicílio.

23. Com efeito, deve observar-se que o sistema de protecção garantido pelas disposições da directiva parte do princípio geral segundo o qual, nos contratos celebrados por um profissional, o consumidor deve ser considerado como a «parte débil» que necessita de protecção especial: o objectivo da directiva é, portanto, o de restaurar, nessas relações, o equilíbrio contratual; salvaguardando, ao mesmo tempo, o interesse geral no respeito de uma prática comercial correcta. Neste contexto, a directiva impõe aos Estados-Membros uma obrigação de resultado, no caso concreto evitar que as cláusulas consideradas abusivas possam vincular o consumidor, nas condições fixadas pelo direito nacional (artigo 6.º). Em consequência, embora caiba aos Estados-Membros escolher a sanção específica de direito civil à qual submeter as referidas cláusulas — ineficácia, nulidade, eventual anulação —, é-lhes exigido, em qualquer dos casos, que imple-

mentem um sistema que tenha por objectivo a protecção eficaz dos direitos do consumidor.

Este objectivo, como assinala oportunamente a Comissão, pode dificilmente ser atingido se não se atribuir ao juiz a faculdade de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual. Na realidade, o sistema de protecção da parte contratante mais débil, como definido pela directiva, parece fazer abstracção do comportamento do consumidor. Por exemplo, não é atribuída qualquer importância ao facto de a cláusula ter sido aceite pelo consumidor mediante a assinatura de um contrato de adesão: com efeito, esta cláusula, apesar da assinatura, *não pode vincular o consumidor*. Ora, entendemos que faz parte da mesma ordem de ideias excluir que se atribua um significado decisivo ao comportamento do consumidor *em juízo*: o consumidor poderia não invocar o carácter abusivo da cláusula por ignorância, ou porque considera demasiado oneroso defender-se perante um tribunal afastado do seu domicílio, como acontece com a cláusula objecto do presente litígio. Em todos estes casos, o objectivo que a directiva pretende prosseguir não seria alcançado na medida em que a cláusula, embora sendo manifestamente prejudicial à parte do contrato em situação de fraqueza, atingiria a sua finalidade; o efeito útil da directiva seria irremediavelmente posto em risco.

24. Além disso, é certamente importante que, para remediar uma situação de desequilíbrio substancial entre as duas partes do contrato, a directiva imponha aos Estados-Membros que implementem um sistema de

protecção que envolva, de forma activa, sujeitos estranhos à relação contratual particular. Baseando-se na premissa evidente de que a reacção dos consumidores às cláusulas prejudiciais aos seus interesses não constitui um remédio eficaz, em razão do custo da acção individual e da fraca propensão do consumidor em aventurar-se em litígios complexos contra profissionais mais poderosos e melhor organizados, a directiva requer, no artigo 7.º, que «Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional». A apreciação do carácter «adequado» e «eficaz» dos meios de protecção impostos pela directiva aos Estados-Membros⁹ está ligada a uma avaliação concreta da utilidade dos meios relativamente ao objectivo prosseguido, o qual, recordamos, é o de fazer com que as cláusulas abusivas não vinculem o consumidor. Ora, com base nas considerações que acabámos de desenvolver, é razoável

9 — Deve observar-se que esta apreciação é realizada directamente pela directiva, no artigo 7.º, n.º 2, onde está indicado que «Os meios a que se refere o n.º 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas». Trata-se obviamente de uma indicação a título de exemplo, que não exclui outras formas de intervenção, entre as quais a intervenção oficiosa do juiz, mas que reveste especial importância no sistema de protecção garantido pela directiva na medida em que atribui aos órgãos ou associações de consumidores o acesso a uma acção dissuasiva de natureza preventiva e, por conseguinte, não ligada a um litígio definitivo. Tal forma de protecção, particularmente eficaz pelo facto do seu carácter geral, representa uma novidade absoluta em certas ordens jurídicas dos Estados-Membros, em particular as de tradição de direito romano, razão pela qual se percebe bem porque foi imposto aos Estados-Membros que a previram no seu direito interno. Como observou o Governo francês, seria difícil justificar uma interpretação da directiva segundo a qual, por um lado, se admitisse acções colectivas «preventivas» com efeitos benéficos para todos os consumidores e, por outro, se excluísse a intervenção oficiosa do juiz que deve aplicar uma cláusula manifestamente abusiva num litígio concreto onde o consumidor é directamente prejudicado.

entender que a intervenção oficiosa do juiz constitui não apenas um meio de extrema eficácia de efeitos repressivos, mas parece também adequada a produzir um efeito dissuasivo eficaz contra a inserção de tais cláusulas nos contratos celebrados com os consumidores.

