

Direito dos Contratos e Regulação do Mercado

Joaquim de Sousa Ribeiro

Sumário: 1. O tema. 2. Antecedentes: o ordoliberalismo e o intervencionismo dirigístico. 3. A situação actual. 4. A ambivalência paradigmática do princípio da transparência. 5. “Falhas do mercado” e limites operativos da liberdade contratual: o caso das cláusulas contratuais gerais. 6. O art. 4º, n. 2, da directiva sobre as cláusulas abusivas em contratos: seu significado. 7. A perspectiva economicista do direito comunitário dos contratos. 8. Regulação tuteladora no domínio das relações mercantis: o regime do abuso de dependência económica. 9. Um “direito do mercado”? 10. Significado sistémico do quadro descrito.

1. Falar de regulação do mercado é algo que nos remete primariamente para o campo do direito público, o direito administrativo e o direito público da economia, em particular. Que um civilista se aventure por estes domínios pode parecer uma ousadia impertinente. Correrei esse risco, esperando, todavia, que, no termo do nosso percurso, tenha posto em evidência que os trilhos do direito contratual nos conduzem frequentemente a terrenos da regulação da economia. Indo além da constatação, que seria trivial, de que a situação

do mercado é o referente de muitas medidas legislativas na esfera do contrato, influenciando o respectivo conteúdo, o que estará aqui em análise é a conexão entre os dois âmbitos normativos, não só em termos de abertura cognitiva, mas também de convergência valorativa. Essa co—relação de dois territórios jurídicos habitualmente distanciados, no discurso mais comum, porá em destaque, numa visão integrada, um quadro teleológico unitário, que permite afirmar uma intencionada regulação do mercado através do direito privado e, em particular, do direito dos contratos.

2. A regulação do mercado ganhou corpo como tarefa normativa com a superação do liberalismo clássico, de puro *“laissez-faire”*. Só quando a economia de mercado deixou de ser vista como um sistema auto-regulador, gerador de uma ordem espontânea e natural, capaz de se manter e reproduzir autonomamente, se abriram as portas à produção, por decisão político-jurídica, de uma específica ordem económica.

Coube ao ordoliberalismo alemão a definição acabada de um novo modelo, através de um pensamento teórico de relação sistemática dos subsistemas político, jurídico e económico. Nesta óptica, as figuras privatísticas ganharam uma explícita dimensão institucional, pelo que a liberdade contratual passou a ser vista, não apenas como manifestação da autodeterminação dos contraentes, mas também como princípio de ordenação da economia de mercado, de coordenação, de forma descentralizada, dos planos e decisões dos agentes que nele livremente actuam.

Todavia, as medidas reguladoras propugnadas por esta corrente de pensamento eram apenas as que decorriam da exigência de dar efectividade e garantia aos princípios constitutivos do sistema. Consagrada, como “constituição económica”, uma ordem de livre iniciativa no mercado, havia que assegurar a preservação dos seus pressupostos funcionais, através, sobretudo, de mecanismos de defesa da concorrência. Estava em causa a conformação, nos planos constitucio-

nal e legislativo, das componentes económicas daquilo que RAWLS apelidou de “estrutura básica da sociedade”.

Daí que essas intervenções contendessem sobretudo com a envolvimento normativa dos actos de contratação. Através delas, fixaram-se limites e condições estruturais e funcionais de enquadramento dos processos de troca no mercado, mas, no seu interior, o direito dos contratos pouco foi afectado. No discurso do civilista, a invocação esparsa dos mecanismos económicos da concorrência decorria apenas da intenção de justificar, pela negativa, limitações à liberdade contratual, ou de reforçar, pela positiva, a fundamentação desse princípio, atenta a pretendida virtualidade daqueles mecanismos, quando actuantes, em controlar situações de poder contratual.

