CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 14 de Maio de 2009 [1]

I — Introdução

1. No presente processo de reenvio prejudicial, o Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») submete ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias 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 consumidores [2].

2. Concretamente, está em causa a questão de saber se resulta do objectivo da referida directiva, que consiste na protecção do consumidor, que o juiz nacional, chamado a apreciar um pedido de execução, pode conhecer oficiosamente da nulidade da convenção arbitral e, consequentemente, anular a decisão arbitral, por considerar que essa convenção contém uma cláusula abusiva em prejuízo do consumidor.

1 — Língua original: alemão.
2 — JO L 95, p. 29.

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

3. O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE (a seguir «Directiva») prevê o seguinte:

«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.»

4. O artigo 6.º, n.º 1, da Directiva estatui:

«Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de

um contrato celebrado com um consumidor 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.»

5. O artigo 7.º, n.º 1, da Directiva determina:

«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.»

6. O anexo da Directiva contém uma lista indicativa das cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Mencionam-se aí, no n.º 1, alínea q), as cláusulas que têm como objectivo ou como efeito «[s]uprimir 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».

B — *Direito interno*

7. No direito espanhol, os consumidores obtiveram inicialmente protecção contra cláusulas contratuais abusivas através da Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (lei geral de defesa dos consumidores e utentes), de 10 de Julho de 1984 (BOE n.º 176, de 24 de Julho de 1984, a seguir «Ley 26/1984»).

8. A Ley 26/1984 foi alterada pela Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (lei sobre as condições gerais dos contratos), de 13 de Abril de 1998 (BOE n.º 89, de 14 de Abril de 1998, a seguir «Ley 7/1998»), que transpôs a Directiva para a ordem jurídica interna.

9. Através da Ley 7/1998 foi aditado à Ley 26/1984, entre outros, o artigo 10.º bis, cujo n.º 1 determina:

«Consideram-se cláusulas abusivas todas as estipulações não negociadas individualmente que, contra os ditames da boa-fé, criem em detrimento do consumidor um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações que para as partes decorrem do contrato. Consideram-se, de qualquer forma, cláusulas

abusivas as previstas na disposição adicional à presente lei.

[…]»

10. O artigo 8.º da Ley 7/1998 determina:

«1. São nulas de pleno direito as condições gerais que, em prejuízo do aderente, contrariem as disposições da presente lei ou qualquer outra norma imperativa ou proibitiva, excepto se nelas se estabelecer outra sanção.

2. Em particular, são nulas as condições gerais abusivas nos contratos celebrados com um consumidor, entendendo-se como tal, de qualquer forma, as definidas no artigo 10.º bis e na primeira disposição adicional à Lei 26/1984 […].»

11. À época, a arbitragem era regulada pela Ley 60/2003 de Arbitraje (lei da arbitragem), de 23 de Dezembro de 2003 (BOE n.º 309, de 26 de Dezembro de 2003, a seguir «Ley 60/2003»).

12. O artigo 8.º, n.ºs 4 e 5, da Ley 60/2003 determina o seguinte:

«4. É competente para a execução da decisão arbitral o tribunal de primeira instância da comarca na qual a decisão foi proferida, nos termos do artigo 545.º, n.º 2, da Ley de Enjuiciamiento Civil [código de processo civil] […].

5. O recurso de anulação da decisão arbitral deve ser interposto junto da Audiencia Provincial da comarca onde a decisão foi proferida.»

13. O artigo 22.º da Ley 60/2003 determina o seguinte:

«1. Os árbitros decidem sobre a sua própria competência, incluindo sobre as excepções relativas à existência ou à validade da convenção arbitral ou quaisquer outras cuja apreciação impeça a análise do mérito da causa. Para este efeito, uma convenção arbitral incluída num contrato será considerada uma convenção distinta das restantes estipulações do mesmo. A decisão dos árbitros que declare a nulidade do contrato não implica, por si só, a nulidade da convenção arbitral.

2. As excepções a que se refere o número anterior devem ser deduzidas até à apresentação da contestação, não sendo a sua dedução prejudicada pelo facto de uma parte ter designado ou participado na nomeação dos árbitros. A excepção relativa ao facto de os árbitros excederem o âmbito da sua competência deve ser deduzida logo que, durante o processo arbitral, a matéria que excede o referido âmbito for suscitada.»

a) que a convenção arbitral é inexistente ou inválida;

b) que não foi devidamente notificada da designação de um árbitro ou dos actos arbitrais ou que não pôde, por qualquer outra razão, fazer valer os seus direitos;

14. O artigo 40.º da Ley 60/2003 determina:

[…]

«Uma decisão arbitral definitiva pode ser objecto de recurso de anulação nos termos previstos no presente título.»

f) que a decisão arbitral é contrária à ordem pública.»

15. O artigo 41.º, n.º 1, da Ley 60/2003 contém as seguintes disposições:

16. O artigo 43.º da Ley 60/2003 determina:

«Uma decisão arbitral só pode ser anulada quando a parte que pede a anulação alegue e prove:

«A decisão arbitral definitiva produz efeitos de caso julgado e só pode ser objecto de recurso de revisão, em conformidade com as disposições da Ley de Enjuiciamiento Civil aplicáveis às sentenças definitivas.»

17. Segundo o artigo 44.º da Ley 60/2003, a execução das decisões arbitrais rege-se pelo disposto na Ley de Enjuiciamiento Civil e no título VIII da Ley 60/2003.

18. Segundo o artigo 517.º, n.º 2, ponto 2, da Ley 1/2000 (Ley de Enjuiciamiento Civil), de 7 de Janeiro de 2000 (BOE de 8 de Janeiro de 2000, a seguir «Ley 1/2000»), as sentenças ou decisões arbitrais são susceptíveis de execução.

19. O artigo 556.º, n.º 1, da Ley 1/2000 prevê o direito do executado de, nos dez dias seguintes à notificação da decisão que ordene a execução, opor-se à mesma por escrito.

20. O artigo 559.º, n.º 1, da Ley 1/2000 enumera alguns vícios processuais que o executado pode opor à execução.

III — Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial

21. Maria Cristina Rodríguez Nogueira (a seguir «executada») celebrou em 24 de Maio de 2004 com a sociedade prestadora de serviços Asturcom Telecomunicaciones S.L. (a seguir «Asturcom») um contrato de prestação do serviço de telefonia móvel para particulares. Este contrato continha uma convenção arbitral, segundo a qual todos os litígios relativos à execução do contrato ficariam sujeitos à jurisdição arbitral da Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (associação europeia de arbitragem, a seguir «AEADE»).