Acresce que excluir a intervenção oficiosa do juiz quando o consumidor não invoca o carácter abusivo da cláusula teria efeitos paradoxais numa situação como a do caso vertente, na qual se contesta a atribuição a título exclusivo ao juiz do foro da sede do profissional competência para resolver litígios ligados ao contrato. Recorde-se que, nos litígios do processo principal, o juiz de reenvio, o Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, foi chamado a decidir de um litígio entre profissionais (as sociedades Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA, cuja actividade consiste na venda a prestações de enciclopédias) e diversos consumidores domiciliados em diferentes cidades espanholas, algumas delas distando uma centena de quilómetros do órgão jurisdicional designado. Ora, nestas circunstâncias, se se excluir que, na falta de comparência do demandado, o juiz possa apreciar por sua iniciativa própria a eficácia de uma cláusula manifestamente «abusiva», chegar-se-ia ao paradoxo de o consumidor ser obrigado a comparecer num local diferente do do seu domicílio precisamente para invocar que a cláusula contratual que o obrigou a tal é uma cláusula abusiva! Evidentemente, tal sistema seria totalmente ineficaz como meio de protecção do consumidor, na medida em que para invocar a protecção conferida pela directiva este seria em qualquer dos casos obrigado a fazer face a todos os inconvenientes (despesas de justiça num foro

diferente do do seu domicílio, obrigação de conhecer o carácter abusivo da cláusula, recurso a um advogado para um litígio relativo a um pequeno montante, etc.) que levaram os Estados-Membros a incluir a escolha obrigatória do tribunal do foro da empresa entre as cláusulas contratuais que causam prejuízo ao consumidor.

25: Por último, há que acrescentar que atribuir ao juiz o poder de intervir officiosamente parece totalmente coerente com o regime de direito civil indicado pela directiva a título de sanção das cláusulas inseridas nos contratos com consumidores que estejam abrangidas pelo seu campo de aplicação. Como se recordará, a directiva exige que os Estados-Membros prevejam que, nas condições fixadas pelos seus direitos nacionais, essas cláusulas não possam vincular o consumidor (artigo 6.º, n.º 1). Embora a directiva, de acordo com os limites da acção de harmonização «minimalista» das legislações nacionais, se limite a indicar de forma geral um resultado a atingir (o facto de as cláusulas abusivas «não vincularem»), deixando às ordens jurídicas nacionais a escolha da sanção jurídica concreta para essas cláusulas¹⁰, é evidente que a escolha decorrente desta formulação acarreta a atribuição às disposições da directiva da natureza de normas «imperativas» de «ordem pública económica», a qual não pode deixar de

10 — V. a este respeito a apreciação comparativa de Paisant, G., «La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne», em *Vers un code européen de la consommation, sous la direction de F. Osman*, Bruxelas, 1998, p. 163 e segs., especialmente p. 174, de onde resulta que a maioria dos Estados-Membros previram uma sanção expressa de nulidade para as cláusulas abusivas.

reflectir-se nos poderes atribuídos ao juiz nacional¹¹.

26. Em definitivo, consideramos que reconhecer ao juiz a faculdade de declarar oficiosamente sem efeito uma cláusula contratual abusiva se insere plenamente no contexto geral da protecção especial que a directiva entende reconhecer a interesses da colectividade que, ao fazerem parte da ordem pública económica, ultrapassam os interesses específicos das partes. Noutros termos, existe um interesse público em que as cláusulas prejudiciais para o consumidor não produzam efeitos. Este interesse fundamenta, do ponto de vista substancial, a sanção da ausência de efeito da cláusula que, não obstante a

eventual assinatura, não foi objecto de uma negociação individual, do consumidor, e, sob o ponto de vista processual, a intervenção do juiz que, tendo apreciado o prejuízo sofrido pelo consumidor, pode não aplicar a cláusula independentemente do comportamento deste último em juízo.

11 — Observamos a este respeito que, no quadro da transposição da directiva, o legislador francês definiu expressamente como sendo de «ordem pública» as disposições em matéria de protecção dos consumidores relativamente às cláusulas abusivas (v. code de la consommation, artigo L-132.1); a doutrina considera que, em virtude desta qualificação, «le juge doit désormais soulever d'office la nullité de la clause abusive» (Karimi, A., «Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n.º 95-96 du 1^{er} février 1995», em *Les petites affiches* n.º 54, 1995, pp. 4 e segs.). Em Itália, o novo artigo 1469.º-D do código civil precisa que as cláusulas consideradas abusivas «sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto» e acrescenta seguidamente que «l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». Quanto ao sistema belga, v. Balate, E., «Le contrôle des clauses abusives: premier bilan», em *Droit de la consommation*, 1997, pp. 321 e segs., especialmente pp. 131 e 140, onde é indicado que resulta do carácter de ordem pública das disposições visadas que, mesmo quando o consumidor não comparece, o juiz é obrigado a aplicá-las oficiosamente. Para uma apreciação de ordem geral, v. Tenreiro, M., «The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems», em *European Review of Private Law*, 1995, pp. 273 e segs., especialmente p. 282, onde se precisa que da expressão pouco técnica segundo a qual as cláusulas abusivas «não vinculam» o consumidor podem ser deduzidas consequências concretas, como esta: «the judge shall declare a term as unfair and refuse to enforce it *ex officio*, without any need for special demand from the consumer».

