CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICE TRSTENJAK
apresentadas em 7 de Maio de 2009 [1]

Índice

I — Introdução . . . . . I - 11942

II — Quadro jurídico . . . . . I - 11943

A — Direito comunitário . . . . . I - 11943

1. Tratado CE . . . . . I - 11943

2. Directiva 85/577 . . . . . I - 11944

B — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia . . . . . I - 11946

C — Direito nacional . . . . . I - 11947

III — Factos, processo principal e questão prejudicial . . . . . I - 11948

IV — Processo no Tribunal de Justiça . . . . . I - 11949

V — Argumentos das partes . . . . . I - 11950

VI — Apreciação da advogada-geral . . . . . I - 11954

A — Introdução . . . . . I - 11954

B — Apreciação da questão prejudicial . . . . . I - 11955

1. Considerações preliminares sobre a questão prejudicial . . . . . I - 11955

a) Disposições de direito comunitário cuja interpretação é pedida pelo órgão jurisdicional de reenvio . . . . . I - 11955

b) Problemas suscitados pela questão prejudicial . . . . . I - 11957

2. A nulidade relativa do contrato é uma medida adequada na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577? . . . . . I - 11958

1 — Língua original: esloveno.

3. Regra geral: no direito comunitário não existe qualquer obrigação geral de conhecimento oficioso . . . . . I - 11962

4. Excepção à regra geral: jurisprudência relativa à Directiva 93/13 e à Directiva 87/102 . . . . . I - 11963

a) Jurisprudência relativa à Directiva 93/13 . . . . . I - 11963

b) Jurisprudência relativa à Directiva 87/102 . . . . . I - 11965

5. Aplicação da jurisprudência relativa às Directivas 93/13 e 87/102 ao presente processo . . . . . I - 11965

6. Faculdade ou obrigação de o juiz nacional actuar oficiosamente? . . . . . I - 11973

C — Conclusão . . . . . I - 11974

VII — Conclusões . . . . . I - 11975

I — Introdução

1. O presente processo suscita a questão de saber se um órgão jurisdicional nacional pode actuar oficiosamente e declarar a nulidade de um contrato celebrado fora de um estabelecimento comercial porque o consumidor não foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, apesar de o direito nacional aplicável não lhe permitir actuar oficiosamente, exigindo, pelo contrário, que o consumidor que não recebeu essa informação, requeira, ele próprio, a declaração de nulidade do contrato. Este processo diz respeito à interpretação das disposições do Tratado relativas à protecção dos consumidores e do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais [2] (a seguir, «Directiva 85/577»), por força do qual os Estados-Membros devem assegurar que sejam previstas medidas adequadas para a protecção dos consumidores quando estes não tenham sido informados do direito que lhes assiste de rescindir o contrato.

2. Nos contratos que são celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, é determinante para a protecção dos consumidores não apenas que estes tenham o direito de rescindir tais contratos mas também que tenham sido correctamente informados do direito que lhes assiste e que sejam asseguradas medidas adequadas e eficazes para o caso de esta

2 — JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131.

informação não ter sido fornecida aos consumidores. Quando um consumidor celebra um desses contratos, não está, de facto, frequentemente, em condições de avaliar objectivamente todas as consequências que para ele decorrem desse contrato. Uma vez que o consumidor é a parte mais fraca no contrato, haverá que averiguar, no processo em causa, se, para a protecção efectiva dos seus direitos, é necessário que o órgão jurisdicional nacional, nos litígios relativos a tais contratos, assegure oficiosamente a observância desses direitos.

(t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores;

[…]»

II — Quadro jurídico

4. De acordo com as disposições do artigo 95.º CE:

A — *Direito comunitário*

«[…]

1. Tratado CE

3. O artigo 3.º CE dispõe:

3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

«1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado:

[…]

[…]».

5. Nos termos do artigo 153.º CE:

«1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade.

3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o n.º 1 através de:

a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.º no âmbito da realização do mercado interno;

b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros.

4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará as medidas previstas na alínea b) do n.º 3.

5. As medidas adoptadas nos termos do n.º 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.»

2. Directiva 85/577

6. Os considerandos quarto, quinto e sexto da Directiva 85/577 dispõem:

«Considerando que os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do comerciante se caracterizam pelo facto de a iniciativa das negociações provir normalmente do comerciante e que o consumidor não está, de forma nenhuma, preparado para tais negociações e que foi apanhado desprevenido; que, muitas vezes, o consumidor nem mesmo pode comparar a qualidade e o preço da oferta com outras ofertas; que este elemento surpresa é tomado em linha de

conta, não apenas nos contratos celebrados por venda ao domicílio mas também noutras formas de contrato em que o comerciante toma a iniciativa de vender fora dos estabelecimentos comerciais;

Considerando que é necessário conceder ao consumidor um direito de resolução [3] por um período de pelo menos sete dias, a fim de lhe ser dada a possibilidade de avaliar as obrigações que decorrem do contrato;

Considerando que devem ser tomadas medidas apropriadas de forma a assegurar que o consumidor seja informado, por escrito, deste prazo de reflexão».

3 — Note-se, a respeito dos conceitos de «resolução» [designado, na versão portuguesa da directiva, pela expressão direito de «rescindir»] e de «renúncia», que a Directiva 85/577 utiliza as duas expressões, sendo que, no artigo 4.º, primeiro parágrafo, refere o «direito [...] de rescindir» do consumidor («Widerrufsrecht», «right of cancellation», «derecho de rescisión/a rescindir»), enquanto que, no artigo 5.º, n.º 1, refere que o consumidor tem o «direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu» («das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten», «right to renounce the effects of his undertaking», «derecho de renunciar a los efectos de su compromiso»). De assinalar que, na versão em língua alemã da Directiva 85/577, utiliza-se a mesma expressão no considerando quarto e no artigo 5.º, n.º 1, («das Recht, [...] zurückzutreten»). A análise comparativa dos conceitos de «resolução» e de «renúncia» ultrapassa o âmbito da análise das presentes conclusões, uma vez que as suas consequências jurídicas são determinadas pelo direito nacional; de assinalar, simplesmente, que, nas presentes conclusões, não utilizarei as duas expressões, mas apenas a expressão «resolução do contrato».

7. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 85/577 dispõe:

«A presente directiva é aplicável aos contratos celebrados entre um comerciante que forneça bens ou serviços e um consumidor:

[...]

— durante uma visita do comerciante

(i) a casa do consumidor ou a casa de outro consumidor;

[...]

quando a visita não se efectua a pedido expresso do consumidor.»

8. Por força do artigo 4.º da Directiva 85/577:

«Nos casos das transacções referidas no artigo 1.º, o comerciante deve informar, por escrito, o consumidor, do direito que lhe assiste de rescindir o contrato nos prazos fixados no artigo 5.º, bem como do nome e da direcção da entidade junto da qual esse direito pode ser exercido. Esta informação é datada e menciona os elementos que permitem identificar o contrato. Deve ser fornecida ao consumidor:

a) No caso previsto no n.º 1 do artigo 1.º, na altura da celebração do contrato;

b) No caso previsto no n.º 2 do artigo 1.º, na altura da celebração do contrato, o mais tardar;

c) No caso previsto no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 1.º, quando a oferta é feita pelo consumidor.

Os Estados-Membros velam por que a respectiva legislação nacional preveja medidas adequadas para protecção do consumidor nos casos em que não seja fornecida a informação prevista no presente artigo.»

9. Nos termos do artigo 5.º da Directiva 85/577:

«1. O consumidor tem o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos [4] sete dias a contar da data em que recebeu a informação referida no artigo 4.º, em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional. Relativamente ao cumprimento do prazo, é suficiente que a notificação seja enviada antes do seu termo.

2. A notificação feita desvincula o consumidor de qualquer obrigação decorrente do contrato rescindido.»

B — *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

10. O artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [5] (a seguir,

4 — Esta nota diz apenas respeito à versão eslovena das presentes conclusões.

5 — A Carta foi promulgada oficialmente, pela primeira vez, em 7 de Dezembro de 2000, em Nice (JO C 364 p. 1) e, posteriormente, uma vez mais, em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo (JO C 303, p. 1).

«Carta»), intitulado «Defesa dos consumidores», dispõe:

«As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores».

C — *Direito nacional*

11. Em Espanha, a Directiva 85/577 foi transposta para o direito nacional pela Lei 26/1991, de 21 de Novembro, relativa aos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais [6] (a seguir, «Lei 26/1991»).

12. Por força do artigo 3.º da Lei 26/1991:

«1. O contrato ou a proposta contratual, referidos no artigo 1.º, devem ser reduzidos a escrito, em duplicado, estar acompanhados de um documento de resolução [7] e ser datados e assinados pelo consumidor.

2. O contrato deve referir, de forma clara e precisa, em letra visível e imediatamente acima do local reservado à assinatura do consumidor, o direito de que este dispõe de revogar o consentimento outorgado, bem como os requisitos e consequências dessa revogação.

3. O documento de resolução deve conter, de forma destacada, a menção 'documento de resolução', bem como a indicação do nome e endereço da pessoa à qual deve ser enviado e dos elementos que permitem identificar o contrato e os contratantes.

4. Após a subscrição do contrato, o empresário ou o seu representante entrega ao consumidor um dos exemplares do mesmo e o documento de resolução.

5. Pertence ao empresário o ónus da prova do cumprimento das obrigações referidas no presente artigo.»

6 — Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, BOE n.º 283/1991, de 26 de Novembro de 1991.

7 — A Lei 26/1991 utiliza o termo «revoción».

13. O artigo 4.º da Lei 26/1991 regula as consequências do incumprimento dos requisitos constantes do artigo 3.º e dispõe:

«O contrato ou a proposta que não cumpram os requisitos estabelecidos no artigo anterior poderão ser anulados a pedido do consumidor.

O fundamento de nulidade só poderá ser invocado pelo empresário se o incumprimento for exclusivo do consumidor.»

14. Nos termos do artigo 9.º da Lei 26/1991:

«O consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos pela presente lei. Todavia, são consideradas válidas as cláusulas contratuais que lhe sejam mais favoráveis.»

III — Factos, processo principal e questão prejudicial

15. Em 20 de Maio de 2003, E. Martín Martín assinou, no seu domicílio, um contrato com um representante da empresa EDP Editores S. L. (a seguir «EDP»), que tinha por objecto a compra de 15 livros, 5 DVDs e um leitor de DVD [8]. Estes produtos foram-lhe entregues em 2 de Junho de 2003. O preço de venda ascendia a 1 909 EUR, dos quais E. Martín Martín pagou 47,48 EUR, ficando por pagar a diferença, que ascendia a 1 861,52 EUR.

16. Uma vez que a EDP não recebeu o pagamento da mercadoria entregue, esta sociedade apresentou no Juzgado de Primera Instancia numero Uno de Salamanca (Espanha) um requerimento de injunção para pagamento contra E. Martín Martín, através do qual pediu o pagamento do montante de 1 861,52 EUR e dos juros de mora legais. E. Martín Martín interpôs recurso da decisão de 14 de Junho de 2007, que a condenou no pagamento do montante reclamado, para a Audiencia Provincial de Salamanca (Espanha) (a seguir, «órgão jurisdicional de reenvio»).

17. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o

8 — Note-se que o parceiro legal de E. Martín Martín, J. Caballo Bueno, vem indicado como comprador no contrato mas foi E. Martín Martín quem o assinou. No processo nos órgãos jurisdicionais espanhóis, E. Martín Martín foi, por isso, considerada a única parte no contrato.

contrato controvertido poderá ser nulo porque o consumidor não foi informado do direito que lhe assistia de rescindir o contrato no prazo de sete dias a contar da data de recepção da mercadoria e dos requisitos e consequências do exercício desse direito. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha, igualmente, que o consumidor não pediu a declaração de nulidade do contrato, nem no órgão jurisdicional de primeira instância nem durante o processo de recurso.

18. O órgão jurisdicional de reenvio refere, a este respeito, que, por força do direito espanhol — mais precisamente, do artigo 4.º da Lei 26/1991 — o consumidor deve pedir a declaração de nulidade do contrato em cuja celebração não tenha sido respeitada a exigência de que o consumidor seja informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato. Além disso, o processo civil espanhol reconhece o princípio dito do «pedido» («principio de rogación»), razão pela qual o juiz não pode apreciar oficiosamente os factos, as provas e as pretensões que as partes não tenham invocado. Em consequência, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se, ao pronunciar-se no presente processo, deve ter em conta unicamente os fundamentos invocados pelas partes no âmbito do recurso ou se a Directiva 85/577 permite, ainda assim, que declare oficiosamente a nulidade do contrato.

19. Nestas circunstâncias, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu, por despacho de 20 de Maio de 2008, suspender a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 153.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, conjugado com os artigos 3.º e 95.º do mesmo Tratado, bem como com o artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e com a Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, concretamente com o seu artigo 4.º, deve ser interpretado no sentido de que permite que o órgão jurisdicional nacional que conhece do recurso da sentença proferida em primeira instância declare oficiosamente a nulidade de um contrato integrado no âmbito da referida directiva, quando a mesma nulidade não foi alegada na oposição do processo de injunção, nem na audiência, nem no recurso, pelo consumidor demandado?»

IV — Processo no Tribunal de Justiça

20. O despacho de reenvio deu entrada no Tribunal de Justiça em 26 de Maio de 2008. Na fase escrita, apresentaram observações a EDP, os Governos espanhol e austríaco, bem como a Comissão. Na audiência de 12 de Março

de 2009, a EDP, o Governo espanhol, o Governo checo — que não havia apresentado observações escritas — e a Comissão apresentaram observações orais e responderam às perguntas do Tribunal.

V — Argumentos das partes

21. A EDP considera que o artigo 4.º da Directiva 85/577 não deve ser interpretado no sentido de que permite que o juiz nacional declare oficiosamente a nulidade de um contrato celebrado com um consumidor fora dos estabelecimentos comerciais quando o referido consumidor não tenha invocado a nulidade.

22. Na sua argumentação, a EDP sublinha que, por força do artigo 4.º da Directiva 85/577, os Estados-Membros devem assegurar que a respectiva legislação nacional preveja medidas adequadas para protecção dos consumidores e que nenhum artigo da directiva prevê que o juiz possa declarar oficiosamente a nulidade quando o consumidor não a tenha invocado. A legislação espanhola relevante [9], que dispõe que o consumidor deve requerer a declaração de nulidade do contrato, não é, por isso, segundo a EDP, contrária ao artigo 4.º da Directiva 85/577 mas, pelo contrário, protege plenamente o direito dos consumidores. De acordo com a EDP, há que averiguar, a este propósito, se uma disposição nacional não torna, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária [10].

23. A EDP refere, além disso, que o direito espanhol distingue entre nulidade relativa e nulidade absoluta. Sublinha que a eventual nulidade dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais é uma nulidade relativa cuja declaração deve ser sempre pedida por uma das partes. Quando se trate de uma nulidade absoluta, nos termos do direito espanhol, a acção de declaração da nulidade não prescreve e pode ser igualmente proposta por um terceiro; esta nulidade pode, além disso, ser declarada oficiosamente pelo juiz.

24. O Governo espanhol considera que o artigo 4.º da Directiva 85/577 não deve ser necessariamente interpretado no sentido de que permite que o juiz nacional declare oficiosamente a nulidade dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais quando o consumidor não tenha, em momento algum, no decurso do processo, invocado a nulidade do contrato.

25. O mesmo governo considera que o nível de protecção que a Lei 26/1991 confere aos

9 — A EDP considera que, no presente processo, se afigura relevante o Real Decreto Legislativo n.º 1/2007, de 16 de Novembro de 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que revogou a Lei 26/1991. Como afirma o Governo espanhol (v. nota 11 das presentes conclusões), no presente processo é, contudo, a Lei 26/1991, que estava em vigor à data dos factos, que é relevante.

10 — A EDP invoca, neste passo, o acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 14).

consumidores está plenamente de acordo com as exigências do Tratado CE e da Directiva 85/577, pelo que, na sua opinião, esta lei transpõe plena e correctamente as disposições da Directiva 85/577 para a ordem jurídica espanhola [11] . O artigo 4.º da Lei 26/1991 confere ao consumidor uma protecção adequada graças à disposição que prevê que o consumidor pode pedir a declaração de nulidade do contrato quando não tenha sido informado do direito de rescindir o contrato. Afirma que a obrigação que, para os Estados-Membros, resulta do artigo 4.º da Directiva 85/577 — por força da qual devem velar por que a respectiva legislação nacional preveja medidas adequadas para a protecção dos consumidores — pode ser cumprida de diferentes formas, sendo uma delas conceder ao consumidor a possibilidade de requerer a declaração de nulidade. A escolha da forma como essa protecção dos consumidores será assegurada cabe, de acordo com o Governo espanhol, à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro.

26. O Governo espanhol afirma que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito da Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [12] (a seguir «Directiva 93/13»), que o juiz deve ter a possibilidade de declarar oficiosamente a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores se tal for exigido por razões de ordem pública. Remete para os acórdãos Oceano [13], Cofidis [14] e Mostaza Claro [15]. Apesar de, no presente processo, o diploma relevante não ser a Directiva 93/13, mas sim a Directiva 85/577, esta jurisprudência deve, de acordo com o Governo espanhol, ser igualmente tida em conta na apreciação deste processo com base na Directiva 85/577. É necessário, todavia, na sua opinião, determinar se o presente processo diz respeito a uma questão de ordem pública.

27. O Governo austríaco é da opinião de que o artigo 4.º da Directiva 85/577 deve ser interpretado no sentido de que não exige aos Estados-Membros que os seus órgãos jurisdicionais declarem oficiosamente a nulidade dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais sem que o consumidor tenha invocado a nulidade no âmbito do processo no órgão jurisdicional nacional.

28. O Governo austríaco afirma que não se pode deduzir do artigo 4.º da Directiva 85/577 que o contrato é nulo à partida pelo facto de o empresário não ter informado o consumidor do direito de resolução que lhe assiste. Ao

11 — O Governo espanhol afirma, igualmente, que, no direito espanhol, a Lei 26/1991 foi substituída pelo Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, mas que, à data dos factos, a Lei 26/1991 ainda estava em vigor.

12 — JO 1993, L 95, p. 29.

13 — Acórdão de 27 de Junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

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

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

contrário desta directiva, o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 dispõe, expressamente, que «[os] Estados-Membros estipularão que […] as cláusulas abusivas constantes de um contrato […] não vinculem o consumidor […]». Por seu lado, o artigo 4.º da Directiva 85/577 dispõe unicamente que «[os] Estados-Membros velam por que a respectiva legislação nacional preveja medidas adequadas para protecção do consumidor». O Governo austríaco afirma que, na falta de regulamentação comunitária, e de acordo com jurisprudência uniforme, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário [16].

29. O Governo austríaco sublinha igualmente que os Estados-Membros podem prever — quando o consumidor não tenha sido informado do direito de resolução que lhe assiste — outras medidas adequadas e refere, a título de exemplo, que o consumidor pode rescindir o contrato a todo o tempo [17]; outra medida possível poderia ser a obrigação de os órgãos jurisdicionais informarem o consumidor quanto ao direito de resolução que lhe assiste. Por isso, a declaração oficiosa de nulidade não é mais do que uma das possibilidades de que os Estados-Membros dispõem para proteger os consumidores na acepção do artigo 4.º da Directiva 85/577.

30. O Governo austríaco considera, consequentemente, que o artigo 4.º da Directiva 85/577 não exige aos Estados-Membros que os seus órgãos jurisdicionais declarem oficiosamente a nulidade de um contrato quando o consumidor não tenha sido informado do direito de rescisão que lhe assiste.

31. A Comissão considera, pelo contrário, que a Directiva 85/577 deve ser interpretada no sentido de que o juiz nacional deve — quando o contrato tenha sido celebrado com violação do dever de informar o consumidor do direito que lhe assiste de rescindir o contrato — declarar oficiosamente esta violação e, portanto, a nulidade do contrato, ainda que o consumidor não tenha alegado tal nulidade. De acordo com a Comissão, a possibilidade de o consumidor pedir a declaração de nulidade do contrato quando não tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato não é uma medida adequada para a protecção do consumidor na acepção do artigo 4.º da Directiva n.º 85/577. Afirma que subsiste um risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem e, consequentemente, não os fazer valer.

32. A Comissão acrescenta que, por força da jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça, sempre que, numa determinada matéria, não exista regulamentação comunitária, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir as modalidades processuais destinadas a assegurar a protecção dos direitos que decorrem, para os

16 — O Governo austríaco remete, a este propósito, para os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (33/76, Colect. p. 813, n.º 5), e de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 39).

17 — O Governo austríaco invoca, neste contexto, o acórdão de 13 de Dezembro de 2001, Heininger (C-481/99, Colect., p. I-9945).

particulares, do direito comunitário, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, mas apenas se essas regras não forem menos favoráveis do que as modalidades análogas de natureza interna (princípio da equivalência) nem tornarem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) [18]. A Comissão é igualmente de opinião de que os órgãos jurisdicionais nacionais só podem actuar oficiosamente em casos excepcionais e no interesse geral [19].

33. A Comissão afirma, contudo, que o Tribunal de Justiça, na jurisprudência relativa à Directiva 93/13, já decidiu que um órgão jurisdicional nacional pode apreciar oficiosamente se está perante cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores [20]. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu igualmente, no que respeita à Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo [21] (a seguir «Directiva 87/102»), que o juiz nacional tem a possibilidade de velar oficiosamente por que o consumidor possa fazer valer certos direitos relativamente ao mutuante [22]. A Comissão considera que esta jurisprudência pode ser aplicada, por analogia, à interpretação da Directiva 85/577.

34. Na audiência, a Comissão acrescentou que as demais medidas — por exemplo, as sanções administrativas, a possibilidade de rescindir o contrato a todo o tempo ou a obrigação de os órgãos jurisdicionais informarem o consumidor do direito de resolução que lhe assiste — não são adequadas para proteger o consumidor. É certo que as sanções administrativas podem ter um efeito dissuasor, mas não se destinam a proteger o consumidor individual; a possibilidade de rescindir o contrato a todo o tempo não é uma medida adequada, dado que subsiste o risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem; a obrigação de os órgãos jurisdicionais informarem o consumidor do direito de resolução que lhe assiste depende do facto de as disposições processuais nacionais permitirem ou não tal possibilidade. A Comissão afirma, por último, que, tendo em conta o facto de o consumidor poder pretender, em certos casos, manter o contrato em vigor, aquele deverá ter a possibilidade de se opor à declaração de nulidade e de, nesse caso, permanecer vinculado pelo contrato.