22. Nos termos do contrato, a executada obrigava-se, nomeadamente, a manter a assinatura durante um período de dezoito meses a partir da data da activação efectiva do serviço e a ter um consumo mínimo de 6 euros por assinatura. Obrigava-se ainda a não modificar as condições acordadas com o operador. Comprometia-se a pagar as facturas e a não desistir de outras assinaturas contratadas com o mesmo operador. O contrato estipulava ainda que, no caso de incumprimento do contrato por parte do cliente, este pagaria o montante de 300 euros por assinatura, que seria fixado em cada caso mediante o procedimento adequado.

23. A executada não pagou algumas facturas e denunciou o contrato antes do prazo acordado, pelo que, em 16 de Fevereiro de 2004, a Asturcom apresentou contra ela à AEADE, em Bilbao, um pedido de arbitragem, por incumprimento do contrato.

24. Por decisão arbitral de 14 de Abril de 2005, a executada foi condenada a pagar o montante global de 669,69 euros. A referida decisão arbitral transitou em julgado, uma vez que a executada não interpôs recurso de anulação.

25. Em 29 de Outubro de 2007, a Asturcom intentou uma acção executiva contra C. R. Nogueira, com vista ao pagamento do acima mencionado montante, acrescido de 300 euros a título de juros e despesas.

26. Na sua decisão de reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio começa por expor as razões pelas quais considera abusiva a convenção arbitral contida no contrato. Neste contexto, faz notar, nomeadamente, que é a própria associação encarregue da arbitragem que elabora os contratos de assinatura telefónica, que na convenção arbitral não se especifica a cidade sede da arbitragem nem se prevê a possibilidade de escolha entre várias cidades e que é mais elevado o valor do transporte até ao local da arbitragem do que a própria dívida.

27. O órgão jurisdicional de reenvio refere ainda que a lei espanhola que regula a arbitragem não obriga nem habilita os árbitros a examinarem oficiosamente a convenção arbitral e a declararem a nulidade das cláusulas arbitrais nulas ou abusivas.

28. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas acerca da compatibilidade das disposições de natureza processual com o direito comunitário. Por isso, suspendeu a instância para submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

A protecção conferida aos consumidores pela Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, pode levar a que o tribunal que conheça de um pedido de execução de uma decisão [arbitral que se tornou definitiva], proferida sem a comparência do consumidor, conheça oficiosamente da nulidade da convenção arbitral e, consequentemente, anule a decisão arbitral por considerar que essa convenção contém uma cláusula arbitral abusiva em prejuízo do consumidor?

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

29. A decisão de reenvio prejudicial, datada de 29 de Janeiro de 2008, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 5 de Fevereiro de 2008.

30. A Asturcom, o Governo do Reino de Espanha, o Governo da República da Hungria e a Comissão apresentaram observações

escritas dentro do prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

31. Dado que nenhum dos intervenientes solicitou a realização de uma audiência, pôde-se começar a elaborar as conclusões a apresentar neste processo depois da sessão plenária do Tribunal de Justiça em 10 de Fevereiro de 2009.

V — Principais argumentos das partes

32. A Asturcom propõe que se responda negativamente à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio. Recorda que, tal como foi decidido no acórdão Mostaza Claro [3], o juiz nacional pode apreciar oficiosamente a questão da nulidade de uma cláusula de arbitragem no âmbito de um recurso de anulação, ainda que a ordem jurídica espanhola não lhe atribua competência expressa nesse sentido. Consequentemente, a legislação nacional cumpre as exigências comunitárias em matéria de protecção do consumidor contra cláusulas abusivas.

33. A Asturcom faz ainda notar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol equipara as decisões arbitrais e as decisões judiciais, de modo que, se uma decisão arbitral — como a que está em causa no processo principal — não for impugnada no prazo de dois meses após a respectiva notificação, transita em julgado, em termos semelhantes ao que se passa com uma decisão judicial, que se torna inimpugnável e exequível. Por este motivo, como aliás já foi esclarecido em jurisprudência da Audiencia Provincial de Madrid, o órgão jurisdicional competente para a execução de uma decisão arbitral inimpugnável não pode apreciar *ab initio* e oficiosamente a questão de saber se uma convenção arbitral é válida ou inválida, e recusar a execução.

34. Ainda segundo a Asturcom, esta interpretação não só permite salvaguardar o respeito pelo princípio da segurança jurídica, ao qual se dá corpo através do instituto jurídico do caso julgado, como, além disso, é compatível com a jurisprudência do acórdão Mostaza Claro, já referido, que habilita o juiz nacional a declarar a nulidade de uma cláusula de arbitragem abusiva unicamente no âmbito de um recurso de anulação interposto de uma decisão arbitral ainda não transitada em julgado.

35. Diferentemente, tanto o Governo húngaro como o Governo espanhol propõem ao Tribunal de Justiça que reconheça ao juiz nacional, a quem caiba apreciar um pedido de execução de uma decisão arbitral já transitada em julgado, competência para apreciar a questão da nulidade da convenção arbitral. Ambos os Governos invocam, essencialmente, os mesmos argumentos, em especial no tocante à possibilidade de uma aplicação por analogia dos princípios desenvolvidos pela jurisprudência.

3 — Acórdão de 26 de Outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I-10421).

36. O Governo húngaro alega, em particular, que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que existem motivos de interesse público, aos quais a Directiva pretende conceder protecção, que exigem, precisamente, que o juiz nacional possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contida num contrato celebrado com um consumidor, em especial num caso como o que se discute no processo principal.

37. O Governo espanhol partilha, no essencial, desta conclusão, apresentando ainda alguns esclarecimentos quanto ao direito processual nacional.

38. Assim, chama a atenção para o facto de não haver incompatibilidade entre a ordem jurídica espanhola e a ordem jurídica comunitária em matéria de protecção do consumidor face a cláusulas abusivas. À luz das disposições do direito espanhol pertinentes, a validade de uma cláusula de arbitragem pode e deve ser apreciada como questão de ordem pública e, assim sendo, não apenas pelo juiz responsável pelo processo declarativo mas também pelo juiz de execução, independentemente de a parte interessada ter ou não comparecido perante o tribunal arbitral ou de execução e ter ou não interposto recurso.