Em tudo o mais, em zonas não periféricas da teoria e regime do negócio jurídico e do contrato, as construções clássicas não sofreram alteração sensível. Continuou a imperar a ideia unitária e abstracta de sujeito, visto como declarante ou declaratário, como credor ou devedor, sem atendimento das variáveis diferenciadoras. As soluções dos conflitos de interesses continuaram a ser exclusivamente pensadas no plano microjurídico da relação intersubjectiva, encerrada sobre si própria e isolada de qualquer contexto de estruturas colectivas de significação. A conceptologia e as valorações mantiveram-se praticamente fechadas a considerações economicistas. Mesmo a invocação, a benefício do interesse do declaratário, de um difuso e raramente qualificado “interesse geral do tráfego”, onde se poderia localizar o chamamento de pontos de vista exógenos, atende primacialmente a valores internos ao sistema jurídico, tais como a certeza, a segurança, a credibilidade do instituto negocial e a tutela da confiança no seu funcionamento eficaz.

As conjunturas de forte intervencionismo estatal na direcção da economia importaram a superação parcial desse modelo, com a difusão de *medidas substitutivas* dos mecanismos do mercado. Nessas áreas, operou-se uma transferência de campos normativos, com o avantajar do direito públi-

co da economia à custa da correspondente compressão do direito privado. Floresceram as restrições à liberdade contratual, levando alguns a falar, mesmo, de uma *publicização* do contrato. Do corpo central do direito dos contratos destacaram-se direitos especiais, por IRTI teorizados como *microsistemas*, assentes em valores e princípios próprios.

Mesmo quando se lançou mão, para modelação da economia, de velhos *standards* normativos do direito civil, injectou-se-lhes novas e insuspeitadas significações, distantes do seu étimo original. Assim é que, nos ordenamentos, como o alemão, que não autonomizaram a cláusula geral de ordem pública, os *bons costumes* (*gute Sitten*) foram instrumentalizados para ajuizar da admissibilidade de práticas comerciais, bem longe, portanto, do reduto dos vetustos *boni mores*. Nos ordenamentos que, na tradição napoleónica, consagraram a ordem pública, ao lado da ordem pública clássica, que estiolava à míngua de aplicações relevantes, constituiu-se uma vistosa e bem recheada *ordem pública económica*. A aplicação nos dois âmbitos normativos diferenciados deu a esses conceitos uma dupla face, cada uma com relativa autonomia de critérios reguladores.

3. A desterritorialização da economia, resultante das novas tecnologias e da abertura de espaços transfronteiriços, com a correlativa perda de capacidade dirigística dos poderes estatais, bem como a dominância, à escala global, do paradigma do mercado, criaram as condições para uma convergência, em novos moldes, do direito contratual e do direito económico. Entre ambos os complexos processam-se permutas de valorações que possibilitam a complementação recíproca de soluções. A perspectiva do mercado é integrada no campo problemático do direito contratual, com sobreposição tendencial de objectivos de regulação. Muitas das medidas disciplinadoras do contrato são pensadas, de um ponto de vista consequencialista, como actantes nos dois tabuleiros, procurando satisfazer concertadamente exigências de ambos. De tal forma que se atenuam as linhas de fronteira, sendo difícil

dizer onde acaba um e começa o outro, onde acaba o tratamento do acto de troca e começa a definição do quadro jurídico do mercado onde ele tem lugar.

4. A fortuna de que actualmente goza o *princípio da transparência* documenta bem a mistura de coordenadas e de fundamentos e a ambivalência de soluções que acabo de assinalar.

Referido à esfera do contrato, a ideia rectora deste princípio é a de que a possibilidade de formação consciente e informada da vontade negocial é uma condição básica do exercício efectivo da liberdade contratual. Esta contém, como dimensão primeira, a liberdade de contratar ou de não contratar, de responder positivamente a uma dada oferta ou de preferir antes uma outra, ou ainda de renunciar, pura e simplesmente, a qualquer celebração. Em muitas zonas do tráfego, aí incluindo os negócios mais significativos para a vida corrente da generalidade das pessoas, esse é mesmo o último reduto da autonomia privada, pois, perante uma oferta fixa, que não abre margem para conformações individualizadas resultantes de negociação, ao interessado mais não resta do que escolher o produto que, de acordo com a sua escala de preferências, melhor satisfaça os seus interesses.