18 — A Comissão invoca, a este respeito, os acórdãos de 14 de Dezembro de 1995, van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705, n.º 17); de 9 de Dezembro de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, Colect., p. I-14637, n.º 25); 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 26 de Outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I-10421, n.º 24).

19 — A Comissão remete, a este respeito, para os acórdãos, já referidos na nota 18, van Schijndel (n.º 21) e van der Weerd (n.º 35).

20 — A Comissão refere, a este propósito, os acórdãos Océano (já referido na nota 13, n.º 28), Cofidis (já referido na nota 14, n.º 32) e Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 27).

21 — JO L 42, p. 48. Note-se que esta directiva foi revogada pela Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Directiva 87/102/CEE do Conselho (JO L 133, p. 66).

22 — A Comissão refere, neste contexto, o acórdão de 4 de Outubro de 2007, Rampion e Godard (C-429/05, Colect., p. I-8017).

35. O Governo checo, que não havia apresentado observações escritas, referiu, na audiência, que não subscrevia a opinião da Comissão e que a Directiva 85/577 não pode, na sua opinião, ser interpretada no sentido de que o juiz nacional pode declarar oficiosamente a nulidade dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais quando o consumidor não tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

36. O Governo checo apresenta três fundamentos em apoio da sua opinião. O primeiro fundamento consiste no facto de a declaração oficiosa da nulidade violar o direito do consumidor de decidir, ele próprio, se mantém ou não o contrato em vigor; de facto, por força do artigo 5.º da Directiva 85/577, apenas o consumidor tem o direito de rescindir o contrato. Mesmo que o consumidor não tenha sido informado do direito de resolução que lhe assiste, esse direito não se extingue, dado que decorre do artigo 5.º da Directiva 85/577 que o prazo de resolução do contrato só começa a correr a partir da data em que o consumidor toma conhecimento desse direito. O Governo checo invoca, como segundo fundamento, o facto de os Estados-Membros terem a competência exclusiva no domínio do direito processual civil; só há competência partilhada no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, e apenas quando se trate de processos que apresentem elementos transfronteiriços. Pode perguntar-se, na sua opinião, se o artigo 94.º CE (anteriormente, artigo 100.º CE), com base no qual a Directiva 85/577 foi adoptada, pode ser utilizado para a adopção de medidas que interfiram em domínios da competência exclusiva dos Estados-Membros. Na sua opinião, há que ter em conta, na apreciação desta questão, o princípio da proporcionalidade. O Governo checo afirma, no âmbito do terceiro fundamento, que a jurisprudência relativa às demais directivas em matéria de protecção dos consumidores a propósito das quais o Tribunal de Justiça já autorizou a actuação oficiosa dos órgãos jurisdicionais nacionais não pode ser aplicada no presente processo, dado que este diz respeito à interpretação da Directiva 85/577, que contém disposições e uma estrutura diferentes das directivas a propósito das quais o Tribunal de Justiça autorizou a actuação oficiosa dos órgãos jurisdicionais nacionais.

VI — Apreciação da advogada-geral

A — *Introdução*

37. O presente processo diz respeito à problemática da celebração de contratos fora dos estabelecimentos comerciais e à questão

das consequências que decorrem do facto de o consumidor não ter sido informado do direito que lhe assiste de rescindir tais contratos. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça já tratou por diversas vezes a problemática das consequências do facto de esta informação não ser prestada [23] mas, até hoje, nunca decidiu se os órgãos jurisdicionais nacionais devem, a este propósito, ter um papel activo e se devem actuar oficiosamente em caso de falta de informação do consumidor. O Tribunal de Justiça deverá, por isso, ao pronunciar-se no presente processo, analisar com todo o rigor os objectivos da Directiva 85/577 e a formulação da cada uma das suas disposições.

38. O órgão jurisdicional de reenvio, através da questão prejudicial que submeteu, pretende, essencialmente, saber se as disposições conjugadas do artigo 153.º CE, dos artigos 3.º CE e 95.º CE, do artigo 38.º da Carta e da Directiva 85/577 — mais precisamente o artigo 4.º desta directiva — devem ser interpretadas no sentido de que permitem que o juiz nacional, quando o consumidor não tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, declare oficiosamente a nulidade do contrato celebrado fora dos estabelecimentos comerciais, ainda que o consumidor não tenha alegado a nulidade do contrato no processo perante o juiz nacional.

23 — V., acórdãos Heininger (já referido na nota 17), de 25 de Outubro de 2005, Schulte (C-350/03, Colect., p. I-9215); de 25 de Outubro de 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Colect., p. I-9273); e de 10 de Abril de 2008, Hamilton (C-412/06, Colect., p. I-2383).

B — *Apreciação da questão prejudicial*

1. Considerações preliminares sobre a questão prejudicial

a) Disposições de direito comunitário cuja interpretação é pedida pelo órgão jurisdicional de reenvio

39. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede que se proceda à interpretação de várias disposições de direito comunitário, em especial, do artigo 153.º CE em conjugação com os artigos 3.º CE e 93.º CE, com o artigo 38.º da Carta e com certas disposições da Directiva 85/577. Entre estas disposições, a interpretação das da Directiva 85/577, que, enquanto norma de direito derivado, concretiza os esforços da Comunidade, patentes no direito primário, para a protecção dos consumidores, será determinante para a decisão do presente processo.

40. O artigo 153.º CE, que, no Tratado, se integra no título dedicado à «defesa dos consumidores», contém, no primeiro parágrafo, uma disposição geral por força da qual a Comunidade, a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, contribuirá para a

protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses; no segundo parágrafo, este artigo dispõe que, na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade, serão tomadas em conta as exigências em matéria de defesa dos consumidores. No terceiro parágrafo, o artigo 153.º CE refere quais as medidas que a Comunidade adoptará para atingir os objectivos da protecção dos consumidores e qual a sua base jurídica. O quinto parágrafo deste artigo permite que os Estados-Membros introduzam medidas mais estritas de protecção dos consumidores.

41. O artigo 153.º CE é, por isso, uma disposição geral de direito comunitário primário relativa à protecção dos consumidores. Uma disposição ainda mais geral relativa à protecção dos consumidores consta do artigo 3.º, n.º 1, CE, que define os diferentes domínios de acção da Comunidade, nos quais se integra, igualmente, de acordo com a alínea t) deste artigo, a contribuição para o reforço da defesa dos consumidores. As disposições da Directiva 85/577 deverão ser interpretadas à luz destas disposições gerais do Tratado CE.

42. Na sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede, igualmente, que se proceda à interpretação do artigo 95.º CE e do artigo 38.º da Carta.

43. O artigo 95.º CE serve de base à adopção de medidas que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Não resulta claro da referida disposição a razão pela qual o órgão jurisdicional de reenvio pede que se proceda à sua interpretação, uma vez que a Directiva 85/577 não foi adoptada com base nessa disposição, mas com base no artigo 94.º CE (anteriormente artigo 100.º CE). Por isso, na minha opinião, no presente caso, não é necessário interpretar o artigo 95.º CE.

44. O artigo 38.º da Carta dispõe que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores. Sublinhe-se, no que respeita às disposições da Carta, que estas não integram a ordem jurídica comunitária e que o Tribunal de Justiça não é, por isso, competente para as interpretar [24]. É, certamente, verdade que os advogados-gerais invocam frequentemente a Carta na fundamentação das suas conclusões [25], e que o próprio Tribunal de Justiça já lhe fez referência na sua fundamentação [26]. As disposições da Carta podem, assim, ser utilizadas no presente processo como um auxílio à interpretação das disposições da Directiva 85/577, ainda que não seja possível invocá-las na resposta à questão prejudicial.

24 — V., nesse sentido, despachos de 6 de Outubro de 2005, Vajnai (C-328/04, Colect., p.I-8577, n.º 13), e de 16 de Janeiro de 2008, Polier (C-361/07, n.º 11).

25 — V., por exemplo, conclusões do advogado-geral M. P. Maduro apresentadas em 9 de Setembro de 2008 no processo Elgafaji (acórdão de 17 de Fevereiro de 2009, C-465/07, Colect., p. I-921, n.os 21 e 23); as minhas conclusões apresentadas em 11 de Setembro de 2008 no processo Gorostiaga (acórdão de 19 de Fevereiro de 2009, C-308/07 P, Colect., p. I-1059, n.os 56, 91 e 92); conclusões do advogado-geral P. Mengozzi apresentadas em 21 de Janeiro de 2009 no processo Mono Car Styling (C-12/08, pendente no Tribunal, n.os 49, 83, 95 e 97), e conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas em 22 de Janeiro de 2009 no processo Mellor (acórdão de 30 de Abril de 2009, C-75/08, Colect., p. I-3799, n.os 24, 25 e 33).

26 — V., acórdão de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 37).

45. A interpretação das disposições da Directiva 85/577 será determinante para a resposta à questão prejudicial. É certo que, na questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio apenas faz referência expressa ao artigo 4.º da directiva, mas o Tribunal de Justiça deve, por força de jurisprudência uniforme, fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos de interpretação do direito comunitário que possam ser úteis para a decisão do processo que lhe foi reenviado, quer este órgão jurisdicional lhes tenha feito especial referência ou não [27]. Na interpretação da Directiva 85/577, haverá que ter especialmente em conta, para além do artigo 4.º, o artigo 5.º, que diz respeito ao direito do consumidor de rescindir o contrato.

b) Problemas suscitados pela questão prejudicial

46. Antes de iniciar a análise da questão prejudicial, gostaria de referir a complexidade dos problemas jurídicos suscitados que há que expor enquanto fio condutor da análise.

47. Em primeiro lugar, resulta das indicações constantes do despacho do órgão jurisdicional de reenvio que este órgão jurisdicional parte do princípio de que legislação espanhola por força da qual o consumidor deve pedir a declaração de nulidade viola o direito comunitário, em especial as disposições da Directiva 85/577 e as disposições do Tratado CE relativas à protecção dos consumidores. Haverá, por isso, que verificar, na análise da questão prejudicial, se este pressuposto de que o órgão jurisdicional de reenvio parte está correcto e se a legislação espanhola relevante assegura as medidas adequadas quando o consumidor não tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

48. Em segundo lugar, há que ter em conta o facto de a questão prejudicial dizer respeito à declaração oficiosa da nulidade, dado que o direito espanhol prevê a nulidade relativa do contrato em caso de falta de informação do consumidor; uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio considera que a nulidade relativa não é uma medida adequada à protecção dos consumidores, pretende declarar a nulidade absoluta de forma a assegurar essa protecção. O órgão jurisdicional de reenvio não pergunta, por isso, se pode aplicar oficiosamente as disposições da Directiva 85/577, mas antes se pode aplicar oficiosamente as disposições da legislação espanhola que transpuseram essa directiva para o direito nacional. De facto, nenhuma disposição da Directiva 85/577 dispõe que o contrato é nulo quando o consumidor não tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o referido contrato celebrado fora dos estabelecimentos comerciais. A directiva não prevê, assim, nenhuma outra consequência no caso de o consumidor não ter sido informado desse direito, dispondo simplesmente, pelo contrário, no terceiro parágrafo do artigo 4.º, que os Estados-Membros velam por que a respectiva legislação nacional preveja medidas adequadas para a protecção do consumidor nos casos em

27 — V., por exemplo, acórdãos de 12 de Dezembro de 1990, SARPP (C-241/89, Colect., p. I-4695, n.º 8); de 4 de Março de 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Colect., p. I-1301, n.º 16); de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect., p. I-7573, n.º 38); de 12 de Maio de 2005, RAL (Channel Islands) e o. (C-452/03, Colect., p. I-3947, n.º 25), e de 22 de Dezembro de 2008, Kabel Deutschland Vertrieb und Service (C-336/07, Colect., p. I-10889, n.º 47).

que não seja fornecida tal informação. Consequentemente, cabe exclusivamente aos Estados-Membros decidir quais as consequências a prever no caso de o consumidor não ter sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, uma vez que a directiva apenas exige que essas medidas sejam adequadas à protecção dos consumidores [28]. O Tribunal de Justiça deverá, assim, ao responder à questão prejudicial, velar por não impor aos demais Estados-Membros, através da sua decisão, que prevejam, na sua ordem jurídica nacional que a falta de informação do consumidor quanto ao direito que lhe assiste de rescindir o contrato tenha como consequência a nulidade deste.

tem, no presente processo, a faculdade ou a obrigação de actuar oficiosamente.