39. Segundo o Governo espanhol, foram já proferidas várias decisões judiciais em Espanha, designadamente uma decisão da Audiencia Nacional, de 9 de Maio de 2005, que reconheceram ao juiz nacional, em especial por motivos de ordem pública, um poder de controlo sobre decisões arbitrais cuja execução lhe compita ordenar, mesmo que nenhuma parte tenha suscitado a questão da ordem pública.

40. Neste sentido, tanto uma correcta implementação da protecção do consumidor como uma interpretação ampla do conceito de ordem pública devem permitir ao juiz de execução nacional apreciar oficiosamente a validade da convenção arbitral e declarar a nulidade da decisão arbitral, se concluir que a convenção arbitral contém uma cláusula abusiva.

41. A Comissão começa por salientar certas diferenças que existem entre a matéria de facto em causa no presente processo e a que se discutia no processo Mostaza Claro e que se reconduzem ao facto de no presente processo, em primeiro lugar, o consumidor ter assumido uma postura passiva e de, em segundo lugar, a questão do carácter abusivo da cláusula de arbitragem não se ter colocado no âmbito de um recurso de anulação interposto da decisão arbitral, mas sim no âmbito da execução. A Comissão refere ainda que os poderes de controlo de um juiz de execução são, por regra, mais limitados do que os de um juiz chamado a decidir um recurso de anulação.

42. Contudo, a Comissão considera que a importância dos objectivos prosseguidos pela Directiva impõe que o juiz de execução possa, excepcionalmente, apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula de arbitragem e, se for caso disso, declarar a sua nulidade. Em casos como o do processo principal, em que o consumidor não interpôs recurso da decisão arbitral, o juiz de execução constitui a única instância independente que intervém, dado que não tem qualquer tipo de interesse pessoal na manutenção da cláusula de arbitragem, o que o predestina para o controlo da sua validade.

43. Por fim, a Comissão pronuncia-se acerca da questão, suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de saber se a apreciação oficiosa do carácter abusivo de uma cláusula de arbitragem constitui uma mera faculdade ou um verdadeiro dever do juiz nacional. A Comissão conclui, a partir do n.º 38 e da parte decisória do acórdão Mostaza Claro, que existe um verdadeiro dever de controlo oficioso.

VI — Apreciação jurídica

A — *Observações introdutórias*

44. Segundo a definição contida no artigo 3.º da Directiva 93/13/CEE, entende-se por cláusula abusiva aquela que foi pré-formulada unilateralmente pela parte contratual economicamente mais forte e por esta imposta à outra parte, sem que esta, por seu turno, possa influenciar o seu conteúdo. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva, o carácter abusivo de certa cláusula revela-se, no essencial, pelo facto de a mesma, a despeito da exigência de boa fé, dar origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato [4].

45. A problemática das cláusulas abusivas contidas em contratos celebrados com os consumidores já era conhecida muito antes da entrada em vigor da Directiva 93/13/CEE. Numa sociedade de consumo e de serviços em crescimento contínuo, como é o caso da europeia, foi-se inevitavelmente banalizando o uso de contratos estandardizados, cujas condições não são negociadas individualmente entre as partes. O perigo da utilização destas condições contratuais pré-formuladas unilateralmente reside na não ou na insuficiente tomada em consideração dos interesses da parte que contrata com o seu utilizador [5].

4 — Kohles, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien - Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt am Main, 2004, p. 56.

5 — Baier, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln - Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/CEE über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburgo, 2004, p. 2.

46. A Directiva 93/13/CEE visava remediar esta situação, por via de uma harmonização parcial das disposições dos Estados-Membros em matéria de protecção do consumidor [6]. Pretende assegurar um nível de protecção mínimo uniforme contra cláusulas abusivas em contratos celebrados com os consumidores nos Estados-Membros da Comunidade. A parte central desta directiva é composta, por um lado, pelo regime consagrado no seu artigo 6.º, n.º 1, nos termos do qual os Estados-Membros estipularão que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional «não vinculem o consumidor», e, por outro lado, pelo estatuído no artigo 7.º, n.º 1, que determina 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».

47. Na perspectiva da dogmática jurídica, os artigos 6.º e 7.º da Directiva 93/13/CEE constituem disposições imperativas de direito derivado para protecção do consumidor, que têm como consequência uma limitação da liberdade contratual, enquanto principal emanação da autonomia privada [7].

B — *A competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para a apreciação de cláusulas abusivas, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça*

48. Nos acórdãos Océano [8], Cofidis [9] e Mostaza Claro [10], o Tribunal de Justiça interpretou as referidas disposições e atribuiu-lhes um significado que permite ao juiz nacional, no exercício das suas funções, actuar eficazmente contra cláusulas abusivas. O presente processo apresenta relação com esses acórdãos. Por isso, importa, de seguida, apreciar em que medida, em virtude das semelhanças entre os vários casos concretos, se afigura

6 — A Directiva 93/13/CEE, tal como a Directiva 85/577/CEE relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, a Directiva 97/7/CE relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância e a Directiva 1999/44/CE relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, baseia-se na ideia de harmonização mínima. Contudo, esta ideia é expressamente abandonada na proposta da Comissão de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, de 8 de Outubro de 2008, COM(2008) 614 final, que reconduz as referidas quatro directivas a um único instrumento jurídico horizontal. O projecto de directiva assenta, agora, na ideia de harmonização plena, com a consequência de que os Estados-Membros não podem manter ou introduzir disposições jurídicas que divirjam das que têm consagração na directiva. O objectivo da proposta consiste em, através da harmonização plena dos aspectos essenciais do regime aplicável aos contratos celebrados com os consumidores que relevam para o mercado interno, prestar um contributo para o bom funcionamento do mercado interno no tocante a negócios entre empresas e consumidores e assegurar um nível elevado e uniforme de protecção do consumidor.