Entendida materialmente, como possibilidade de livre decisão negocial, dentro do quadro das opções disponíveis, a liberdade de contratar assenta em pressupostos cognitivos que, justamente, o imperativo de transparência, reportado ao momento da formação, visa assegurar. O conhecimento da natureza e qualidade do bem ou serviço objecto do contrato, do montante exacto das contrapartidas exigidas e do alcance preciso das condições de execução deve ser acessível a quem pretende estabelecer uma relação contratual. Não há contrato digno desse nome se qualquer do contraentes não tiver, pelo menos, a possibilidade real de tomar conhecimento completo e efectivo das suas consequências vinculativas.

Com esse fim, o princípio da transparência impõe múltiplos deveres de conduta, e, desde logo, a proibição de prá-

ticas desleais inducentes de representações erradas (por exemplo, a proibição de publicidade enganosa). Nas relações marcadas por uma estrutural assimetria informativa entre as partes, como é tipicamente o caso das relações de consumo, as exigências de transparência são sobretudo estritas, impondo ao profissional deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos capazes de afiançarem a integralidade, a exactidão e a eficácia da comunicação.

Nesta óptica, e dimensionado à relação entre os contraentes, o princípio da transparência adequa-se ainda ao discurso argumentativo e fundamentador próprio do pensamento civilista, movendo-se dentro da tradicional esfera de valores ético-jurídicos do direito civil. A sua função é instrumental à realização da autonomia privada, dotando-a de condições de exercício que, pretendidamente, assegurem a auto-determinação e, como reflexo desta, a justiça procedimental.

Mas a mesma exigência de transparência tem uma outra projecção, directamente conexcionada com o mercado. Na verdade, para que o mecanismo da concorrência funcione eficazmente, não basta que haja alternativas disponíveis; é necessário que o consumidor ou utente possa tomar consciência delas, para as incluir no feixe de representações que determinam o seu cálculo de utilidade. Para isso, ele tem que possuir informação factual (sobre o preço e as características dos produtos) e jurídica (sobre os termos dos contratos), em relação a outras ofertas. Só assim ganha termos de comparação que o habilitem a tomar a decisão mais favorável, de forma a evitar, nas palavras de KONDGEN, “a perda de oportunidades de mercado”.

Daí que liberdade de contratar e concorrência se alimentem uma da outra e ambas da transparência, transparência simultaneamente do contrato e das condições do mercado. Tendo consciente um quadro de alternativas, o contraente pode fazer comparações para eleger, em exercício consciente e ponderado da liberdade de contratar, a que melhor satisfaça as suas conveniências e necessidades. Com isso activa e

instiga processos concorrenciais de reajustamento da oferta, que, à escala colectiva, contribuem para o reequilíbrio da conformação de interesses. Mesmo quando lhe é negada participação individual na estipulação do conteúdo, acaba assim por exercer influência na modelação das relações de troca, no plano global do mercado. Daí que, em numerosas posições doutrinárias, a concorrência possa ser apresentada como um “correctivo mediato” das disparidades de poder contratual.

5. Se, nesta teorização, a última palavra cabe à concorrência no mercado, por ela se devem também traçar os limites operativos da liberdade contratual nas relações de troca. Perante uma “falha do mercado”, as medidas complementares de sustentação perdem o seu objecto, justificando-se então medidas de outro tipo, restritivas da liberdade de auto-regulação.

O regime das condições negociais gerais e o seu fundamento dão-nos um bom exemplo desta convergência, agora pela negativa, dos princípios da concorrência e da liberdade contratual.

Na justificação do regime específico das cláusulas contratuais gerais, e, em particular, dos limites à válida estipulação do seu conteúdo, a perspectiva tradicional dispensava inteiramente quaisquer considerações atinentes à concorrência. A unilateralidade da preformulação rígida dos termos contratuais, com a conseqüente impossibilidade de o aderente afirmar e defender, pela via negocial, os seus interesses, era vista como o elemento suficientemente diferenciador para sustentar medidas compensatórias, em desvio ao regime comum dos contratos.