27. Uma vez que o sistema de protecção dos direitos atribuídos pela directiva não seria «eficaz» se não se permitisse ao juiz nacional apreciar oficiosamente a cláusula do contrato à luz das disposições da directiva, só pode daí resultar que as disposições processuais nacionais não susceptíveis de permitir essa apreciação deverão, por conseguinte, ser afastadas pelo juiz, face ao dever de colaboração que incumbe a todos os órgãos nacionais — incluindo, no quadro das suas competências, os órgãos jurisdicionais — nos termos do artigo 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE). Trata-se, aliás, de um princípio aplicado diversas vezes na jurisprudência do Tribunal de Justiça, com base no qual, de acordo com o princípio geral do primado do direito comunitário¹², as disposições processuais nacionais não podem ser aplicadas pelo juiz se não permitirem

12 — Acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, *Colect.*, p. 243, n.ºs 17 a 24).

uma protecção eficaz dos direitos conferidos pelo direito comunitário¹³.

Deve, porém, assinalar-se que, no caso vertente, a norma comunitária que provoca tal efeito se insere numa directiva não transposta dentro dos prazos no direito nacional. Sendo o processo principal um litígio entre pessoas privadas, o problema que se coloca, portanto, é o de apreciar se esta circunstância pode ter incidência negativa na determinação dos poderes do juiz nacional.

28. A este respeito, observar-se-á, antes de mais, que no caso vertente não é fácil

13 — No que respeita à questão referente à relação entre os deveres do juiz nacional e as regras processuais internas, lembramos que o Tribunal de Justiça afirmou em diversas ocasiões que, na ausência de regulamentação comunitária sobre a matéria, incumbe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro estabelecer as normas processuais dos recursos jurisdicionais destinados a assegurar a tutela dos direitos que os interessados retiram do efeito directo do direito comunitário. Contudo, estas normas não podem ser menos favoráveis do que as que respeitam aos recursos semelhantes de natureza interna, nem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. V., sobre esta questão, os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5), e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.º 12 a 16; Colect., p. 835); de 27 de Fevereiro de 1980, Just (168/79, Recueil, p. 501, n.º 25); de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 12); de 25 de Fevereiro de 1988, Bianco e Girard (331/85, 376/85 e 378/85, Colect., p. 1099, n.º 12); de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália (104/86, Colect., p. 1799, n.º 7); de 14 de Julho de 1988, Jeunehomme e EGI (123/87 e 330/87, Colect., p. 4517, n.º 17); de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 43); de 9 de Junho de 1992, Comissão/Espanha (C-96/91, Colect., p. I-3789, n.º 12); de 1 de Abril de 1993, Lageder e o. (C-31/91 a C-44/91, Colect., p. I-1761, n.º 27 a 29); de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e Van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705, n.º 16 e 17), e Peterbroeck, (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12); de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.º 24 e 27), e de 1 de Junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Colect., p. I-3055, n.º 31 a 41).

recorrer à «interpretação conforme» das disposições de direito nacional relativamente ao objectivo e à letra da directiva, como é exigido ao juiz nacional, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, sempre que uma directiva não foi correctamente transposta para o direito interno. Se é verdade que cabe ao juiz nacional efectuar uma apreciação mais precisa e conforme, parece, contudo, evidente que — enquanto na legislação espanhola, anterior à transposição, poderia ser facilmente interpretada no sentido de incluir o vício em questão entre os que acarretam a «nulidade de pleno direito» da cláusula contratual¹⁴ — entre as regras processuais internas e a directiva existe uma contradição clara e manifesta, tendo a sua aplicação efeitos totalmente diferentes: por um lado, as regras processuais internas permitem, mesmo para os contratos celebrados entre um profissional e um consumidor que estão abrangidos pelo campo de aplicação da directiva, escolher como tribunal exclusivamente competente para os litígios decorrentes do contrato o do foro da sede do profissional, derrogando assim os critérios gerais de competência; por outro, os princípios gerais que inspiram o regime de protecção do consumidor consagrado pela directiva, tal como foram acima expostos, exigem que a cláusula que impõe essa solução, na medida em que é «abusiva» na acepção da directiva, não possa vincular o consumidor. É evidente que não existe disposição de direito interno que se possa «interpretar» de forma a atingir o

14 — V. artigo 10.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 26/1984.

objectivo prosseguido pela directiva¹⁵. Todavia, repetimo-lo, é ao juiz nacional que cabe uma apreciação mais precisa neste sentido.

juízo manifestamente irrelevante neste contexto. Em contrapartida, se se entender que uma directiva não transposta não pode produzir este efeito, só resta ao juiz nacional aceitar a validade da escolha do tribunal operada pela cláusula que ele próprio considera abusiva.