7 — V., acerca da limitação da liberdade contratual através de actos normativos da Comunidade, Basedow, J., «Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung - Das Schicksal der Vertragsfreiheit», *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Munique, 2009. Segundo este autor, o direito comunitário derivado, na parte em que incide sobre contratos de direito privado, tem natureza prevalentemente imperativa. A maior parte das disposições limitam a liberdade contratual e são poucas as que admitem expressamente a possibilidade de as partes regularem contratualmente certa questão. A doutrina considera que a liberdade contratual constitui a principal emanação da autonomia privada e, assim, uma garantia individual. A propósito da autonomia privada na óptica do direito comparado, v., na doutrina alemã, Larenz, K./Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, nona edição, Munique, 2004, n.º 2, no direito austríaco, Koziol, H./Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil - Sachenrecht - Familienrecht*, décima primeira edição, Viena, 2000, p. 84, no direito francês, Aubert, J.-L./Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, décima segunda edição, Paris, 2006, p. 72, n.º 99, e, no direito espanhol, Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, primeiro volume, décima edição, Madrid, 2002, pp. 369 e segs. Estes últimos referem que a autonomia privada encontra os seus limites jurídicos nas normas imperativas e nas normas de ordem pública.

8 — Acórdão de 27 de Junho de 2000, Océano (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

9 — Acórdão de 21 de Novembro de 2002, Cofidis (C-473/00, Colect., p. I-10875).

10 — Já referido na nota 3.

justificada uma aplicação dos princípios desenvolvidos nos mencionados acórdãos ao caso ora em apreço.

49. Importa começar por relembrar os princípios jurisprudenciais à luz dos quais se deverá em seguida apreciar o presente caso.

50. O ponto de partida das considerações do Tribunal de Justiça, no contexto da interpretação dos artigos 6.º e 7.º da Directiva 193/13/CEE, foi a constatação de que «o sistema de protecção implementado pela directiva repousa na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas» [11]. O Tribunal de Justiça concluiu deste facto que «a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional só pode ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes do contrato» [12].

51. O Tribunal de Justiça decidiu ainda que a faculdade do órgão jurisdicional nacional de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula constitui um meio adequado para atingir o resultado fixado no artigo 6.º da Directiva, isto é, impedir que um consumidor privado fique vinculado a uma cláusula abusiva. Também considerou que este poder de apreciação do órgão jurisdicional nacional constitui um meio adequado para promover a realização do objectivo visado no artigo 7.º, uma vez que tal apreciação pode ter um efeito dissuasor que contribua para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional [13]. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu que a faculdade de apreciação oficiosa do carácter abusivo de uma cláusula é necessária para atingir uma protecção eficaz do consumidor, uma vez que existe um risco não negligenciável de o consumidor só não invocar o carácter abusivo da cláusula que lhe é oposta por puro desconhecimento.

52. Foi com base nas considerações precedentes que o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão Océano [14], que a protecção garantida pela Directiva 93/13/CEE aos consumidores implica que o juiz nacional possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula do contrato que lhe foi submetido, quando examina a admissibilidade de uma acção instaurada perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

11 — Acórdãos Océano (já referido na nota 8, n.º 25) e Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 25).

12 — Acórdãos Océano (já referido na nota 8, n.º 27) e Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 26).

13 — Acórdãos Océano (já referido na nota 8, n.º 28), Cofidis (já referido na nota 9, n.º 32) e Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 27).

14 — Já referido na nota 8, n.º 29.

53. No acórdão Cofidis [15], o Tribunal de Justiça precisou a sua jurisprudência, no sentido de que a competência de um órgão jurisdicional nacional para conhecer, oficiosamente ou na sequência de uma excepção suscitada pelo consumidor, da nulidade de uma cláusula inserida no contrato não pode depender do respeito de um prazo de caducidade.

54. Por fim, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão Mostaza Claro [16], que um órgão jurisdicional nacional, ao qual compita conhecer um recurso de anulação de uma decisão arbitral, pode apreciar a nulidade da convenção arbitral e revogar essa decisão se a referida convenção contiver uma cláusula abusiva em prejuízo do consumidor, mesmo que o consumidor não tenha invocado essa nulidade no âmbito do processo arbitral mas apenas no do recurso de anulação.

55. O Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão com o facto de que o objectivo prosseguido pelo artigo 6.º da directiva não poderia ser atingido se o órgão jurisdicional de reenvio, ao qual compete conhecer o recurso de anulação da decisão arbitral, estivesse impedido de apreciar a nulidade dessa decisão, pela simples razão de o consumidor não ter invocado a nulidade da convenção de arbitragem no âmbito do processo arbitral [17]. Neste caso, esta omissão por parte do consumidor não poderia, de modo algum, ser suprida pela acção de terceiros relativamente ao contrato. Segundo o Tribunal de Justiça, o sistema de protecção especial instituído pela Directiva ficaria definitivamente comprometido [18].

C — *Apreciação da questão prejudicial*

1. Quanto à competência do juiz de execução para a apreciação da nulidade

56. Em termos semelhantes ao que sucedeu no processo Mostaza Claro, o presente processo tem por objecto uma convenção arbitral que o órgão jurisdicional de reenvio reputa de abusiva [19]. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se uma cláusula contratual preenche os critérios exigidos para ser qualificada de abusiva na acepção do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE [20]. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a convenção arbitral controvertida constitui uma limitação às possibilidades de defesa e de acção de C. R. Nogueira, o que pode conduzir a uma subsunção na previsão do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva, em conjugação com a alínea q) do seu anexo.

15 — Já referido na nota 9, n.º 38.
16 — Já referido na nota 3, n.º 39.
17 — *Ibid.*, n.º 30.
18 — *Ibid.*, n.º 31.
19 — V. ponto 3 da fundamentação jurídica da decisão de reenvio prejudicial.
20 — V. acórdão de 1 de Abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Colect., p. I-3403, n.º 22), e acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 23).

57. Contudo, o presente caso distingue-se do processo Mostaza Claro pelo facto de C. R. Nogueira não ter comparecido perante o tribunal arbitral nem ter interposto recurso de anulação da decisão arbitral. Por isso, diferentemente do que se passou no processo Mostaza Claro, coloca-se aqui a questão de saber se o juiz nacional pode declarar o carácter abusivo da cláusula no âmbito do processo de execução. Outra diferença reside no facto de, no processo Mostaza Claro, os consumidores afectados terem invocado expressamente o carácter abusivo da cláusula de arbitragem em causa, ao passo que, no presente caso, o órgão jurisdicional de reenvio questiona se também deve apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula desse tipo, no âmbito da decisão a proferir acerca de um pedido de execução.