2. A nulidade relativa do contrato é uma medida adequada na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577?

49. A seguir, começarei por analisar se a nulidade relativa do contrato nos termos do direito espanhol é uma medida adequada na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577; em seguida, exporei a regra geral de direito comunitário quanto ao conhecimento oficioso; posteriormente, analisarei o conteúdo da jurisprudência na qual o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma excepção a esta regra e a questão de saber se esta jurisprudência pode ser aplicada ao presente processo; por fim, verificarei se o órgão jurisdicional de reenvio

50. A legislação espanhola dispõe que, quando o contrato tiver sido celebrado sem que o consumidor tenha sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, a nulidade de tal contrato pode ser declarada a pedido do consumidor; trata-se, por isso, no direito espanhol, de uma nulidade relativa.

28 — Neste sentido, igualmente, o relatório da Comissão Europeia *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive),* disponível no endereço http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, p. 9. V., igualmente, na doutrina, Ehricke, U., «L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effet juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives», *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier* (EUREDIA), n.º 1/2004, p. 163, que sublinha que a Directiva 85/577 reconhece aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação para a transposição das suas disposições para o direito nacional.

51. Neste ponto, gostaria de realçar, no que respeita à utilização do conceito de «nulidade» tanto do ponto de vista teórico como terminológico, que a Espanha é um dos Estados-Membros que distinguem entre

«nulidade absoluta» e «nulidade relativa» (assim como, por exemplo, a Bélgica [29] e a França [30]), ao contrário dos Estados-Membros que distinguem entre «nulidade» e «anulabilidade» dos contratos (por exemplo, a Áustria [31], a Alemanha [32], os Países Baixos [33] e a Eslovénia [34]). No direito espanhol, há nulidade absoluta, por exemplo, sempre que um dos requisitos para a celebração do contrato não esteja preenchido ou sempre que o contrato viole normas imperativas ou princípios de moral [35], mas há nulidade relativa quando, por exemplo, tenha havido erro na declaração da vontade na celebração do contrato [36]. A nulidade absoluta é declarada oficiosamente pelos tribunais e pode ser invocada por qualquer interessado, enquanto que a nulidade relativa deve ser invocada pela parte interessada [37]. É certo que a nulidade e a anulabilidade são diferentes do ponto de vista terminológico, mas os dois conceitos são, do ponto de vista conceptual, comparáveis [38]; qualquer pessoa pode invocar a nulidade e o juiz deve declará-la oficiosamente. Quando houver fundamentos para anular o contrato, apenas a pessoa interessada pode invocá-los [39]. Saliento, ainda, que a nulidade e a anulabilidade dos contratos são, igualmente, abordadas no documento do grupo de especialistas *Draft Common Frame of Reference* (a seguir «DCFR») [40] (projecto de um quadro comum de referência). Este documento dispõe, no artigo II-7:301, que o contrato é nulo quando: a) viola um princípio reconhecido como fundamental no direito dos Estados-Membros da União Europeia e b)

29 — V., por exemplo, van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2.ª edição, Acco, Leuven 2006, p. 146 e segs., que explica que o direito belga distingue entre nulidade absoluta e nulidade relativa.

30 — V., por exemplo, Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12.ª edição, Sirey, Paris 2006, p. 259, n.º 324.

31 — No direito austríaco, a anulabilidade está prevista quando o contrato tenha sido celebrado com dolo ou coação; v. Rummel, P., comentário ao § 870 *in* Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Manz, Viena, 2000, p. 1321, n.º 1. Quanto à nulidade, está prevista, nos termos do § 879 do Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Austríaco) quando o contrato viola uma proibição legal ou é contrário aos bons costumes. Há que sublinhar que, no âmbito da nulidade, a doutrina austríaca distingue entre nulidade absoluta, que qualquer pessoa pode invocar e que os tribunais podem conhecer oficiosamente, e nulidade relativa, que só pode ser invocada pelas pessoas que a norma violada visa proteger. V., sobre este assunto, Krejci, H., comentário ao § 879 *in* Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Manz, Viena, 2000, p. 1447, n.ºs 247 a 249.

32 — V., por exemplo, Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9.ª edição, Beck, Munique, 2004, p. 796, n.ºs 4 e segs. (quanto à nulidade), e p. 800, n.º 21 e segs. (quanto à anulabilidade).

33 — V., por exemplo, Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten*, 1.ª parte, 7.ª edição, Kluwer, Deventer, 2007, p. 224, n.º 218; Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2.ª parte, 12.ª edição, Kluwer, Deventer, 2005, p. 484, n.º 459.

34 — V., por exemplo, Polajnar Pavčnik, A., comentário ao artigo 86.º e comentário ao artigo 94.º *in* Juhart, M., Plavšak, N. (org.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Tomo I, GV založba, Ljubljana, 2003, p. 506 e segs. (quanto à nulidade), e p. 524 e segs. (quanto à anulabilidade), respectivamente.

35 — V., Moreno Gil, Ó., comentário ao artigo 1300.º *in Código civil y jurisprudencia concordada,* BOE, Madrid, 2006, p. 1430, n.ºs 4399 a 4407. V., a título de comparação, quanto ao direito francês, por exemplo, Flour, J. e. o., *op. cit.* (nota 30), p. 259, n.º 325; quanto ao direito belga, Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/ /Groningen, 2000, p. 676, n.º 539.

36 — V., Moreno Gil, Ó., comentário ao artigo 1300.º, *op. cit.* (nota 35), p. 1430, n.º 4 399. V., a título de comparação, quanto ao direito francês, Flour, J., e o., *op. cit.* (nota 30), p. 260, n.º 325, e p. 262, n.º 328; quanto ao direito belga, van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2.ª edição, Acco, Leuven, 2006, p. 147.

37 — V., Moreno Gil, Ó., comentário ao artigo 1300.º, *op. cit.* (nota 35), p. 1430, n.º 4399 a 4407. V., a título de comparação, quanto ao direito francês, Flour, J., e o., *op. cit.* (nota 30), p. 260, n.º 325, e p. 262, n.º 328; quanto ao direito belga, v., por exemplo, van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2.ª edição, Acco, Leuven, 2006, p. 147.

38 — V., quanto ao direito alemão, por exemplo, Larenz, K., Wolf, M., *op. cit.* (nota 32), p. 796, n.º 2, que referem como exemplos de fundamentos de nulidade a violação de formalidades obrigatórias e a violação das proibições impostas pela lei ou pelos bons costumes e como exemplos de causas de anulabilidade o erro e a fraude. V., a título de exemplo, quanto ao direito neerlandês, Hartkamp, A.S., *op. cit.* (nota 33), p. 484 e segs., n.ºs 459 e 460; quanto ao direito esloveno, Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* (nota 34); quanto à nulidade, comentário ao artigo 86.º (p. 506 e segs.), quanto à anulabilidade, comentário aos artigos 524.º e segs.

39 — V., por exemplo, quanto ao direito alemão, Larenz, K., *op. cit.* (nota 32), p. 797, n.º 5; quanto ao direito neerlandês, Hartkamp, A. S., *op. cit.* (nota 33), p. 485; quanto à declaração oficiosa da nulidade, v. n.º 459, e quanto à alegação da anulabilidade, v. n.º 460; quanto ao direito esloveno, Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* (nota 34); quanto à declaração oficiosa da nulidade, v. comentário ao artigo 92.º (p. 50 e segs.); quanto à alegação da anulabilidade, v. comentário ao artigo 95.º (pp. 527 e segs.).

40 — Von Bar, C. e o. (org.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, Munique, 2008.

quando a eficácia deste princípio pressupõe a nulidade do contrato [41]. O DCFR prevê a anulabilidade dos contratos, por exemplo, em caso de erro [42], dolo [43] ou coacção [44] na celebração do contrato.

52. Para apurar se a legislação espanhola que prevê a nulidade relativa do contrato quando o consumidor não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste constitui uma medida adequada na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577, há que expor, antes de mais, as características especiais dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e o significado do direito do consumidor de rescindir tais contratos.

53. Como resulta do considerando quarto da Directiva 85/577, geralmente, é ao vendedor que cabe a iniciativa de celebrar tal contrato, ficando o consumidor numa posição que se caracteriza pelo elemento surpresa, na medida em que não estava preparado para a celebração do contrato [45]. Haverá, por isso, que assegurar uma protecção especial ao consumidor, uma vez que este último não pode comparar a qualidade e o preço da oferta em causa com outras ofertas [46].

54. Dadas as características especiais dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, o consumidor deve dispor de um período de reflexão, *spatium deliberandi* [47] , durante o qual aprecia as obrigações que resultam do contrato, e da possibilidade de rescindir o contrato no prazo

41 — O artigo II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles), dispõe que: «A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle».

42 — V., por exemplo, primeiro parágrafo do artigo II.-7:201 (Mistake), que prevê, na versão original: «A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake».

43 — V., por exemplo, primeiro parágrafo do artigo II.-7:205 (Fraud), que dispõe, na versão original: «A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose».

44 — V., por exemplo, primeiro parágrafo do artigo II.-7:206 (Coercion or threats), que dispõe, na versão original: «A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract».

45 — O Tribunal de Justiça considerou, por exemplo, no acórdão de 25 de Outubro de 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Colect., p. I-09273, n.º 43), que o objectivo da Directiva 85/577 é proteger o consumidor contra o elemento surpresa inerente à venda ao domicílio. O elemento surpresa é, igualmente, sublinhado, por exemplo, por Martín Briceño, M. del R., *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 162.

46 — V., por exemplo, Martín Briceño, *op. cit.* (nota 45), p. 162; Habersack, M., «The Doorstep Selling Directive and Mortgactua Loan Contracts», *European Business Law Review*, n.º 6/2000, p. 394.

47 — Esta expressão para designar o período de reflexão é utilizada por Manes, P., «Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577», *Contratto e impresa. Europa*, n.º 2/1996, p. 696.

de, pelo menos, sete dias, conforme o disposto no artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 85/577 [48]. Caso o consumidor opte por rescindir o contrato, fica, por força do artigo 5.º, n.º 2, da directiva, desvinculado de todas as obrigações decorrentes do contrato resolvido. Este direito do consumidor é tão importante que este não pode renunciar a ele [49].

55. Para assegurar ao consumidor a possibilidade de exercer estes importantes direitos, é essencial que aquele seja informado sobre os mesmos de forma adequada e por escrito. De facto, o vendedor pode aproveitar-se da circunstância de poder convencer o consumidor a celebrar o contrato — eventualmente, devido a um entusiasmo passageiro ou porque não pode comparar essa oferta com outras — e não o informar do direito que lhe assiste de rescindir o contrato. Mais tarde, o consumidor poderá acabar por arrepender-se da sua decisão, quando tiver «arrefecido» [50], mas ficará convencido — se não souber que tem a possibilidade de rescindir o contrato — de que está vinculado pelo contrato.