Numa perspectiva alargada ao mercado, superadora da concepção do contrato apenas como um sistema pessoal de interacção entre as partes, a inegociabilidade do conteúdo, sendo um elemento necessário, não constitui um elemento suficiente daquele regime. Esse dado não é específico das cláusulas contratuais gerais, correspondendo a uma característica geral das relações entre a oferta e a procura, numa

economia de consumo de massas: a procura limita-se a reagir a condições pré-estabelecidas, que não concorrem para directamente determinar. Apesar disso, os interesses dos adquirentes de bens e dos utentes de serviços podem estar globalmente acautelados se a oferta tiver que contar com a reacção da procura, com a perda de capacidade atractiva de clientela, em resultado de condições inferiores a outras disponíveis no mercado.

Ora, é isso que o predisponente das cláusulas contratuais gerais não tem a recear. Por razões que a análise económica dos custos de informação explica convincentemente, o aderente não encontra motivação bastante — nem, em regra, isso seria racional — para se deter no estudo do conteúdo das condições gerais da transacção e, muito menos, para se dedicar a um exame comparativo das condições oferecidas pela contraparte com as de empresas concorrentes. O teor dessas condições, pelo menos das que incidem sobre questões laterais da execução do contrato, ligadas a vicissitudes de ocorrência tida por altamente improvável, não influencia a decisão negocial da grande massa de contraentes.

Não sendo premiadas pelo mercado as condições de conteúdo mais favorável, e importando essas cláusulas um acréscimo de custos, as empresas que as pratiquem colocam-se em desvantagem concorrencial. Serão por isso pressionadas a praticar condições de mais baixo custo. Dá-se, assim, como efeito perverso de uma concorrência concentrada apenas na qualidade do produto e no seu preço, um nivelamento por baixo do conjunto das condições gerais — eis, a traços largos, o desenho, aplicado a estas, do denominado *efeito de Akerlof*, do nome do economista norte-americano, recentemente Prémio Nobel, que estudou as falhas do mercado por força de défices informativos do consumidor.

Não funcionando o mecanismo individual de autotutela de interesses, dada a impossibilidade de comparticipação do aderente na modelação do conteúdo, nem o mecanismo colectivo da concorrência, dada a falta de garantias estruturais de selectividade das melhores condições, essa categoria

de contraentes encontra-se numa situação contratual que o sujeita, como a prática eloquentemente tem demonstrado, a conformações abusivas e desequilibradas.

Mais uma vez está patente a conjugação dos dois planos — o do contrato e do mercado. — agora para explicar a necessidade de um controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais. Solução que não deixa de ser singular, atenta a predominância do “modelo da informação”, e que, significativamente, é aprovada por amplos sectores da análise económica do direito. Sendo esta uma corrente de pensamento sempre tão avessa a admitir impedimentos ao livre jogo das forças do mercado, neste ponto admite restrições, em pleno acordo, aliás, com as premissas de que parte, pois os limites de conteúdo, por imperativa fixação legal, são o meio mais económico, numa ponderação custo-benefício, de obstar a perdas sociais por transposições de riscos ineficientes.

6. Este pensamento tutelador influenciou claramente a directiva europeia sobre cláusulas abusivas em contratos (directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril). Aí se estabeleceu um controlo directo do conteúdo, ao abrigo da cláusula geral do art. 3º, nº 1, e da lista constante do anexo: são abusivas e não vinculativas as cláusulas que dêem origem a “um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Todavia, a este controlo estão subtraídas, nos termos do art. 4º, 2, as cláusulas que definem as prestações principais, bem com a equivalência entre elas, desde que, acrescenta-se, “essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível”. Quer dizer, estabelece-se uma relação de subsidiariedade entre o dever de transparência e a avaliação do carácter abusivo: só se o primeiro não estiver satisfeito se leva a cabo o segundo.

A compreensão cabal deste regime pressupõe a consciência da diferença qualitativa, do ponto de vista da perceptibilidade e atendibilidade pelo aderente, entre as cláusulas que fixam o objecto das prestações principais e as que

regulam aspectos laterais da execução do contrato. Estas, como vimos, são tipicamente desconsideradas pelo aderente. As primeiras, pelo contrário, exprimindo o núcleo fundamental da transacção, que define as utilidades esperadas, são, por natureza, “*visible terms*”, entram no seu horizonte de representação e de ponderação, sendo levadas em linha de conta na hora de contratar. Ninguém, quanto a elas, se vincula, ou deve vincular, às cegas.