29. Consequentemente, uma vez que as duas normas não são conciliáveis, só resta ao juiz, chamado a resolver o litígio, optar entre dois princípios jurídicos «concorrentes»: um, de origem interna, que permite a escolha do tribunal e outro, de origem comunitária, que exige ao juiz que se declare incompetente. O problema coloca-se, então, em apreciar se uma directiva, não transposta nos prazos devidos, pode servir de parâmetro de legalidade para as regras processuais internas, tendo como consequência que o juiz nacional seja obrigado a não aplicar essas regras a fim de garantir o primado das disposições comunitárias e possibilitar, portanto, uma protecção eficaz dos direitos conferidos por estas últimas; e isto não obstante o facto de o litígio do processo principal opor na realidade duas pessoas privadas, sendo a circunstância de uma das partes não ter comparecido em

30. Quanto a esta questão, entendemos que uma aplicação correcta do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno bem como a exigência de garantir uma aplicação uniforme das disposições comunitárias implicam que as directivas não transpostas, uma vez expirado o prazo previsto para a sua aplicação no direito interno, possam ter como efeito *excluir a aplicação da regra nacional contrária*, mesmo se, por falta de precisão ou porque não têm efeito directo nas relações «horizontais», não confirmam aos particulares direitos susceptíveis de ser invocados em juízo. O dever de colaboração acima evocado, que cabe a todos os órgãos nacionais no quadro das suas competências, impõe aos juízes e à administração a obrigação de «afastar», por assim dizer, a lei nacional incompatível. Como se verá, esta conclusão surge já esboçada na jurisprudência no Tribunal de Justiça, sem contar que, desde

15 — No acórdão de 26 de Setembro de 1996, Arcaro (C-168/95, Colect., p. I-4705), após afirmar a justo título que o direito comunitário não autoriza os juizes nacionais a eliminar disposições nacionais contrárias a uma disposição de uma directiva não transposta, o Tribunal de Justiça acrescentou que o recurso a uma «interpretação conforme» encontra os seus limites quando tal interpretação conduz a que se imponha a um particular uma obrigação prevista numa directiva não transposta ou, por maioria de razão, quando leve a determinar ou a agravou, com base na directiva e na falta de uma lei adoptada para sua aplicação, a responsabilidade penal daqueles que actuem em violação das suas disposições (n.º 42). Por conseguinte, o Tribunal de Justiça excluiu correctamente que, em nome de uma «interpretação conforme» do direito interno relativamente a uma directiva não transposta, se chegue ao ponto de impor a um particular uma sanção, sobretudo se esta é de natureza penal, por violação da directiva não transposta.

há muito tempo, tem sido objecto da atenção da doutrina¹⁶.

16 — Sem pretender ser exaustivo, limitar-me-ei a recordar as seguintes obras: Simon, D.: *La directive européenne*, Paris, 1997, pp. 4 e segs., onde se afirma que «l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct. Si le juge national... ne peut se substituer à l'autorité de transposition, rien ne lui interdit en revanche d'écarter l'application d'une règle nationale incompatible avec une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure en vertu du principe de primauté. A contrario, toute autre solution, qui aurait pour conséquence d'autoriser les juridictions nationales à faire prévaloir une norme interne incompatible avec le droit communautaire remettrait directement en cause la primauté du droit communautaire, et plus précisément, en l'occurrence, l'effet obligatoire et l'uniformité d'application des directives. Certes, l'analyse proposée suppose un découplage entre effet direct et primauté, mais cette dissociation paraît précisément constituer l'un des axes dominants de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de Justice comme des juridictions nationales» (o sublinhado é nosso); Prechal, «Directives» em *European Community Law*, Amsterdão, 1955, especialmente pp. 121 e 122: «if the theoretical underpinning of the principle of supremacy is the conception of an autonomous Community legal order involving a transfer of powers to the Community and consequent limitations of member States' sovereign rights..., national legal rules which are contrary to a directive cannot apply or cannot validly be adopted, as they are *ultra vires*... in practice the construction often amounts to giving directives and Community law in general a higher ranking in the hierarchy of norms which are valid within a national legal system»; Ruggeri, A., «Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dalla 'teoria' della separazione alla 'prassi' dell'integrazione intersistemica?», em *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 1583, 1608: «scaduto inutilmente il termine stabilito per la loro attuazione, per una rigorosa, coerente affermazione della primauté, le leggi difformi, e non prontamente aggiornate agli impegni comunitari, dovranno considerarsi affette da vizio di illegittimità costituzionale sopravvenuta, così come illegittime si dimostrano quelle contrarie eventualmente adottate in un tempo successivo». V. igualmente Timmermans, «Directives: their Effects within the National Legal Systems», em *Common Market Law Review*, 1979, pp. 533 e segs.; Galmot e Bonichot «La Cour de Justice européenne et la transposition des directives en droit national», em *Revue française de Droit administratif*, 1988, pp. 4 e segs.; Manin, «L'invocabilité des directives: quelques interrogations», em *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, pp. 669 e 690; Bach, *Direkte Wirkung von EG-Richtlinien*, JZ, 1990, pp. 1108 e segs.; Lenaerts «L'égalité de traitement en droit communautaire», em *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 38 e nota 120; Slot, «Commento alla sentenza CIA Security International SA», em *Common Market Law Review*, 1996, pp. 1036, 1049; Timmermans, *Community Directives Revisited*, Yearbook of *European Law*, 1998, pp. 1 e segs., e Barav, *Rapport Général XVIII, Congrès FIDE*, Stockholm, 1998, vol. III (Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité), pp. 433 e segs. Quanto às incertezas geradas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, v. Holson, C. e Downes, T., «Making sense of Rights: Community Rights», em *EC Law, European Law Review*, 1999, pp. 121 e segs.