56. Para a protecção do consumidor no âmbito dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais é, por isso, importante não apenas que o consumidor tenha o direito de rescindir o contrato, mas também, por outro lado, que tenha *consciência* dos seus direitos e seja informado sobre eles [51]. Como o Tribunal de Justiça já sublinhou no processo Heininger, o consumidor, não tendo conhecimento da existência do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, encontra-se na impossibilidade de o exercer [52]. Se não for informado do direito de resolução que lhe assiste, não poderá, consequentemente, exercer todos os direitos a ele ligados, como por exemplo o de pedir a declaração de nulidade do contrato celebrado sem que essa informação tenha sido prestada, a menos que se assegure de que o consumidor é efectivamente informado desses direitos ligados ao direito de resolução.

57. A legislação espanhola, que prevê que o consumidor pode requerer a declaração de nulidade do contrato celebrado fora dos estabelecimentos comerciais quando não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste, não é, por isso, na nossa

48 — Na doutrina, v., por exemplo, Habersack, *op. cit.* (nota 46), p. 394. Mankowski, P., «Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte», *Juristenzeitung*, n.º 23/2008, p. 1143, que sublinha que o direito de resolução é, de facto, o único elemento de protecção do consumidor previsto na Directiva 85/577, e que a mínima restrição a esse direito conduz a uma diminuição da protecção.

49 — V., artigo 6.º da Directiva 85/577, por força do qual o consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos pela directiva.

50 — O período de reflexão que se segue à celebração do contrato é, frequentemente, designado por «*cooling off period*» (literalmente «período de arrefecimento»). V., por exemplo, o livro verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor (apresentado pela Comissão Europeia), COM(2006) 744 final, p. 10 na versão inglesa; estudo da Comissão Europeia, *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive),* disponível no endereço internet http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, p. 10.

51 — Há que acrescentar que a Directiva 85/577 impõe, desse modo, uma especial responsabilidade ao vendedor, na medida em que o exercício dos direitos dos consumidores depende da informação fornecida pelo vendedor. V., sobre este assunto, conclusões do advogado-geral P. Léger, apresentadas em 12 de Julho de 2001, no processo Heininger (C-481/99, Colect., p. I-9945, n.º 60).

52 — V., acórdão Heininger (já referido na nota 17, n.º 45). V., igualmente, acórdão Hamilton (já referido na nota 23, n.º 33) e conclusões do advogado-geral P. Léger, apresentadas em 12 de Julho de 2001, no processo Heiniger (C-481/99, Colect., p. I-945, n.º 60). Na doutrina, v., por exemplo, Rudisch, B., «Das 'Heininger'-Urteil des EuGH vom 13. 12. 2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?», *in* Eccher, B., Nemeth, K., Tangl, A. (ed.), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Viena, 2002, p. 202.

opinião, uma medida adequada na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577, a menos que se garanta que o consumidor é efectivamente informado dos direitos que o direito nacional lhe reconhece nesse caso.

58. Assim, há que analisar, em seguida, se o juiz deve actuar oficiosamente quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

3. Regra geral: no direito comunitário não existe qualquer obrigação geral de conhecimento oficioso

59. Há que sublinhar que o direito comunitário não impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais a obrigação de conhecerem oficiosamente dos direitos que o direito comunitário confere aos particulares. Segundo jurisprudência constante, na falta de regulamentação comunitária numa determinada matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir as regras processuais precisas destinadas a garantir a protecção dos direitos que, para os particulares, decorrem do direito comunitário, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, mas apenas se essas regras não forem menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e se não tornarem, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) [53]. Cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos reconhecidos ao particular pelo direito comunitário deve ser analisado tendo em conta a posição que essa disposição ocupa no processo, a sua tramitação e as suas especificidades nas diversas instâncias nacionais [54].

60. Decorre, igualmente, da jurisprudência que o princípio da efectividade não impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais o dever de conhecerem oficiosamente de um fundamento relativo a uma disposição comunitária, independentemente da sua importância para a ordem jurídica comunitária, desde que as partes disponham de uma real possibilidade de invocar um fundamento relativo ao direito comunitário perante um órgão jurisdicional

53 — V., nesse sentido, acórdãos Peterbroeck (já referido na nota 10, n.º 12), van Schijndel (já referido na nota 18, n.º 17); de 16 de Maio de 2000, Preston e o. (C-78/98, Colect., p. I-3201, n.º 31); de 9 de Dezembro de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, Colect. p. I-14637, n.º 25); van der Weerd (já referido na nota 18, n.º 28) e Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 24).

54 — V., acórdãos Peterbroeck (já referido na nota 10, n.º 14); van Schijndel (já referido na nota 18, n.º 19) e van der Weerd (já referido na nota 18, n.º 33).

nacional [55]. Esta limitação justifica-se pelo princípio segundo o qual a iniciativa processual compete às partes, razão pela qual o juiz só pode actuar oficiosamente em casos excepcionais, no interesse público [56].

61. Todavia, na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça admitiu uma excepção a esta regra geral para certas directivas em matéria de protecção dos consumidores — primeiro a respeito da Directiva 93/13, e mais tarde também a respeito da Directiva 87/102 — e permitiu que, para a protecção dos consumidores e para a realização dos objectivos destas directivas, o juiz nacional pudesse conhecer oficiosamente de determinados fundamentos [57].

62. Assim, em seguida, começarei por expor o conteúdo da jurisprudência relativa às Directivas 93/13 e 87/102 antes de decidir se essa jurisprudência pode ser aplicada por analogia à Directiva 85/577.

4. Excepção à regra geral: jurisprudência relativa à Directiva 93/13 e à Directiva 87/102

a) Jurisprudência relativa à Directiva 93/13

63. No que respeita à Directiva 93/13, os processos relevantes são os processos Océano Grupo [58], Cofidis [59] e Mostaza Claro [60].

64. No processo Océano Grupo, o Tribunal de Justiça sublinhou que o sistema de protecção implementado pela Directiva 93/13 assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao vendedor ou ao fornecedor no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, razão pela qual aceita as condições redigidas previamente pelo vendedor ou pelo fornecedor sem poder influenciar o conteúdo destas [61]. Referiu que o objectivo prosseguido pelo artigo 6.º da

55 — V., acórdão van der Weerd (já referido na nota 18, n.º 41); v. também, neste sentido, acórdão van Schijndel (já referido na nota 18, n.º 22). Na doutrina, v., por exemplo, Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2.ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 104, n.º 3-035; Simon, D., «Modalités du relevé d'office», *in Europe — Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Agosto — Setembro 2007, p. 12; Jans, J. H., Marseille, A. T., «Joined Cases C-222-225/05, Van der Weerd and others v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233», *Common Market Law Review*, n.º 3/2008, p. 858-859.

56 — V., acórdão van Schijndel (já referido na nota 18, n.º 21) e acórdão van der Weerd (já referido na nota 18, n.º 35).

57 — Cabe acrescentar que o Tribunal de Justiça também admitiu uma excepção a esta regra noutros casos, como no acórdão Peterbroeck (já referido na nota 10), no qual decidiu que o direito comunitário se opõe à aplicação de disposições processuais nacionais que proíbem o juiz nacional de apreciar oficiosamente a compatibilidade de uma disposição de direito interno com uma disposição de direito comunitário quando esta última disposição não tenha sido invocada dentro de um determinado prazo pelo particular. O mesmo vale para a aplicação das disposições em matéria de concorrência; v. acórdãos de 1 de Junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Colect., I-3055, n.º 40), e de 13 de Julho de 2006, Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.º 31).

58 — V., acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13).

59 — V., acórdão Cofidis (já referido na nota 14).

60 — V., acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15).

61 — V., acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13, n.º 25).

Directiva 93/13 — que obriga os Estados-Membros a prever que as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores — não poderia ser atingido se estes se vissem na obrigação de suscitar, eles mesmos, a questão do carácter abusivo dessas cláusulas [62]. Sublinhou que há um risco de, nomeadamente por ignorância, o consumidor não invocar o carácter abusivo de uma cláusula e que só se pode atingir a protecção efectiva do consumidor se for reconhecida ao juiz nacional a faculdade de conhecer oficiosamente do carácter abusivo de uma cláusula [63].

65. O Tribunal de Justiça afirmou, igualmente, no processo Oceano Grupo, que a faculdade do juiz de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula constitui um meio adequado para atingir o resultado fixado no artigo 6.º da directiva e impede que um utilizador privado fique vinculado a uma cláusula abusiva, e contribui para a realização do objectivo visado no seu artigo 7.º [64], uma vez que tal apreciação pode ter um efeito dissuasor em relação à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados por um vendedor ou um fornecedor com os consumidores [65].

66. Consequentemente, no processo Oceano Grupo, o Tribunal de Justiça decidiu que a protecção que a Directiva 93/13 assegura ao consumidor implica, igualmente, que *o juiz nacional possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula do contrato* [66].

67. No processo Cofidis, o Tribunal de Justiça sublinhou, de forma análoga, que a faculdade reconhecida ao juiz para apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula de um contrato é necessária para assegurar uma protecção efectiva do consumidor, nomeadamente tendo em conta o risco, não despiciendo, de ele ignorar os direitos que lhe assistem ou de ter dificuldade em exercê-los [67]. Assim, nesse processo, decidiu que a Directiva 93/13 se opõe a uma disposição interna que — numa acção intentada por um profissional contra um consumidor e emergente de um contrato entre eles — impede o juiz nacional de, findo um prazo de caducidade, conhecer, oficiosamente ou por excepção suscitada pelo consumidor, do carácter abusivo de uma cláusula inserida no referido contrato [68].

68. O Tribunal de Justiça reafirmou o referido princípio no processo Mostaza Claro, no qual decidiu que a Directiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que implica, igualmente, que, em sede de recurso de anulação de uma decisão arbitral, o juiz nacional aprecie a nulidade da convenção arbitral e revogue essa decisão por a referida

62 — *Ibidem* (n.º 26).

63 — *Ibidem* (n.º 26). Posteriormente, o Tribunal de Justiça confirmou este entendimento no acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.º 33) e no acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 28).

64 — O artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 93/13 dispõe que os Estados-Membros providenciarão para que «existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional», enquanto que, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, esses meios «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, [...] têm ou não um carácter abusivo [...]». O objectivo do artigo 7.º é, por isso, o de permitir a protecção dos consumidores igualmente através da intervenção de pessoas que não são partes no contrato.

65 — V., acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13, n.º 28). Posteriormente, o Tribunal de Justiça confirmou este entendimento no acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.º 32) e no acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 27).

66 — V., acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13, primeiro número do dispositivo).

67 — V., acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.º 33).

68 — V., acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.º 38 e dispositivo).

convenção conter uma cláusula abusiva, mesmo que o consumidor não tenha invocado essa nulidade no âmbito do processo arbitral mas apenas no âmbito do recurso de anulação [69].

b) Jurisprudência relativa à Directiva 87/102

69. Como sublinha a Comissão, o Tribunal de Justiça já aplicou a jurisprudência dos processos Océano Grupo, Cofidis e Mostaza Claro a outra directiva no domínio da protecção dos consumidores, a saber, a Directiva 87/102. No processo Rampion [70], o Tribunal de Justiça decidiu que a Directiva 87/102 deve ser interpretada *no sentido de que permite ao juiz nacional aplicar oficiosamente as disposições que transpõem para direito interno o seu artigo 11.º, n.º 2* [71]. Este artigo da Directiva 87/102 dispõe que o consumidor pode, em certas condições [72], invocar um direito contra o mutuante e que os Estados-Membros devem determinar em que medida e em que condições pode ser invocado esse direito.