Daí que, quando cumpridos, neste âmbito, os deveres de transparência, o aderente fica em condições de comparar dados e de seleccionar a oferta mais conveniente. É isso que, em primeira linha, cumpre salvaguardar, proibindo indicações inexactas, dissimuladas, enganadoras, ou obscuras quanto ao preço e às características da contraprestação. Satisfeitos esses parâmetros, o aderente pode aproveitar, em seu benefício, as oportunidades abertas pela concorrência, que reflexamente, com a sua escolha consciente, activa e dinamiza. Nesse pressuposto, o controlo do conteúdo, para além de estar aqui grandemente dificultado, pela falta de um claro padrão normativo de referência, também não é necessário, pois, de acordo com este modelo, funcionam adequadamente os mecanismos da concorrência.

7. Acabei de referir, a título ilustrativo, uma directiva comunitária. Mas o direito comunitário merece aqui um exame mais aprofundado, pois contribuiu fortemente, em minha opinião, para o estreitamento das conexões entre o direito contratual e os parâmetros do mercado.

Isso tem bases “constitucionais”, digamos assim, estando inscrito no código genético do processo de unificação europeia. No Tratado de Roma, as liberdades fundamentais foram concebidas apenas como liberdades de actuação no mercado: liberdade de circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais.

Esse dado teve, como não podia deixar de ser, reflexos no âmbito dos poderes legislativos dos órgãos comunitários e no cariz do direito secundário deles emanado. As medidas

legislativas, não só na selecção das matérias reguladas, mas também dos pontos de vista predominantes na sua regulação, serviam o propósito de criação e funcionamento do mercado comum e de realização daquelas liberdades básicas.

Inicialmente, o direito dos contratos, se descontarmos algumas medidas no domínio do direito do trabalho, pouco foi afectado por essas iniciativas. Mas, a partir de meados da década de oitenta, e sobretudo depois do Acto Único Europeu, de 1987, reforçou-se a consciência de que a integração do mercado não requeria apenas a remoção dos obstáculos levantados pela disparidade e pelo protecção das regras internas de direito público da economia. Tendo em conta a função constitutiva do mercado, que o direito privado, e sobretudo o direito contratual, também desempenha, impôs-se a ideia de que, em certas áreas, as disparidades entre as legislações nacionais podiam acarretar distorções da concorrência entre agentes estabelecidos em Estados diferentes, bem como inibições, sobretudo das pequenas empresas, em actuarem fora de fronteiras, dificultando assim a consolidação de um verdadeiro espaço económico europeu.

Daí a necessidade de uma harmonização mínima de certos pontos do regime das transacções. Isso foi levado a cabo, de modo fragmentário e não sistemático, por sucessivas directivas, promulgadas a partir daquela data. A grande maioria dessas directivas tem como objecto relações de consumo. E não é difícil constatar que a abordagem economicista que o direito primário europeu favorecia marcou vincadamente o cariz do direito comunitário do consumo, provocando uma verdadeira inflexão do seu sentido originário.

De facto, na sua génese, o direito do consumo surge como um direito de protecção da pessoa do consumidor. A sua reivindicada autonomia assentava em padrões de regulação que procuravam corrigir determinantes da lógica interna do mercado. Daí uma relação de contraste, ou, pelo menos, de tensão com os princípios do direito privado comum. Se o direito dos contratos é atravessado, como quer KESSLER, por uma dualidade valorativa de liberdade e coerção (*Freiheit*

und Zwang), é para este último pólo que claramente tendiam as medidas que procuravam contrariar as manifestações abusivas do poder empresarial.

No programa preliminar para uma política de protecção e informação dos consumidores, constante de uma Resolução do Conselho, de 1975, as considerações justificativas, fazendo já farta referência ao papel económico do consumidor, como factor do equilíbrio do mercado, não deixavam de acolher também, numa visão mais alargada, pontos de vista de outra natureza. A enfática proclamação de direitos dos consumidores aparece aí ligada à preocupação com a melhoria qualitativa das condições de vida das pessoas, ameaçada pelo desequilíbrio de poderes entre produtores e consumidores.