58. Todos os intervenientes no processo, com excepção da Asturcom, consideram que, no âmbito de um processo de execução, o juiz nacional também tem de dispor de competência para apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula de arbitragem e para declarar a sua nulidade. Este entendimento merece acolhimento expresso.

59. Na minha opinião, esta interpretação é a que mais está em conformidade com os objectivos de protecção do consumidor ínsitos à Directiva 93/13/CEE. Está, também, em harmonia com a redacção do artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CE, que exige que os Estados-Membros apliquem «meios adequados e eficazes» para protecção dos consumidores face à utilização de cláusulas abusivas. Neste contexto, tem especial importância para a apreciação jurídica da questão prejudicial a necessidade, que o legislador comunitário realça, de medidas de transposição nacionais eficazes. Por fim, essa interpretação está de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que exige que os Estados-Membros, no âmbito da transposição de directivas, garantam os direitos dos particulares em termos efectivos, sempre que a directiva em causa os preveja [21].

60. A autonomia institucional e procedimental dos Estados-Membros, conhecida por «autonomia processual», não obsta, de modo algum, a esse entendimento. Na verdade, resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as regras processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que decorrem, para os particulares, do efeito directo do direito comunitário [22].

21 — V. acórdãos de 22 de Junho de 1989, Fratelli Constanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.os 29 e segs.), e de 30 de Maio de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.os 20 e segs.). Também neste sentido, Schroeder, W., *EUV/EGV - Kommentar* (edição de Rudolf Streinz), artigo 249.º, n.º 96, p. 2183. Acerca do dever dos Estados-Membros de assegurarem o efeito útil («effet utile») de uma directiva na sua transposição para o direito nacional, v. acórdão de 8 de Abril de 1976, Royer (48/75, Colect., p. 221).

22 — V., neste sentido, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5) e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, Colect., p. 835, n.º 13), de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12), de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 29), de 11 de Setembro de 2003, Safalero (C-13/01, Colect., p. I-8679, n.º 49), de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 39), de 7 de Junho de 2007, Van der Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, Colect., p. I-4233, n.º 28), e de 12 de Fevereiro de 2008, Kempter (C-2/06, Colect., p. I-411, n.º 57).

61. Este entendimento tem de ser apreciado à luz da circunstância de, segundo jurisprudência assente, o princípio da tutela jurisdicional efectiva ser um princípio geral do direito comunitário que resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, que obteve consagração nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e que foi reforçado pelo artigo 47.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia [23], proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice [24]. Acresce que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, deve ser assegurado o respeito dos direitos de defesa «em qualquer processo instaurado contra uma pessoa e susceptível de culminar num acto que a afecte» [25], o que, portanto, também abrange os processos arbitrais [26].

62. É certo que, nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, o processo de execução não se destina, por regra, a permitir uma apreciação material do caso, visando antes exclusivamente a imposição coerciva de uma decisão arbitral. Além disso, segundo o direito processual executivo dos Estados-Membros, também é, por regra, limitada a possibilidade de o executado deduzir excepções de direito substantivo contra o título executivo, dependendo a mesma unicamente do cumprimento de determinados pressupostos [27]. Contudo, impõe-se, a meu ver, também conceder no âmbito do processo de execução ao juiz nacional competência para fazer a apreciação ora em causa, pois de outra forma frustrar-se-ão os objectivos de protecção do consumidor da Directiva 93/13/CEE [28].

63. Com efeito, a interpretação contrária teria como consequência que o carácter abusivo da cláusula contratual prevaleceria, em termos, aliás, irrevogáveis e em prejuízo do consumidor. Desta forma criar-se-ia uma situação jurídica que o legislador quis evitar a todo o custo, tendo em conta a protecção especial

23 — JO C 364, p. 1.

24 — Acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.os 18 e 19), de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, Colect., p. 4097, n.º 14), de 27 de Novembro de 2001, Comissão/Áustria (C-424/99, Colect., p. I-9285, n.º 45), de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho (C-50/00 P, Colect., p. I-6677, n.º 39), e de 19 de Junho de 2003, Eribrand (C-467/01, Colect., p. I-6471, n.º 61).

25 — V. acórdãos de 29 de Junho de 1994, Fiskano/Comissão (C-135/92, Colect., p. I-2885, n.º 39), e de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o. (C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.º 21).

26 — V. n.º 59 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral A. Tizzano em 27 de Abril de 2006 no processo Mostaza Claro (acórdão já referido na nota 3).

27 — Por regra, a entidade a quem compete conduzir o processo executivo limita-se a atender ao título executivo, abstendo-se de apreciar, ela própria, se o direito a que se pretende dar execução efectivamente existe, pois esta questão é apreciada pelo tribunal que decide a acção declarativa (v. Béguin, J./Ortscheidt, J./Seraglini, C., «La convention d'arbitrage», *La Semaine juridique - Édition Générale*, Junho de 2007, n.º 26, p. 17). Contudo, podem existir excepções consoante as várias ordens jurídicas, relacionadas com o cumprimento e com moratórias, caso o executado possa provar documentalmente a situação invocada. Por regra, o executado tem ao seu dispor meios de impugnação, através dos quais pode invocar erros processuais da entidade a quem compete conduzir o processo executivo. Em algumas ordens jurídicas, o executado tem ao seu dispor tipos de acções através dos quais pode invocar objecções de natureza material contra a execução (v. Schellhammer, K., *Zivilprozess*, décima edição, Heidelberga, 2003, pp. 109 e segs., n.os 219 e 223; Lackmann, R., *Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts*, sexta edição, Munique, 2003, p. 80, n.º 210).

28 — Também neste sentido, Jordans, R., «Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 - Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, p. 50. O autor considera que, apesar de, por regra, se encontrar prejudicado no processo de reconhecimento e execução da decisão arbitral o conhecimento dos argumentos de defesa que podiam ter sido deduzidos no processo arbitral, são concebíveis excepções quando existe uma violação da ordem pública.

que merecem os interesses económicos do consumidor.