70. Na fundamentação do processo Rampion, o Tribunal de Justiça afirmou que o objectivo da Directiva 87/102 é duplo: em primeiro lugar, a criação de um mercado comum do crédito ao consumo e, em segundo lugar, a protecção dos consumidores subscritores desses créditos [73]. O artigo 11.º, n.º 2, visa conferir ao consumidor direitos relativamente ao mutuante, para além dos direitos perante este último normalmente resultantes do contrato, e relativamente ao fornecedor dos bens e serviços [74]. O Tribunal de Justiça considerou que este objectivo não poderia ser alcançado de modo efectivo se fosse o próprio consumidor a ter o dever de invocar os seus direitos perante o mutuante, designadamente em razão do risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem ou ter dificuldades em exercê-los [75].

5. Aplicação da jurisprudência relativa às Directivas 93/13 e 87/102 ao presente processo

71. A jurisprudência referida pode, na minha opinião, ser aplicada ao presente processo, mas é importante que esta aplicação seja razoável e não vá contra os objectivos e as disposições especiais da Directiva 85/577.

69 — V., acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 39 e dispositivo).

70 — V., acórdão Rampion (já referido na nota 22).

71 — *Ibidem* (n.º 69 e dispositivo).

72 — No artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 87/102 são referidas as seguintes condições: «O consumidor terá o direito de demandar o mutuante quando, a) com vista a adquirir bens ou obter serviços, um consumidor celebrar um contrato de crédito com terceira pessoa diversa do fornecedor desses bens e serviços e b) o mutuante e o fornecedor de bens ou serviços tiverem um acordo pré-existente ao abrigo do qual o mutuante põe o crédito à disposição exclusiva dos clientes desse fornecedor para aquisição de bens e serviços ao mesmo fornecedor e c) o consumidor a que se refere a alínea a) obtiver tal crédito em conformidade com o referido acordo pré-existente, e d) os bens ou serviços abrangidos pelo contrato de crédito não sejam fornecidos ou só parcialmente o sejam ou não sejam conformes com o contrato de fornecimento e e) o consumidor tiver demandado o fornecedor mas não tenha obtido a satisfação a que tiver direito. Os Estados-Membros determinarão em que medida e em que condições pode ser exercido este direito.»

73 — V., acórdão Rampion (já referido na nota 22, n.º 59).

74 — *Ibidem* (n.º 64).

75 — *Ibidem* (n.º 65).

72. Antes de mais, não há dúvida de que a *ratio* desta jurisprudência e os fundamentos das decisões do Tribunal de Justiça nos processos em causa podem ser aplicados ao presente processo. As decisões proferidas nos processos Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro e Rampion resultam do facto de o consumidor se encontrar numa situação de inferioridade relativamente ao vendedor [76] e de haver um risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem ou ter dificuldades em exercê-los [77]. O sistema instituído pela Directiva 85/577 assenta igualmente no facto de o consumidor ser a parte mais fraca no contrato e de, por isso, ser necessário assegurar-lhe uma protecção especial, o que resulta já especialmente claro da exigência de que seja informado por escrito do direito de resolução que lhe assiste — pressupõe-se, assim, que o consumidor não conhecimento desse direito se não o informarem — e da exigência de que os Estados-Membros prevejam medidas adequadas para o caso de essa informação não ter sido fornecida [78]. O objectivo de um nível de protecção dos consumidores elevado é, por isso, o mesmo, tanto no caso da Directiva 93/13 ou da Directiva 87/102 como no caso da Directiva 85/577 [79]. Todas partem do princípio de que há um risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem. Esta diferença de posição entre o consumidor e o vendedor só pode ser compensada por uma intervenção activa, exterior às partes no contrato [80].

73. Por outro lado, ao aplicar esta jurisprudência, há que distinguir claramente entre o que o juiz nacional declara oficiosamente e a consequência dessa declaração. O cerne da jurisprudência relativa à Directiva 93/13 é que o juiz nacional declare oficiosamente o carácter abusivo da cláusula contratual, e não que tenha a possibilidade de declarar que tal cláusula contratual não vincula o consumidor; este último ponto não é mais do que a consequência da declaração de que se está perante uma cláusula abusiva [81]. A propósito da Directiva 87/102, o juiz nacional aplica oficiosamente as disposições que transpõem para o direito interno o artigo 11.º, n.º 2, da directiva; as consequências estão previstas nas disposições nacionais e podem variar consoante o Estado-Membro. Por analogia

76 — A situação de inferioridade do consumidor relativamente ao vendedor é sublinhada, por exemplo, nos acórdãos Océano Grupo (já referido na nota 13, n.º 25) e Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 26).

77 — V., acórdãos Oceano Grupo (já referido na nota 13, n.º 26), Cofidis (já referido na nota 14, n.º 33), Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 28) e Rampion (já referido na nota 22, n.º 65).

78 — O Tribunal de Justiça sublinhou que o objectivo principal da Directiva 85/577 é a protecção dos consumidores contra o risco que decorre das circunstâncias típicas da celebração de um contrato fora dos estabelecimentos comerciais e que esta protecção é assegurada pela introdução do direito de resolução; v., na nota 17, acórdão Heiniger aí referido (n.º 38); v., igualmente, acórdão de 25 de Outubro de 2005, Schulte (C-350/03, Colect., p. I-9215, n.º 66) e acórdão Hamilton, já referido na nota 23 (n.º 32).

79 — Acrescento que a exigência de um nível elevado de protecção dos consumidores consta, igualmente, do artigo 38.º da Carta (*op. cit.*, nota 5), que dispõe que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

80 — V., por analogia, acórdãos Océano Grupo (já referido na nota 13, n.º 27) e Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 26).

81 — Note-se que a consequência da inclusão de uma cláusula abusiva num contrato por força da Directiva 93/13 é diferente da consequência da falta de informação do consumidor quanto ao direito que lhe assiste de rescindir o contrato por força da Directiva 85/577. O artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 determina, expressamente, que os Estados-Membros estipularão que «as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional *não vinculem o consumidor* […]» (sublinhado nosso). Apenas o artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577 dispõe que «Os Estados-Membros velam por que a respectiva legislação nacional *preveja medidas adequadas* para protecção do consumidor nos casos em que não seja fornecida a informação prevista no presente artigo» (sublinhado nosso). A diferença entre as consequências reside, igualmente, no facto de, no caso da Directiva 93/13, a consequência da cláusula abusiva ser fixada pelo direito comunitário, enquanto que, relativamente à falta de informação do consumidor quanto ao direito de rescindir o contrato, as consequências são determinadas pelo direito nacional.

com a distinção entre a declaração oficiosa e a consequência dessa declaração, pode sustentar-se que é razoável que, no âmbito da Directiva 85/577, o juiz nacional aprecie oficiosamente *se o consumidor foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato*.

74. Coloca-se de imediato, bem entendido, a questão das consequências desta declaração. O órgão jurisdicional de reenvio considera que, neste caso, a nulidade absoluta do contrato enquanto medida mais estrita do que a nulidade relativa prevista no direito espanhol é uma medida adequada para a protecção dos consumidores. A questão, contudo, consiste em saber se a nulidade absoluta enquanto consequência da falta de informação do consumidor é uma medida que vai ao encontro do objectivo da Directiva 85/577; há que apreciar, por isso, se — tal como no que respeita à nulidade relativa — a nulidade absoluta do contrato que o juiz nacional declara oficiosamente é uma medida adequada para a protecção dos consumidores na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da directiva.

75. No que respeita à adequação da nulidade absoluta, gostaria de referir, antes de mais, o paralelismo entre o direito do consumidor de rescindir o contrato e o direito que lhe assiste de decidir sobre a validade do contrato celebrado sem que essa informação tenha sido fornecida. Há que ter em conta que o exercício do direito de rescindir o contrato celebrado fora dos estabelecimentos comerciais depende da vontade do consumidor. Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 85/577: «O consumidor *tem o direito* [82] de renunciar aos efeitos do compromisso […]». A essência desta disposição é, por isso, que o próprio consumidor decide se rescinde ou não o contrato. Resulta, contudo, do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 85/577 que o consumidor só fica desvinculado das obrigações decorrentes do contrato resolvido após ter notificado a resolução à contraparte. Para que o consumidor deixe de estar vinculado pelo contrato é necessário, por isso, que tome uma decisão e que actue procedendo à notificação dessa resolução.

76. Assim como o consumidor deve poder exercer o direito que lhe assiste de rescindir o contrato, deve, igualmente, ter a possibilidade de decidir, ele próprio, se mantém ou não em vigor um contrato celebrado sem que essa informação tenha sido fornecida. De facto, é possível que queira manter o contrato em vigor apesar de não ter sido informado do direito de rescisão que lhe assiste. Se for

82 — Sublinhado nosso. V., igualmente, demais versões linguísticas desta disposição: inglesa («the consumer shall have the right»), alemã («der Verbraucher besitzt das Recht»), italiana («il consumatore ha il diritto») e espanhola («el consumidor tendrá el derecho»).

declarada a nulidade do contrato, o consumidor deve, em princípio, no presente processo, nos termos do direito espanhol e por força do princípio *quod nullum est, nullum producit effectum* [83], restituir a mercadoria recebida e ser reembolsado do preço de venda já pago [84]. Eventualmente, esta solução poderá não ser favorável ao consumidor; a nulidade de tal contrato pode, pelo contrário, revelar-se totalmente desvantajosa para o consumidor [85]. Como diz o adágio latino *summum ius summa iniuria*, também se pode prejudicar o consumidor ao querer protegê-lo excessivamente.

77. Além disso, é importante realçar que admitir a nulidade absoluta vai para além do que permite a jurisprudência relativa à Directiva 93/13. De facto, o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 permite que «o contrato continue a vincular as partes [...] se puder subsistir sem as cláusulas abusivas». De acordo com a Directiva 93/13, o juiz nacional limita-se a apreciar oficiosamente se alguma das cláusulas é abusiva; o contrato permanece em vigor se puder subsistir sem as cláusulas abusivas. No presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, contudo, declarar a nulidade do contrato no seu todo, uma decisão cujas consequências, para o contrato, seriam mais graves do que as que resultam da Directiva 93/13.

78. Consequentemente, considero que a declaração oficiosa, pelo juiz nacional, da nulidade absoluta do contrato quando o consumidor não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste não é uma medida adequada para protecção dos consumidores na acepção do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577.

79. Assim, para determinar a consequência da declaração, pelo juiz nacional, de que o consumidor não foi informado do direito que

83 — Este princípio significa que o contrato nulo não produz qualquer efeito jurídico; no direito espanhol, é o que refere, por exemplo, Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, Vol. II, 7.ª edição, Tecnos, Madrid 1995, p. 109. Note-se que, no direito comparado, este princípio é, igualmente, reconhecido pelas demais ordens jurídicas dos Estados-Membros; v., por exemplo, quanto ao direito francês, Flour, J. e o., *op. cit.* (nota 30), p. 297, n.º 361; quanto ao direito esloveno, Polajnar Pavčnik, A., comentário ao artigo 86.º, *op. cit.* (nota 34), p. 507.