Mas, quando, uma década volvida, se passou do plano da retórica discursiva para o da produção legislativa, esse compromisso equilibrado rompeu-se, ganhando terreno uma perspectiva funcionalística. As medidas em matéria de relações de consumo são tomadas na óptica da preservação e dinamização dos mecanismos de concorrência, tendo em vista a criação e o funcionamento do mercado único europeu. Valores de justiça e de protecção social deixam praticamente de ser invocados, diluindo-se o direito do consumo na esfera mais geral da *economic policy* levada a cabo pelas instâncias comunitárias

Alguns dos considerandos das directivas são eloquentes a este respeito. Atente-se, por exemplo, nos quatro primeiros considerandos da Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, relativa ao crédito ao consumo: “Considerando que existem grandes diferenças nas legislações dos Estados-membros no domínio do crédito ao consumo; considerando que essas diferenças de legislação podem conduzir a distorções da concorrência entre mutuantes no interior do mercado comum; considerando que essas diferenças limitam as possibilidades de o consumidor obter crédito noutro Estado-membro; que tais diferenças afectam o volume e a natureza do crédito solicitado, bem como a compra de bens e serviços; considerando que, por conseguinte, essas diferenças influem

na livre circulação de bens e serviços susceptíveis de aquisição pelo consumidor mediante o recurso ao crédito e, assim, afectam directamente o funcionamento do mercado comum (...)". Menos do que garantir substancialmente condições equitativas de recurso ao crédito a todos os cidadãos da Comunidade, em tutela dos seus interesses económicos, a preocupação primeira e imediata parece ser a de remover diferenças de legislação susceptíveis de falsear a concorrência entre os operadores bancários. E em praticamente todas as directivas, de forma mais ou menos explícita e desenvolvida, se contêm referências de teor análogo.

O conteúdo das medidas normativas acompanha esta "orientação para o mercado". De acordo com o "modelo da informação", o objectivo primário é o de melhorar a qualidade do consentimento do consumidor, reunindo condições para que ele faça "escolhas esclarecidas", como se diz na directiva em matéria de indicações dos preços dos produtos, de 1998. É com essa conduta racional que ele cumprirá o papel que lhe está reservado dentro da ordem do mercado, contribuindo para o seu bom funcionamento. Coerentemente, dentro desta perspectiva, a regulação, pelo menos até à directiva de 1999 sobre a venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas, incide quase exclusivamente sobre o processo de formação do contrato.

Em face deste panorama, a directiva de 5 de Abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas, constitui uma excepção relevante. A dimensão protectora, destacada no considerando 9, é claramente assumida, reflectindo-se em proibições de conteúdo inequitativo, em detrimento do consumidor. O que está directamente em causa é a *fairness* dos termos contratuais e não apenas a cognoscibilidade do seu alcance.

Esta singularidade é explicável pelo facto de, nesta matéria, existir um consenso alargado sobre a natureza irremediável da "falha do mercado", dado o não funcionamento insanável da concorrência quanto às condições contratuais. Acresce que a maioria dos ordenamentos nacionais tinha já em vigor uma disciplina especial, contendo normas de con-

trola do conteúdo das cláusulas. Foi essa a base do processo de harmonização, buscando-se sobretudo um compromisso entre as divergentes soluções francesa e alemã. Um recuo para posições menos tuteladoras não era concebível, tanto mais que o Acto Único Europeu acrescentara ao Tratado, em 1987, o art. 100º-A (actual artº 95º), em que se previa um “nível de protecção elevado” dos consumidores.

O Tratado de Maastricht acrescentou um novo título ao Tratado (título XI), constante de um único artigo (art. 129º-A), especificamente dedicado à defesa dos consumidores. Pela primeira vez, se estabeleceram bases legais incontroversas para uma acção autónoma nesta matéria, libertando-a do enquadramento necessário no objectivo de realização do mercado comum. De facto, e na actual formulação e numeração, prevêem-se, ao lado de medidas de promoção dos interesses dos consumidores, adoptadas “no âmbito de realização do mercado interno” (art. 153º, 3, al. a)), “medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-membros” (al. b) do mesmo artigo).