64. O caso concreto em apreço demonstra, em termos particularmente ilustrativos, que não seria conciliável com a Directiva 93/13/CEE o juiz de execução não dispor de competência para apreciar a questão aqui em causa. Com efeito, neste caso, o consumidor, a fim de se salvaguardar das consequências negativas de uma cláusula contratual nula, teria necessariamente de se opor à cláusula em questão ainda antes do processo executivo, portanto ainda no decurso do processo que o antecede. Ora, no caso em apreço, C. R. Nogueira, enquanto executada, teria de intervir logo no processo arbitral, sendo certo que é da validade do mesmo que órgão jurisdicional de reenvio precisamente duvida. Por outras palavras: o direito nacional esperaria do consumidor que participasse num processo nulo, a fim de poder obter a declaração de nulidade do contrato. Este resultado não é aceitável e demonstra que o juiz de execução tem de dispor da competência ora em discussão.

65. Além disso, o cumprimento dos objectivos da Directiva exige, tal como foi decidido pelo Tribunal de Justiça, que a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional possa ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes do contrato [29]. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a lei espanhola que regula a arbitragem não obriga nem habilita os árbitros a examinarem oficiosamente a cláusula arbitral e a declararem a nulidade das cláusulas nulas ou abusivas [30].

66. Mas mesmo que os tribunais arbitrais estivessem obrigados a ou pudessem fazê-lo, subsistiriam sérias dúvidas sobre se um tribunal arbitral pode ser sempre considerado independente e neutral, sobretudo porque um árbitro pode ter um interesse próprio na manutenção da cláusula de arbitragem que lhe atribui competência. A Comissão, com razão, chama a atenção para este aspecto [31]. Isto pode acontecer numa situação como a que está em causa no processo principal, em que a convenção arbitral foi redigida pela mesma associação que foi incumbida da realização da arbitragem. Por conseguinte, a questão da nulidade de uma cláusula de arbitragem abusiva não pode ser apreciada exclusivamente pelo árbitro. Antes pelo contrário, esta tarefa deve ser atribuída a um juiz, que oferece todas as garantias de independência judicial que são típicas de um Estado de direito.

67. Se, porém, o interessado não interpuser recurso de anulação da decisão arbitral — o que não é de excluir atendendo, precisamente, à não rara falta de experiência negocial dos consumidores [32] — e a mesma transitar consequentemente em julgado, então o juiz

29 — V. n.º 50 das presentes conclusões.

30 — V. ponto 4 da fundamentação jurídica da decisão de reenvio prejudicial.

31 — V. n.º 37 das observações escritas da Comissão. Picó i Junoy, J., «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales», *Diario La Ley*, ano XXVI, n.º 6198, salienta igualmente o perigo de parcialidade de um tribunal arbitral. O autor considera que o mesmo pode, excepcionalmente, constituir um fundamento para o indeferimento de um pedido de execução, desde que existam indícios da referida parcialidade.

32 — V. n.º 51 das presentes conclusões.

de execução será, em regra, a única e última instância que estará em condições de apreciar a legalidade de uma cláusula contratual [33]. Por isso, a ordem jurídica comunitária, precisamente por causa da posição única do juiz de execução, tem de reconhecer-lhe competência para essa apreciação. Sobre os Estados-Membros recai o dever de assegurar que o juiz de execução dispõe dos poderes processuais necessários para indeferir o pedido de execução e anular a decisão arbitral.

68. Em princípio, também é possível extrair um motivo para o indeferimento de um pedido de execução de considerações relacionadas com a protecção da ordem pública («ordre public») de um Estado-Membro. Tanto o artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958 [34], como o artigo 29.º, n.º 2, da Convenção de 1966 que estabelece uma lei uniforme em matéria de arbitragem no âmbito do Conselho da Europa [35], consagram regras de direito internacional público análogas. Alguns Estados-Membros da União Europeia prevêem regimes semelhantes nas respectivas ordens jurídicas [36].

69. O direito positivo espanhol não atribui expressamente ao juiz de execução o poder de apreciar oficiosamente a validade de uma cláusula de arbitragem, como também salienta o órgão jurisdicional de reenvio na sua decisão de reenvio prejudicial. Nesta medida, os poderes de controlo de um juiz de execução espanhol, tal como sucede na maioria dos Estados-Membros da Comunidade, são limitados, tendo principalmente por objecto o controlo das formalidades do processo de execução. Contudo, importa também constatar que, nos últimos anos,

33 — Neste sentido, Picó i Junoy, J., *ob. cit.* (nota 31).

34 — Disponível na página web da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), http://www.uncitral.org. A Convenção dispõe, no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), o seguinte: «Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: […] (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the *public policy* of that country». Picó i Junoy. J., *ob. cit.* (nota 31), considera que o direito espanhol tem de ser interpretado à luz desta disposição de direito internacional público. Neste sentido, portanto, o tribunal nacional deveria indeferir o pedido de execução e anular a decisão arbitral.

35 — Disponível na página web do Conselho da Europa. A convenção prevê, no seu artigo 29.º, o seguinte: «(1) An arbitral award may be enforced only when it can no longer be contested before arbitrators and when an enforcement formula has been apposed to it by the competent authority on the application of the interested party. (2) The competent authority shall refuse the application if the award or its enforcement is contrary to *ordre public* or if the dispute was not capable of settlement by arbitration».

36 — Na Alemanha, as disposições em questão encontram-se consagradas no Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil alemão, a seguir «ZPO»). Nos termos do § 1060, n.º 1, do ZPO, procede-se à execução depois de a decisão arbitral ter sido declarada exequível. O § 1060, n.º 2, do ZPO determina que o pedido de declaração de executoriedade deve ser indeferido e a decisão arbitral anulada caso se encontre preenchido um dos fundamentos de anulação previstos no § 1059, n.º 2. O § 1059, n.º 2, ponto 2, alínea b), do ZPO prevê um fundamento de anulação especial. Nos termos do mesmo, o tribunal, se verificar que o reconhecimento ou a execução da decisão arbitral conduz a um resultado desconforme com a ordem pública («ordre public»), pode anular essa decisão. Os fundamentos de anulação enumerados no § 1059, n.º 2, ponto 2, do ZPO devem ser tidos — oficiosamente (Senat, BGHZ 142, 204 e 206) — em conta no processo de declaração de executoriedade, mesmo após o decurso do prazo previsto para a interposição do recurso de anulação (§ 1059, n.º 3, do ZPO). Na Bélgica, o artigo 1710.º, n.º 1, do Code Judiciaire (lei processual belga) prevê que a execução de uma decisão arbitral só pode ser ordenada a pedido da parte interessada e por decisão do presidente do tribunal de primeira instância. O artigo 1710.º, n.º 3, determina que o presidente deve indeferir o pedido se, nomeadamente, a decisão arbitral estiver em contradição com a ordem pública («ordre public»).