31. Para fundamentar esta conclusão, salientamos que, após ter começado por sublinhar, por um lado, o carácter imperativo da directiva, em conformidade com o artigo 189.º do Tratado CE (actual artigo 249.º CE), que acarreta a obrigação para os Estados-Membros de atingir o resultado por ela visado e, por outro, a obrigação, imposta pelo artigo 5.º do Tratado, de adoptar as medidas gerais ou especiais capazes de garantir que esse resultado é alcançado, o Tribunal de Justiça precisou que estas obrigações são válidas para todos os órgãos dos Estados-Membros, incluindo, no quadro da sua competência, os órgãos jurisdicionais. Neste contexto, o Tribunal de Justiça reconheceu sobretudo que, na aplicação do direito nacional, independentemente de se tratar de disposições anteriores ou posteriores à directiva, os juizes nacionais são obrigados a interpretar o seu direito nacional à luz da letra e do objectivo da directiva. Em consequência, entre duas interpretações possíveis das disposições internas, o juiz deve privilegiar a que permite alcançar o resultado previsto pela directiva¹⁷. Além deste princípio, em verdade nada revolucionário, de «interpretação conforme», o Tribunal de Justiça examinou mais recentemente outras consequências da colocação das directivas, na hierarquia das fontes, em nível superior ao das normas internas. E, recorde-se, tal foi também o caso relativamente a litígios que envolvem exclusiva-

17 — Acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26); de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8); de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n.º 20), e de 25 de Fevereiro de 1999, Carbonari e o. (C-131/97, Colect., p. I-1103, n.º 48). Observe-se que no acórdão Marleasing o Tribunal de Justiça ordenou ao juiz nacional que interpretasse o código civil de forma a excluir a aplicação das disposições internas que prevêm casos de nulidade do acto constitutivo de uma sociedade de capitais não autorizados por uma directiva não transposta. Entendemos, por conseguinte, que se pode citar este acórdão entre aqueles onde o Tribunal de Justiça reconheceu à directiva não transposta, independentemente da natureza «vertical» ou «horizontal» da relação, o efeito de «exclusão» relativamente a disposições internas incompatíveis. V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 1993, pp. 147 a 149.

mente particulares, operando desta forma, ainda que apenas implicitamente, uma distinção correcta entre o efeito directo de uma disposição de direito comunitário, entendida no sentido estrito como a faculdade de invocar em juízo essa disposição perante outro particular, e a sua capacidade de servir de parâmetro de legalidade de uma disposição de nível inferior na hierarquia das fontes¹⁸.

32. Podemos utilmente citar, a este respeito, o acórdão de 30 de Abril de 1996, CIA Security International¹⁹. Nesta ocasião, o Tribunal de Justiça foi chamado pelo Tribunal du commerce de Liège a interpretar os artigos 8.º e 9.º da Directiva 83/189/CEE do Conselho, de 28 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e

regulamentações técnicas²⁰, no que respeita às disposições nacionais que impõem a homologação das centrais e dos sistemas de alarme. No processo perante o tribunal *a quo*, uma empresa (a CIA Security International SA, a seguir «CIA»), cuja actividade era a comercialização de sistemas de alarme, tinha accionado judicialmente por concorrência desleal duas empresas responsáveis, segundo ela, pela divulgação de informações pretensamente difamatórias acerca da qualidade dos sistemas de alarme que comercializava. As duas demandadas afirmavam, entre outras, que este sistema não estava em conformidade com a legislação belga em vigor na medida em que não se encontrava homologado por esta última. A CIA sustentava, em contrapartida, que a legislação interna não podia ser aplicada pelo facto de não ter sido notificada à Comissão nos termos da directiva. Embora em presença de um litígio entre particulares, o Tribunal de Justiça recordou, a justo título, a sua jurisprudência constante segundo a qual «sempre que as disposições de uma directiva sejam, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, podem ser invocadas *contra qualquer disposição nacional não conforme com a directiva*» (n.º 42; o sublinhado é nosso). A violação da directiva pelo Estado (no caso concreto, a não notificação de regras técnicas, em violação da obrigação imposta pela directiva), à luz dos objectivos que aquela pretende prosseguir, constitui «um vício processual na adopção das regras técnicas em causa, acarreta a inaplicabilidade dessas regras técnicas, com a consequência de não poderem ser opostas aos particulares» (n.º 45). Em definitivo, resulta deste acórdão que um particular não pode opor a outro particular o desrespeito de uma disposição adoptada em