84 — V., artigo 1303.º do Código Civil espanhol. V., na doutrina espanhola, no que respeita à obrigação de restituir os produtos recebidos em execução de um contrato nulo, Díez-Picazo, L., Gullón, A., *op. cit.* (nota 83), p. 111. Nas demais ordens jurídicas dos Estados-Membros, a legislação é semelhante; v., por exemplo, no direito alemão, Larenz, K., Wolf, M., *op. cit.* (nota 32), p. 797, n.º 8, que afirma que, se o contrato é nulo, há que repor a situação que existiria se a execução do contrato nulo não tivesse ocorrido; no direito francês, v., Flour, J. e o., *op. cit.* (nota 30), p. 298, n.º 362; no direito esloveno, v., Polajnar Pavčnik, A., comentário ao artigo 87.º, *op. cit.* (nota 34), p. 513 e segs.

85 — Vejamos, por exemplo, a situação em que, no âmbito da venda ao domicílio, o consumidor adquire uma enciclopédia a um preço de lançamento inferior para os primeiros compradores. O consumidor paga o preço de aquisição mas o vendedor não entrega a mercadoria no prazo previsto; o consumidor propõe uma acção contra o vendedor. O juiz declara que o consumidor não foi informado do direito de rescisão que lhe assiste e que o contrato é nulo. O vendedor devolve ao consumidor o preço de aquisição, mas, como o consumidor pretende, de qualquer forma, adquirir a enciclopédia, encomenda-a de novo, mas a um preço mais elevado, dado que já não pode adquiri-la ao preço de lançamento.

lhe assiste de rescindir o contrato, há que procurar, através de uma interpretação teleológica, uma alternativa que melhor corresponda ao objectivo da Directiva 85/577.

80. Na minha opinião, o objectivo da Directiva 85/577 é atingido da melhor forma possível se o juiz nacional, se declarar oficiosamente que o consumidor não foi informado do direito de resolução que lhe assiste, *o informar dos direitos que, nesse caso, o direito nacional lhe confere*. Desse modo, por um lado, assegura-se a protecção adequada do consumidor e, por outro, permite-se que o consumidor, quando não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste, decida ele próprio, em conformidade com o princípio da autonomia da vontade [86], se mantém ou não o contrato em vigor.

81. Por outro lado, a solução através da qual o juiz nacional informa o consumidor dos direitos que o direito nacional lhe confere permite respeitar o direito que o artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577 reconhece aos Estados-Membros de definirem eles próprios as medidas adequadas quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato. Se se permiti que o juiz nacional declare oficiosamente a nulidade de um contrato celebrado sem que essa informação tenha sido fornecida, retirar-se-á aos Estados-Membros o poder discricionário que a directiva lhes reconhece relativamente às consequências desses contratos. Uma análise de direito comparado indica, de facto, que, na realidade, os Estados-Membros, quando transpuseram o artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577, adoptaram medidas muito diferentes para os casos em que o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato. É possível, *grosso modo*, dividir os Estados-Membros em dois grupos; referirei, a seguir, a título de exemplo, o caso de alguns Estados-Membros — sem avaliar se transpuseram correctamente ou não as disposições da Directiva 85/577 para o respectivo direito nacional.

82. No primeiro grupo, encontram-se os Estados cujo direito nacional prevê como consequência da falta de informação do

86 — V., por exemplo, Basedow, J., «Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit», *in Bitburger Gespräche Jahrbuch* 2008/I, Beck, Munique, 2009, p. 86, que sublinha que a liberdade contratual é a expressão mais importante da autonomia da vontade. Quanto à autonomia da vontade, v., a título de comparação, na doutrina alemã, Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9ª edição, Beck, Munique, 2004, p. 2, n.º 2; na doutrina austríaca, Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11.ª edição, Manzsche Verlags — und Universitätsbuchhandlung, Viena, 2000, p. 84; na doutrina espanhola, Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho Civil, Vol I*, 10.ª edição, Technos, Madrid, 2002, p. 369 e segs., e 375; na doutrina francesa, Aubert, J.L., Savaux, E., *Les obligations 1. Acte juridique*, 12.ª edição, Sirey, Paris, 2006, p. 72, n.ºs 99 e segs.

consumidor quer a nulidade do contrato (por exemplo, a Bélgica [87], o Luxemburgo [88], os Países Baixos [89] e a Espanha [90]) quer que o contrato não vincula o consumidor (por exemplo, a Finlândia [91]) ou que não pode requerer-se a execução do contrato (por exemplo, a Irlanda [92] e o Reino Unido [93]). O segundo grupo reúne os Estados nos quais a falta de informação do consumidor leva à prorrogação [94] do prazo de resolução do contrato (por exemplo, a Áustria [95], a República Checa [96], a Itália [97], a Alemanha [98] e a Eslovénia [99]). Há que referir, igualmente, que certos Estados prevêem, para além da consequência principal, como a nulidade do contrato ou a prorrogação do prazo de rescisão, uma sanção pecuniária (por exemplo, a Bélgica [100] e a Itália [101]). Note-se, ainda, que esta questão será, eventualmente, uniformizada *de lege ferenda* pela directiva relativa aos direitos dos consumidores, que se

87 — V., artigo 88.º, n.º 3, da lei belga de 14 de Julho de 1991 relativa às práticas comerciais, à informação e à protecção do consumidor, que dispõe que a falta de informação do consumidor implica a nulidade do contrato. Note-se que a lei não especifica se se trata de uma nulidade relativa ou absoluta e não existe uma opinião uniforme entre os tribunais belgas; v., por exemplo, acórdão do Hof van Beroep te Antwerpen de 31 de Outubro de 2005 (Rechtskundig Weekblad 2007-08, n.º 22, 26.1.2008), no qual este órgão jurisdicional afirmou que se tratava de uma nulidade absoluta, e acórdão do Hof van Beroep te Gent de 21 de Fevereiro de 2007 (Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007, p. 369), no qual este órgão jurisdicional afirmou que se tratava de uma nulidade relativa.

88 — V. artigo 10.º, n.º 4, da Lei luxemburguesa de 16 de Julho de 1987 relativa à venda ao domicílio, à venda ambulante, à exibição de mercadorias e à realização de encomendas, que dispõe que o contrato é nulo e que o consumidor pode invocar esta nulidade quando não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

89 — V., artigo 24.º, n.º 1, da lei neerlandesa Colportactuawet, que dispõe que a falta de informação do consumidor implica a nulidade do contrato. Quanto à distinção geral entre «nulidade» e «anulabilidade» no direito neerlandês, trata-se, neste caso, de uma nulidade que os órgãos jurisdicionais declaram oficiosamente; v., Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2ª parte, 12ª edição, Kluwer, Deventer, 2005, p. 484, n.º 459.

90 — Como referi no n.º 13 das presentes conclusões, resulta do artigo 4.º da Lei 26/1991 que, quando o contrato tiver sido celebrado ou uma proposta feita sem que o consumidor tenha sido informado do direito de rescisão que lhe assiste, este pode requerer a declaração de nulidade do contrato.

91 — V. capítulo 6.º, artigo 20.º, do Kuluttajansuojalaki 38/1978 finlandês, por força do qual o contrato não vincula o consumidor, mas este tem o dever de invocar a nulidade.

92 — V., artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do regulamento irlandês European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, nos termos do qual não se pode exigir do consumidor a execução do contrato («the contract shall not be enforceable») quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

93 — V., artigo 7.º, n.º 6, do regulamento do Reino Unido The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work, etc. Regulations 2008, nos termos do qual não se pode exigir do consumidor a execução do contrato («the contract shall not be enforceable») quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato.

94 — Não analisarei, neste momento, se as disposições destes Estados-Membros, que, de uma forma ou de outra, limitam os prazos deste modo prorrogados, estão em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Heininger (já referido na nota 17).

95 — V. artigo 3.º, n.º 1, do Konsumentenschutzgesetz (Lei de Protecção dos Consumidores austríaca), por força do qual o prazo para rescindir o contrato começa a contar a partir do momento em que o consumidor tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste.

96 — V. artigo 57.º, n.º 3, da Lei checa Občiansky zákonník — Zákon č. 40/1964, por força do qual o consumidor, quando não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste, pode rescindir o contrato no prazo de um ano a contar da data da celebração deste.

97 — V., artigo 65.º, n.º 3, do Codice del consumo (Código do Consumo italiano), por força do qual o prazo para rescindir o contrato — quando o consumidor não tiver sido informado do direito de rescisão que lhe assiste — é prorrogado por 60 dias, a contar, para os contratos de compra e venda de mercadorias, do dia em que o consumidor tiver recebido a mercadoria e, para os contratos de prestação de serviços, da data da celebração do contrato.

98 — V. § 355, n.º 3, do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemão, por força do qual o direito do consumidor de rescindir o contrato não prescreve quando aquele não tiver sido devidamente informado desse direito.

99 — V. artigo 43.º, alínea d), n.º 4, do Zakon o varstvu potrošnikov esloveno, por força do qual o prazo de rescisão do contrato, quando o consumidor não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste, é de três meses. O artigo 43.º, alínea d) regula a rescisão do contrato no caso dos contratos celebrados à distância, mas, no caso dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, aplica-se, neste sentido, o artigo 46.º, alínea c), n.º 4, desta lei.

100 — A sanção pecuniária aplicável no caso de não ser fornecida esta informação está prevista no artigo 102.º, n.º 7, da lei belga de 14 de Julho de 1991 relativa às práticas comerciais, à informação e à protecção do consumidor.

101 — A sanção pecuniária está prevista no artigo 62.º do Codice del consumo italiano.

encontra, actualmente, em fase de proposta [102] e que dispõe que — quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato — o direito de resolução expira no prazo de três meses a contar a contar da data em que o comerciante tenha cumprido integralmente as suas demais obrigações contratuais [103].

83. Há que analisar, ainda, se as disposições da Directiva 85/577 são disposições de ordem pública. No processo Mostaza Claro [104], o Tribunal de Justiça já considerou, implicitamente, que as disposições da Directiva 93/13 [105] são de ordem pública, tendo evocado, a esse propósito, em especial, o facto de o artigo 6.º, n.º 1, desta directiva ser uma disposição imperativa. No que respeita à Directiva 85/577, pode igualmente sustentar-se que o artigo 4.º, que impõe ao vendedor a obrigação de informar o consumidor, por escrito, do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, é uma disposição imperativa que visa, tendo em conta a situação de inferioridade de uma das partes no contrato, substituir o equilíbrio formal que este estabelece entre os direitos e obrigações das partes por um equilíbrio real entre as mesmas partes. Como o Tribunal de Justiça já sublinhou a propósito da Directiva 93/13 no processo Mostaza Claro, pode, igualmente afirmar-se, a propósito da Directiva 85/577, que esta directiva, 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 para o cumprimento das funções confiadas à Comunidade e, em particular, para o aumento do nível e da qualidade de vida em todo o seu território [106].

84. Ainda que o Tribunal de Justiça decida não acolher a argumentação apresentada no número anterior relativa à ordem pública, gostaria todavia de referir que, nos processos Océano Grupo e Cofidis, o Tribunal de Justiça não evocou a ordem pública para justificar a acção oficiosa dos órgãos jurisdicionais nacionais, mas apenas a protecção efectiva do consumidor, que só se pode atingir, atendendo ao risco de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem, se aos órgãos jurisdicionais nacionais for reconhecida a faculdade de actuarem oficiosamente [107]. Não há dúvida de que, também no presente processo, há que assegurar a protecção efectiva dos consumidores, razão pela qual esta exigência pode, na

102 — Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, COM (2008) 614 final. A directiva relativa aos direitos dos consumidores substituirá a Directiva 85/577, a Directiva 93/13, a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144 p. 19) e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12). V. artigo 47.º da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, COM(2008) 614 final, e memorando explicativo desta proposta, p. 3.