vários tribunais de execução espanhóis indeferiram pedidos de execução de decisões arbitrais com o fundamento de as decisões arbitrais em questão não serem conciliáveis com a ordem pública [37]. Uma parte considerável da jurisprudência [38] e da doutrina [39] espanholas parece partilhar deste entendimento. Uma nova linha jurisprudencial acaba, no essencial, por concluir no mesmo sentido, sendo que já indica a exigência de protecção do consumidor como fundamento da existência da competência em questão do juiz de execução [40]. Seja como for, a situação jurídica em apreço parece ainda não estar actualmente totalmente esclarecida em Espanha, por falta de uma jurisprudência inequívoca dos tribunais de última instância.

70. Parece-me adequada a recepção pela ordem jurídica comunitária de um princípio jurídico - que impede a execução de uma decisão arbitral desconforme com a ordem pública - que é reconhecido não só pelo direito internacional público mas também pelas ordens jurídicas de alguns Estados-Membros da União Europeia, desde logo porque o Tribunal de Justiça já declarou implicitamente, no acórdão Mostaza Claro, que as disposições comunitárias de protecção do consumidor contidas na Directiva 93/13/CEE podem ser consideradas como pertencentes à ordem pública [41]. Foi a partir desta constatação que o Tribunal de Justiça concluiu que se justifica a anulação de uma decisão arbitral que viole uma dessas disposições.

71. Tal como foi expresso pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão, a disposição imperativa contida no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE, segundo a qual as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional «não vincul[a]m o consumidor», impõe que o juiz nacional deva apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual e, deste modo, atenuar o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional [42]. Por outro lado, segundo o Tribunal de Justiça, a Directiva 93/13/CEE, que visa reforçar a protecção dos consumidores, constitui, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, alínea t), CE, uma medida indispensável

37 — V., por exemplo, decisões da Audiencia Provincial de Madrid (sección 14) de 28 de Julho de 2005 (rec. n.º 302/2005) e de 29 de Julho de 2005 (rec. n.º 155/2005).

38 — V. acórdão do Tribunal Supremo espanhol de 6 de Novembro de 2007 (acórdão n.º 8/2007). Neste acórdão, o Tribunal Supremo decidiu que os poderes atribuídos ao juiz de execução lhe permitem apreciar o respeito do primado do direito comunitário e outros motivos de ordem pública. Contudo, o Tribunal Supremo não cita disposições legais que sustentem este seu entendimento jurídico.

39 — V. Picó i Junoy, J., *ob. cit.* (nota 31), Lorca Navarrete, A. M., «Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente ley de arbitraje», *Diario La Ley*, n.º 6005.

40 — V., por exemplo, decisões da Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) de 10 de Junho de 2008 (rec. n.º 694/2007), de 19 de Junho de 2007 e de 24 de Maio de 2007.

41 — Acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 38). A doutrina tem o mesmo entendimento. V. Jordans, R., *ob. cit.* (nota 28), p. 50, que interpreta o acórdão no sentido de o Tribunal de Justiça ter considerado o carácter abusivo da cláusula aí em apreço tão grave que entendeu estar em causa uma questão de ordem pública. Segundo Loos, M., «Case: ECJ - Mostaza Claro», *European Review of Contract Law*, 2007, quarto volume, p. 443, o Tribunal de Justiça classificou as disposições imperativas das directivas relativas à protecção do consumidor como de ordem pública, tal como já fizera antes com as disposições em matéria de concorrência. Poissonnier, G./Tricoit, J.-P., «La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation», *Petites affiches*, Setembro de 2007, n.º 189, p. 15, consideram que o Tribunal de Justiça, ao contrário da Comissão, não classificou expressamente as disposições de protecção do consumidor como normas de ordem pública. Todavia, também consideram que as declarações feitas pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão também podem ser interpretadas nesse sentido. Segundo Courbe, P./Brière, C./Dionisi-Peyrusse, A./Jault-Seseke, F./Legros, C., «Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 de octobre 2006», *Petites affiches*, 2007, n.º 152, p. 14, esta jurisprudência do Tribunal de Justiça tem como consequência elevar as normas de protecção do consumidor previstas na Directiva 93/13/CEE a normas de ordem pública.

42 — Acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 38).

para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o aumento do nível e da qualidade de vida em todo o seu território [43].

72. Tenho plena consciência de que a interpretação ora defendida dos artigos 6.º e 7.º da Directiva 93/13/CEE pode conduzir a um afastamento da força de caso julgado, que é reconhecida nas ordens jurídicas de alguns Estados-Membros, o que faz com que necessariamente se coloque a questão de saber como se harmoniza esta interpretação com a jurisprudência até ao momento proferida pelo Tribunal de Justiça acerca do carácter definitivo dos actos normativos e das decisões judiciais nacionais que violam o direito comunitário.

73. No acórdão Kapferer [44], o Tribunal de Justiça salientou a importância que reveste, tanto na ordem jurídica comunitária como nas ordens jurídicas nacionais, o princípio da força de caso julgado, tendo confirmado o princípio segundo o qual, a fim de garantir tanto a estabilidade do direito e das relações jurídicas como uma boa administração da justiça, é necessário que as decisões judiciais que se tornaram definitivas após esgotamento das vias de recurso disponíveis ou decorridos os prazos previstos para tais recursos já não possam ser impugnadas. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu ainda, baseando-se no acórdão Eco Swiss [45], que o princípio da solidariedade comunitária resultante do artigo 10.º CE não impõe a um órgão jurisdicional nacional a não aplicação de regras processuais internas para poder examinar uma decisão judicial transitada em julgado e anulá-la, caso se verifique que viola o direito comunitário [46].