18 — Deve notar-se que, num contexto diferente, esta distinção surge claramente no acórdão de 16 de Junho de 1998, Rake (C-162/96, Colect., p. I-3655), em matéria de relações entre um acto comunitário derivado e uma disposição de direito internacional geral. Uma vez que as regras de direito consuetudinário internacional a respeito da cessação e da suspensão das relações convencionais em razão de uma alteração vinculam as instituições da Comunidade e fazem parte da ordem jurídica comunitária (n.º 46), o Tribunal de Justiça sublinhou «que, no caso em apreço, o interessado põe em causa, a título incidental, a validade de um regulamento comunitário na perspectiva dessas regras para invocar direitos que para ele decorrem directamente de um acordo da Comunidade com um país terceiro. O presente processo não diz, portanto, respeito ao efeito directo das referidas regras» (n.º 47, o sublinhado é nosso). Em definitivo, tal como no caso vertente, a norma superior é utilizada como parâmetro de legalidade da norma de nível inferior, independentemente da existência, na esfera do particular, de um direito que este possa invocar em juízo. Embora o presente caso, diversamente do processo Rake, respeite às relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional, entendemos que esta circunstância não deveria conduzir a uma solução diferente, sobretudo se se atender à abordagem tipicamente «monista» sempre seguida pelo Tribunal de Justiça na definição das relações entre as duas ordens jurídicas.

19 — C-194/94, Colect., p. I-2201.

20 — JO L 109, p. 8, alterada pela Directiva 88/182/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988 (JO L 81, p. 75).

violação da directiva. Esta última opera como um «escudo» contra a aplicação de uma disposição com ela incompatível, independentemente de a aplicação da lei contrária ser solicitada ao juiz pelo Estado (por exemplo, na pessoa de um organismo estatal de controlo ou do Ministério Público) ou por um particular²¹.

33. No processo Ruiz Bernáldez²², em contrapartida, o Tribunal de Justiça foi chamado pela Audiencia Provincial de Sevilla a interpretar a Directiva 72/166/CEE do Conselho, de 24 de Abril de 1972, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade²³. Neste caso, R. Bernáldez tinha sido condenado penalmente por conduzir em estado de embriaguez, tendo por obrigação reparar os danos sofridos por terceiros; a companhia junto da qual aquele subscrevera uma apólice de seguro havia, pelo contrário, sido exonerada da obrigação de pagar *in solidum* a indemnização à parte lesada, nos termos das disposições espanholas em matéria de seguros por danos ligados à circulação automóvel: com efeito, estas disposições não previam essa obrigação nas situações em que o segurado se encontrava em estado de embriaguez no momento do acidente. Na sua resposta à questão prejudicial, o Tribunal de Justiça excluiu que tais disposições fossem compatíveis com o artigo 3.º, n.º 1, da directiva e

concluiu, por conseguinte, que este se opõe «a que a seguradora possa invocar disposições legais ou cláusulas convencionais para recusar indemnizar os terceiros vítimas de um acidente causado pelo veículo segurado» (n.º 20). Também neste caso, o Tribunal de Justiça ordenou ao órgão jurisdicional nacional que não aplicasse as disposições internas, incompatíveis com a directiva, embora esta última não estivesse correctamente transposta. O particular — no caso concreto a companhia de seguros — teve, por consequência, de assumir uma obrigação pecuniária que o direito nacional não lhe impunha.

34. Outros exemplos, retirados de jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, confirmam que este considera que a directiva constitui um parâmetro com base no qual se deve avaliar a legalidade da legislação nacional, independentemente da sua capacidade de atribuir aos particulares direitos subjectivos «activos» invocáveis em juízo. No acórdão de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha²⁴, o Tribunal de Justiça rejeitou claramente a posição defendida pelo Estado-Membro em questão, segundo o qual «a jurisprudência do Tribunal de Justiça não admite o efeito directo de disposições de uma directiva a não ser no caso em que estas conferem direitos individuais a particulares» (n.º 24). Uma vez que os artigos 2.º, 3.º e 8.º da directiva em matéria de avaliação da incidência no ambiente²⁵ não conferem esses direitos aos particulares, a República Federal da Alemanha entendia não ter qualquer obrigação de os aplicar antes da trans-

21 — O processo Unilever Italia (C-443/98, processo pendente no Tribunal de Justiça) apresenta um contexto factual semelhante ao do processo CIA Security International.

22 — Acórdão de 28 de Março de 1996 (C-129/94, Colect., p. I-1829).

23 — JO L 103, p. 1; EE 13 F2 p. 113.

24 — C-431/92, Colect., p. I-2189 e segs. V. também acórdão de 24 de Outubro de 1996, Kraaijeveld e o. (C-72/95, Colect., p. I-5403, n.ºs 59 e segs.).

25 — Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985 (JO L 175, p. 40; EE 15 F6 p. 9).

posição da directiva, pelo que uma decisão de autorizar o alargamento de uma central termoelétrica sem avaliação prévia dos efeitos sobre o ambiente não podia ser objecto de um processo por infracção. O Tribunal de Justiça afastou esta objecção distinguindo claramente entre respeito da directiva e impacto desta sobre a legislação nacional, por um lado, e invocabilidade directa da directiva pelos particulares, por outro²⁶. A questão da obrigação, para o Estado, de respeitar a directiva «é estranha» à invocabilidade directa pelos particulares das disposições de uma directiva não transposta (n.º 26).