103 — V. artigo 13.º da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, COM(2008) 614 final.

104 — V. acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.ºs 35 a 38).

105 — V., igualmente, nesse sentido, Jordans, R., «Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL», *in Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, n.º 1/2007, p. 50; Courbe, P., Brière, C., Dionisi-Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., Legros, C., «Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006», *in Petites affiches*, n.º 152/2007, p. 14; Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., «La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation», *in Petites affiches*, n.º 189/2007, p. 15.

106 — V. acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15, n.º 37).

107 — V. acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13, n.º 26) e acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.º 33). Este aspecto é igualmente sublinhado pelo advogado-geral P. Mengozzi nas suas conclusões apresentadas em 29 de Março de 2007, no processo Rampion (C-429/05, Colect., p. I-8017, n.º 61).

minha opinião, ser suficiente para justificar a acção oficiosa dos órgãos jurisdicionais nacionais, ainda que não se recorra ao argumento da ordem pública.

85. A solução através da qual o juiz nacional, quando declara oficiosamente que o consumidor não foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, o informa dos direitos que, neste caso, o direito nacional lhe confere também não é, na minha opinião, contrária ao acórdão do Tribunal de Justiça no processo Hamilton [108]. Nesse processo, no qual o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se uma medida por força da qual o direito do consumidor de rescindir o contrato prescreve no prazo de um mês a contar do cumprimento, por ambas as partes, das obrigações decorrentes de um contrato de crédito de longa duração é uma medida adequada para protecção dos consumidores, o Tribunal de Justiça sublinhou que o conceito de «adequada[ção]» que consta do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577 indica que as medidas referidas não visam uma protecção absoluta dos consumidores [109], e que tanto a economia geral como a redacção de diversas disposições desta directiva indicam que a referida protecção está sujeita a certos limites [110]. Há que ter em conta, todavia, que estes limites dizem respeito às circunstâncias específicas do processo no qual as obrigações de ambas as partes tiverem sido integralmente cumpridas [111].

86. No processo principal, resulta, contudo, da descrição dos factos no despacho de reenvio que as obrigações que decorrem do contrato não foram integralmente cumpridas. A mercadoria adquirida foi entregue ao consumidor e o preço total da aquisição ascendia a 1 909 EUR, dos quais o consumidor pagou apenas 47,48 EUR, ou seja, apenas uma pequena parte. O vendedor accionou judicialmente o consumidor pelo facto de este último não ter cumprido integralmente a sua obrigação contratual. Os limites à protecção dos consumidores que o Tribunal de Justiça introduziu no processo Hamilton não são, por isso, relevantes no presente processo, uma vez que as obrigações contratuais de ambas as partes ainda não foram integralmente cumpridas.

108 — Acórdão Hamilton (já referido na nota 23).

109 — *Ibidem* (n.º 39). Este aspecto é, igualmente, sublinhado na doutrina; v., por exemplo, Mankowski, P., «Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte», *in Juristenzeitung*, n.º 23/2008, p. 1143.

110 — *Ibidem* (n.º 40).

111 — Este aspecto é sublinhado na doutrina, por exemplo, por Kroll, K., «Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts», v: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 28/2008, p. 2000. V. igualmente, neste sentido, Edelmann, H., «EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz», *in Betriebs-Berater*, n.º 19/2008, p. 970; Raynouard, A., «CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG», *in Revue de jurisprudence commerciale*, n.º 4/2008, p. 305. Acrescente-se que o Tribunal de Justiça salientou, no processo Hamilton, que o recurso ao conceito de «obrigações que decorrem do contrato», no considerando quinto da Directiva 85/577 indica que o consumidor pode rescindir esse contrato enquanto este durar (acórdão Hamilton, já referido na nota 23, n.º 41, sublinhado nosso) — apenas, bem entendido, quando não tiver sido informado do direito de resolução que lhe assiste. Isto não significa, em todo o caso, uma restrição da protecção dos consumidores enquanto as obrigações que decorrem do contrato não forem cumpridas.

6. Faculdade ou obrigação de o juiz nacional actuar oficiosamente?

87. Ainda que o órgão jurisdicional de reenvio não pergunte se tem obrigação, por força do artigo 4.º da Directiva 85/577, de actuar oficiosamente quando o consumidor não tiver sido informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato, mas sim, pelo contrário, se o artigo 4.º da directiva lhe permite fazê-lo, há que esclarecer se o presente processo diz respeito a uma faculdade ou a uma obrigação de actuar oficiosamente. Este aspecto é especialmente importante, uma vez que, no presente processo, a Comissão entende que os órgãos jurisdicionais nacionais têm, no caso presente, a obrigação de actuar oficiosamente [112], enquanto que o Governo austríaco considera que os órgãos jurisdicionais nacionais não têm tal obrigação [113].

88. Note-se, antes de mais, que a questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser entendida no contexto do direito espanhol. De facto, o direito espanhol, no caso presente, não autoriza o órgão jurisdicional de reenvio a actuar oficiosamente, razão pela qual este órgão pergunta se o direito comunitário o autoriza a fazê-lo [114]. Resulta, por isso, da questão prejudicial assim apresentada que o órgão jurisdicional de reenvio pretende encontrar no direito comunitário uma base legal para actuar oficiosamente.

89. Há que sublinhar ainda, a título de comparação, que no processo Océano Grupo [115], o Tribunal de Justiça decidiu, a propósito da Directiva 93/13, que o juiz nacional *pode* apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual. De igual modo, no processo Cofidis, o Tribunal de Justiça referiu-se à *faculdade* [116] de o juiz nacional proceder a tal apreciação.

112 — V. n.º 31 das presentes conclusões.

113 — O Governo austríaco afirma, mais precisamente, que o artigo 4.º da Directiva 85/577 não exige aos Estados-Membros que seus os órgãos jurisdicionais actuem oficiosamente. V., n.º 27 das presentes conclusões.

114 — A questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio e a resposta do Tribunal de Justiça no processo Océano Grupo (já referido na nota 13) podem ser, igualmente, entendidas deste ponto de vista. V., nesse sentido, Van Huffel, M., «La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice», *Revue européenne de droit de la consommation*, n.º 2/2003, p. 94.

115 — Tal resulta da maior parte das versões linguísticas do primeiro número do dispositivo do acórdão Océano Grupo (já referido na nota 13). V., por exemplo, versão francesa («le juge national *puisse* apprécier d'office»), inglesa («the national court *being able* to determine of its own motion»), alemã («das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann*»), italiana («il giudice nazionale […] *possa* valutare d'ufficio»), espanhola («el Juez nacional *pueda* apreciar de oficio»), portuguesa («o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente») e neerlandesa («dat de nationale rechter […] ambtshalve *kan* toetsen»).

116 — V., acórdão Cofidis (já referido na nota 14, n.os 32, 33 e 35). Certas versões linguísticas utilizam, nestes números, duas expressões diferentes, por exemplo, a francesa («faculté» e «pouvoir»), a italiana («facoltà» e «potere») e a portuguesa («faculdade» e «poder»). Outras utilizam a mesma expressão, por exemplo, a inglesa («power»), a alemã («Befugnis»), a espanhola («facultad») e a neerlandesa («bevoegdheid»).

No processo Mostaza Claro, o Tribunal de Justiça foi mais longe e decidiu que o juiz nacional deve apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual [117].

90. Na minha opinião, no presente processo, existe, igualmente, uma obrigação de o juiz nacional actuar oficiosamente na medida em que essa seja a única forma de assegurar a protecção efectiva dos consumidores visada pela Directiva 85/577 [118]. Se esta apreciação dependesse da discricionariedade dos órgãos jurisdicionais nacionais, não se saberia claramente em que critérios se basearia um órgão jurisdicional nacional para actuar oficiosamente nuns casos e não noutros. A obrigação dos órgãos jurisdicionais nacionais de actuar oficiosamente é também importante porque a actuação oficiosa sistemática terá um efeito dissuasor, uma vez que o comerciante será dissuadido de não informar os consumidores quanto ao direito que lhes assiste de rescindir o contrato [119].

117 — Note-se, a este respeito, que, no dispositivo do acórdão Mostaza Claro (já referido na nota 15), apenas algumas versões linguísticas utilizam expressamente o imperativo — como, por exemplo, a versão inglesa («*must* determine whether the arbitration agreement is void») ou a versão eslovena («*mora* […] presojati ničnost arbitražnega dogovora») — outras versões utilizam, no dispositivo, o indicativo, por exemplo, a versão francesa («apprécie la nullité de la convention d'arbitrage») ou a versão alemã («die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft»). A obrigação de apreciar oficiosamente resulta claramente, todavia, do n.º 38 do acórdão; v., certas versões linguísticas deste número do acórdão, por exemplo, a versão francesa («*soit tenu* d'apprécier d'office»), a versão inglesa («*being required* to assess of its own motion»), a versão alemã («von Amts wegen […] prüfen *muss*»), a versão italiana («*sia tenuto* a valutare d'ufficio»), a versão espanhola («*deba* apreciar de oficio»), a versão portuguesa («*deva apreciar oficiosamente*»), a versão eslovena («*dolžnost* […], da po uradni dolžnosti presoja») e a versão neerlandesa («ambtshalve *dient* te beoordelen»).

118 — Este aspecto é sublinhado, a título comparativo, a propósito da Directiva 93/13, por Van Huffel, *op. cit.* (nota 114), p. 97.

119 — *Ibidem* (n.º 77).

91. Os órgãos jurisdicionais nacionais têm, por isso, na minha opinião, a obrigação, e não apenas a faculdade, de averiguar oficiosamente se o consumidor foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato e, quando tal não tenha acontecido, de o informar dos direitos que, neste caso, o direito nacional lhe confere.

C — *Conclusão*

92. Face ao exposto, considero que deve responder-se à questão prejudicial no sentido de que as disposições conjugadas do artigo 153.º CE, do artigo 3.º, n.º 1, alínea t), CE e do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577, devem ser interpretadas no sentido de que não permitem que o juiz nacional, nas circunstâncias do caso presente, declare oficiosamente a nulidade do contrato quando o consumidor não tiver, no decurso do processo neste órgão jurisdicional, invocado a nulidade do contrato; o juiz nacional deve, contudo, averiguar oficiosamente se o consumidor foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato e, quando tal não tenha acontecido**,** informá-lo dos direitos que, neste caso, o direito nacional lhe confere.

VII — Conclusões

93. Face ao exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial submetida pela Audiencia Provincial de Salamanca da seguinte forma:

As disposições conjugadas do artigo 153.º CE, do artigo 3.º, n.º 1, alínea t), CE e do artigo 4.º, terceiro parágrafo, da Directiva 85/577 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais devem ser interpretadas no sentido de que não permitem que o juiz nacional, nas circunstâncias do caso presente, declare oficiosamente a nulidade do contrato quando o consumidor não tiver, no decurso do processo neste órgão jurisdicional, invocado a nulidade do contrato; o juiz nacional deve, contudo, averiguar oficiosamente se o consumidor foi informado do direito que lhe assiste de rescindir o contrato e, quando tal não tenha acontecido, informá-lo dos direitos que, neste caso, o direito nacional lhe confere.