74. Não obstante, o Tribunal de Justiça solucionou esta tensão entre a segurança jurídica e a protecção do consumidor ao esclarecer, implicitamente, que o princípio da força de caso julgado está sujeito à condição do respeito pelos princípios da equivalência e da efectividade. Com efeito, ao regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem para os cidadãos do efeito directo do direito comunitário, os Estados-Membros devem assegurar que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as relativas às acções internas de idêntica natureza (princípio da equivalência) e que não tornem impossível, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) [47].

75. Tendo em conta as considerações precedentes, em especial a necessidade de uma protecção efectiva do consumidor [48], bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça [49], que exige expressamente uma intervenção positiva, exterior às partes do

43 — *Ibid.*, n.º 37.
44 — Acórdão de 16 de Março de 2006, Kapferer (C-234/04, Colect., p. I-2585, n.º 20).
45 — Acórdão de 1 de Junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Colect., p. I-3055, n.ºs 46 e 47).
46 — Acórdão Kapferer (já referido na nota 44, n.º 24).
47 — Acórdão Kapferer (já referido na nota 44, n.º 22).
48 — V. n.º 59 das presentes conclusões.
49 — V. n.º 50 das presentes conclusões.

contrato, estou convencida de que o afastamento da força de caso julgado pode ser necessário, em casos excepcionais.

76. Daqui resulta que o tribunal nacional deve indeferir um pedido de execução de uma decisão arbitral transitada em julgado, proferida sem a comparência do consumidor, e anular essa decisão se concluir que a convenção arbitral contém uma cláusula arbitral abusiva em prejuízo do consumidor [50].

2. Dever de apreciação do juiz de execução

77. Apesar de a questão prejudicial não ser totalmente clara quanto a este aspecto, parece que o órgão jurisdicional de reenvio pede ainda ao Tribunal de Justiça que responda à questão de saber se o juiz de execução, para além da faculdade, tem também o dever de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula de arbitragem.

78. Importa começar por observar que o Tribunal de Justiça, tanto no acórdão Océano [51] como no acórdão Cofidis [52], se referiu ao «poder» ou à «faculdade» de o órgão jurisdicional nacional apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula. À primeira vista, poder-se-ia retirar daqui que o órgão jurisdicional nacional pode apreciar o carácter abusivo de uma cláusula, mas não tem o dever de o fazer. Porém, uma interpretação deste tipo dos acórdãos em questão não teria suficientemente em conta o facto de as considerações do Tribunal de Justiça se centrarem nos objectivos de protecção do consumidor da Directiva 93/13/CEE.

79. O Tribunal de Justiça fez questão em sublinhar que a apreciação judicial do carácter abusivo de uma cláusula pode ter um efeito dissuasor e pode, assim, contribuir para pôr fim à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos profissionais com os consumidores. Na minha opinião, o efeito

50 — Também neste sentido, Azparren Lucas, A., «Intervención judicial en el arbitraje - La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral», *Diario La Ley*, ano XXVIII, n.º 6789, que comenta o acórdão Mostaza Claro e que considera que a resposta à questão prejudicial colocada no presente processo deveria assentar, no essencial, sobre os mesmos argumentos que fundamentaram a resposta dada no processo Mostaza Claro. Na sua opinião, o Tribunal de Justiça baseou-se, nesse acórdão, no princípio da efectividade, segundo o qual o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário não pode ser excessivamente dificultado.

51 — Já referido na nota 8, n.º 25.

52 — Já referido na nota 9, n.ºs 32, 33 e 35.

dissuasor desejado dessa apreciação ficaria consideravelmente prejudicado se esta dependesse unicamente do arbítrio do juiz de execução. Diferentemente, a protecção dos consumidores fica garantida, em conformidade com as previsões do direito comunitário, se o órgão jurisdicional de reenvio estiver juridicamente obrigado a efectuar essa apreciação [53].

80. Afigura-se ser também este o raciocínio que subjaz ao acórdão Mostaza Claro. O Tribunal de Justiça decidiu neste acórdão que a importância que a protecção dos consumidores assume dentro da ordem jurídica comunitária justifica que «o juiz nacional *deva* apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual e, deste modo, atenuar o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional» [54].

81. Consequentemente o Tribunal de Justiça também decidiu nesse mesmo acórdão que «a [D]irectiva [93/13/CEE] deve ser interpretada no sentido de que implica que, em sede de recurso de anulação de uma decisão arbitral, o tribunal nacional aprecie a nulidade da convenção arbitral e revogue essa decisão por a referida convenção conter uma cláusula abusiva, mesmo que o consumidor não tenha invocado essa nulidade no âmbito do processo arbitral mas apenas no do recurso de anulação». Tal como já foi referido, o Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão essencialmente no facto de as disposições em matéria de protecção do consumidor constituírem disposições de ordem pública [55].

82. Resulta, assim, da exposição antecedente que o direito comunitário impõe ao órgão jurisdicional nacional um dever de apreciação.

53 — Também neste sentido, Van Huffel, M., «La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrets Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice», *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, p. 97, que defende o entendimento segundo o qual os objectivos prosseguidos pelo Tribunal de Justiça só podem ser atingidos se o juiz nacional estiver obrigado a apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual.

54 — Acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.os 35 a 38). V., a este propósito, as várias versões linguísticas do acórdão, por exemplo a espanhola («*deba* apreciar de oficio»), a alemã («von Amts wegen [...] prüfen *muss*»), a francesa («*soit tenu* d'apprécier d'office»), a inglesa («*being required* to assess of its own motion»), a italiana («*sia tenuto* a valutare d'ufficio»), a neerlandesa («ambtshalve *dient* te beoordelen») e a portuguesa («*deva* apreciar oficiosamente»).

55 — Acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 3, n.º 39). Este entendimento é partilhado pela doutrina. V. Jordans, R., *ob. cit.* (nota 28), e Poissonnier, G./Tricoit, J.-P., *ob. cit.* (nota 41).

VII — Conclusão

83. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial que lhe foi submetida pelo Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao nos seguintes termos:

O objectivo de protecção dos consumidores prosseguido pela Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, exige que o tribunal que conhece de um pedido de execução de uma decisão arbitral transitada em julgado, proferida sem a comparência do consumidor, conheça oficiosamente da nulidade da convenção arbitral e, consequentemente, anule a decisão arbitral se considerar que essa convenção contém uma cláusula arbitral abusiva em prejuízo do consumidor.