35. A solução à qual a Comissão chegou no acórdão de 30 de Abril de 1998, Bellone²⁷, parece ainda mais significativa no que respeita ao litígio entre particulares. Nesta ocasião, o Tribunal de Justiça interpretou a Directiva 86/635/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais²⁸. No litígio *a quo*, o agente comercial Bellone tinha recorrido ao Pretore di Bologna a fim de este reconhecer o seu direito a que lhe fossem pagas determinadas somas pretensamente devidas por ter exercido a actividade de agente comercial a favor da sociedade Yokohama; esta última invocava, em contrapartida, a nulidade do contrato de agência pelo facto de o agente não estar inscrito no registo previsto para o efeito pela legislação italiana. Tratava-se, por

consequente, sem sombra de dúvida, de um litígio entre particulares. Após ter claramente precisado que o direito nacional subordina a validade do contrato à inscrição do agente comercial no referido registo (n.º 12), o Tribunal de Justiça interpretou as disposições da directiva de forma a excluir que uma condição deste tipo possa ser exigida a fim de que o agente beneficie da protecção prevista pela directiva. O Tribunal de Justiça identificou, por consequente, uma incompatibilidade entre os dois regimes de natureza a excluir, manifestamente, todo e qualquer recurso a uma «interpretação conforme»²⁹. Consequentemente, concluiu que «a directiva se opõe a uma legislação nacional que subordina a validade do contrato de agência à inscrição do agente comercial num registo previsto com essa finalidade». Esta afirmação não pode deixar de ser interpretada, atendendo ao contexto processual, como uma exigên-

29 — Deve observar-se a este respeito que o Tribunal de Justiça interpreta frequentemente disposições de uma directiva nos litígios entre particulares utilizando essas disposições, independentemente de normas internas de transposição, como o regime aplicável ao caso vertente. V., apenas para citar alguns dos mais recentes, os acórdãos de 29 de Junho de 1999, Butterfly Music (C-60/98, Colect., p. I-3939), e de 2 de Dezembro de 1999, Allen (C-234/98, Colect., p. I-8643). Ora, se é certo que, como o Tribunal de Justiça precisou, «independentemente dos efeitos da directiva, em casos como o concreto, uma interpretação da directiva pode ser útil ao juiz nacional a fim de garantir à lei adoptada para a aplicação daquela uma interpretação e uma aplicação conformes às exigências do direito comunitário» (acórdão de 20 de Maio de 1976, Mazzalai, 11/75, Recueil, p. 657, n.º 10; Colect., p. 291), esta precisão não entra em linha de conta quando se verifica, como no caso vertente, ou no processo Bellone, já referido, uma incompatibilidade irreparável entre direito comunitário e direito interno. Também não seria possível contrapor que o acórdão do Tribunal de Justiça podia ser entendido como uma apreciação útil para uma eventual responsabilidade do Estado-Membro por violação da obrigação de transpor a directiva, na medida em que, deste modo, estar-se-ia a fazer abstracção do litígio *a quo*, que envolve duas partes privadas e não o Estado-Membro, e a atribuir ao Tribunal de Justiça a tarefa, que este sempre recusou, de se pronunciar sobre questões hipotéticas (acórdão de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias, C-343/90, Colect., p. I-4673). Seguidamente, deve assinalar-se que os factos do caso vertente diferem dos que estão na origem do acórdão Spano e o. (acórdão de 7 de Dezembro de 1995, C-472/93, Colect., p. I-4321), no qual o Tribunal de Justiça, num litígio entre particulares, interpretou o conteúdo de uma directiva não transposta na medida em que o juiz nacional pretendia saber «em que medida o direito nacional, e mais particularmente o artigo 2112.º do código civil, pode ser aplicado em conformidade com a directiva» (n.º 18).

26 — Em apoio desta interpretação, v. Edward, D., «Direct Effect, The Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations», em *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, volume II, Diritto dell'Unione europea, Milão, 1998, pp. 423 e 438.

27 — C-215/97, Colect., p. I-2191.

28 — JO L 382, p. 17.

cia feita ao juiz nacional de não aplicar a legislação nacional contrária, incompatível com a directiva não transposta nos prazos previstos³⁰.

36. Além disso, deve acrescentar-se que, se não se atribuisse às directivas comunitárias, com base nos princípios fundamentais do primado do direito comunitário e da sua aplicação uniforme nos Estados-Membros, uma posição de superioridade na hierarquia das fontes, com a obrigação daí decorrente, para os órgãos jurisdicionais e administrativos, de não aplicar as disposições internas contrárias, provocar-se-ia consequências dificilmente aceitáveis. Pensamos, por exemplo, na hipótese de um Estado-Membro «em regra», numa primeira fase, com as obrigações visadas no artigo 189.º do Tratado (na medida em que a legislação nacional anterior ou posterior à directiva respeitava o conteúdo desta), adoptar seguidamente disposições contendo um regime manifestamente contrário. Trata-se, na realidade, de uma hipótese tudo menos improvável³¹. Nestes casos, se não se reconhecer às directivas, uma vez

expirado o respectivo prazo de transposição, o poder de influenciar a formação válida das regras nacionais, num litígio entre particulares o juiz nacional não poderia fazer mais do que limitar-se a aplicar as disposições nacionais posteriores, apesar de adoptadas em violação da directiva, e reconhecer ao particular, verificadas as condições necessárias, apenas a reparação do prejuízo. É evidente que uma solução deste género se revela tudo menos satisfatória; seguidamente, no que respeita a retirar as consequências da relação hierárquica que existe entre o direito comunitário e o direito interno, é evidente que o facto de a lei contrária ter sido adoptada antes ou após o termo do prazo previsto para a transposição da directiva não faz qualquer diferença³².

37. Em definitivo, a função do juiz nacional como juiz comunitário de direito comum implica que lhe seja confiada a delicada missão de garantir o primado do direito comunitário sobre o direito interno. A necessidade de evitar que a acção de harmonização das directivas comunitárias seja comprometida por comportamentos unilaterais dos Estados-Membros, quer se trate de omissões (não aplicação de uma directiva dentro dos prazos) ou de acções (adopção de regras nacionais incompatíveis) implica que se exclua a aplicação de disposições legislativas não conformes.

30 — Foi, com efeito, desta maneira que os juizes italianos interpretaram o acórdão. V. o acórdão n.º 4817 da Corte Suprema di Cassazione, Sez. Lavoro, de 18 de Maio de 1999, que excluiu, num litígio entre particulares, a aplicação da disposição interna julgada não conforme com a directiva pelo Tribunal de Justiça.

31 — Uma questão deste tipo é objecto do processo Collino e Chiappero (C-343/98, processo pendente no Tribunal de Justiça), no qual o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar, num litígio entre particulares, a Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos (JO L 161, p. 26; EE 05 F2 p. 122).

32 — Acórdão Simmenthal, já referido, n.º 17.

Para poder atingir o seu resultado, este efeito de «exclusão» deve produzir-se sempre que a regra nacional entra em linha de conta para a solução de um litígio, independentemente da natureza pública ou privada dos interessados.

de «exclusão», o qual decorre directamente da obrigação de colaboração visada no artigo 5.º do Tratado, em todos os casos em que é dada prioridade à disposição, incluindo, evidentemente, os litígios entre particulares.

38. Deve, em seguida, referir-se que uma solução deste tipo, que distingue entre «efeito de substituição» e «efeito de exclusão» de uma directiva não transposta dentro dos prazos, aparece já *in nuce* na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às consequências da declaração de incumprimento das obrigações decorrentes do Tratado. Como é sabido, o Tribunal de Justiça afirmou repetidas vezes que o facto de se provar a existência de violação de uma obrigação imposta pelo direito comunitário implica para as autoridades jurisdicionais e administrativas do Estado-Membro em questão a obrigação de não aplicar as disposições internas incompatíveis. Inicialmente aplicada às violações das disposições do Tratado³³, esta obrigação foi posteriormente estendida também às violações das disposições de uma directiva não transposta³⁴. Se se considerar que um acórdão do Tribunal de Justiça em aplicação do artigo 169.º do Tratado (actual artigo 226.º CE) não cria qualquer direito, uma vez que se limita a reconhecer um incumprimento de Estado, daí resulta que a intervenção do Tribunal de Justiça não é necessária para que se produza esse efeito

39. Com base no conjunto das considerações precedentes, e para voltar ao nosso caso concreto, entendemos não existir qualquer dificuldade e, pelo contrário, ser absolutamente coerente com os princípios gerais respeitantes às relações entre direito comunitário e direito nacional, exigir ao juiz que «afaste» a regra processual interna para garantir a plena eficácia do direito comunitário, mesmo em circunstâncias nas quais o referido mecanismo conduz à exclusão, num litígio entre particulares, da aplicação de uma disposição do código processual, contrária às disposições de uma directiva não transposta. A exclusão da regra não conforme não criaria, no caso vertente, qualquer «vazio jurídico» — em todo o caso susceptível de ser preenchido graças à aplicação por analogia ou ao recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico nacional, na medida em que estas disposições nacionais correspondessem aos princípios em que a directiva se inspira — a aplicação da regra processual geral que impõe o recurso ao juiz do foro do domicílio do devedor viria preencher esse «vazio» eventual.

33 — Acórdão de 13 de Julho de 1972, Comissão/Itália (48/71, Colect., p. 181, n.º 7).

34 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1993, Comissão/Itália (C-101/91, Colect., p. I-191, n.º 23).

Conclusão

40. À luz das considerações precedentes, propomos que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão colocada pelo Juzgado de Primera Instancia de Barcelona:

«A Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, permite ao juiz nacional apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula do contrato submetido à sua apreciação quando examina a admissibilidade de um pedido introduzido perante os órgãos jurisdicionais nacionais.»