Julgar-se-ia estarem abertas as portas, não só para o desfazer de quaisquer dúvidas quanto à legitimidade de uma política comunitária de defesa dos consumidores — dúvidas que, não obstante a inspiração e o teor das medidas tomadas, alguns tinham suscitado — como, a mais disso, para uma nova orientação, menos sobredeterminada por imperativos do mercado.

Não foi isso, todavia, que aconteceu. Talvez porque os termos daquela al. b) sugeriram que não é à Comunidade que cabe a iniciativa, em medidas a tomar à margem da realização do mercado interno, todas as directivas posteriores, salvo a respeitante à indicação dos preços dos produtos, de 1998, continuaram a invocar o art. 100º-A e a colocar-se dentro daquele objectivo primário.

Com o aprofundamento do processo de integração, pode até dizer-se que a perspectiva funcionalística do direito contratual do consumo ganhou novos contornos. A consolidação do mercado interno implica o estímulo a relações de consu-

mo transfronteiriças. Não só os profissionais do comércio, mas também os particulares, devem poder dirigir-se ao fornecedor que lhes ofereça melhor condições, mesmo se situado fora do seu país. Para o consumidor dar esse passo, para actuar eficazmente, também ele, como “promotor do mercado interno”, é essencial que se sinta confiante de que não corre riscos decorrentes da insuficiente protecção da legislação doméstica. A noção de *confident consumer* é, neste contexto, e com esta teleologia, amiúde invocada, deixando transparecer o carácter instrumental das medidas tuteladoras.

Com afloramentos nítidos em directivas anteriores, sobretudo nos considerandos 8 e 9 da directiva de 1990 sobre viagens organizadas, esta ideia reguladora ganha a sua expressão mais acabada com as directivas sobre os contratos à distância, de 1997, e sobre a venda de bens de consumo, de 1999. Nos considerandos 4 e 5 desta última pode ler-se: “O consumidor que procura beneficiar das vantagens do grande mercado, comprando bens num Estado-membro diverso do da sua residência, desempenha um papel fundamental na realização do mercado interno (...)”; “A criação de um corpo mínimo comum de direito do consumo, válido independentemente do local de aquisição dos bens na Comunidade, reforçará a confiança dos consumidores e permitir-lhes-á beneficiar mais das vantagens do mercado interno”.

8. Mas não é apenas no direito comunitário do consumo que se evidencia a penetração no direito dos contratos de pontos de vista valorativos advindos do princípio da concorrência. Também na esfera das relações empresariais, a tutela de certos interesses particulares é inseparável da tutela do mercado, constituindo uma ordem simultaneamente de protecção e de direcção.

O regime do *abuso de dependência económica* elucida bem o alcance dessa osmose de pontos de vista valorativos. Estando em causa uma posição dominante relativa, uma supremacia “vertical” de uma empresa em face de uma outra, fornecedora ou cliente, por factores não necessariamente pre-

tos à dominância absoluta de uma quota do mercado, tudo parecia indicar que a questão dizia respeito apenas ao campo normativo dos contratos. Numa perspectiva microjurídica, o tratamento de uma situação de desequilíbrio contratual, gerada pelo aproveitamento abusivo de uma relação intersubjectiva de dependência, inseria-se com naturalidade na área das invalidades negociais, como manifestação particular da proibição de negócios usurários — e como tal a vemos considerada, diga-se de passagem, no art. 3.10 dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais.

Todavia, as ordens jurídicas europeias que consagraram disposições específicas sobre o abuso de dependência económica encararam-no como uma prática restritiva da concorrência, integrando essas disposições nas suas leis *antitrust*. Essa inserção sistemática foi iniciada com a segunda *Novelle* de alteração, em 1973, da lei alemã contra as limitações à concorrência, encontrando seguimento, designadamente, na *ordonnance* francesa de 1986 e também no nosso diploma de defesa da concorrência, o DL nº 371/93, de 29 de Outubro. Aí, o conceito de dependência económica não dispensa a consideração dos dados do mercado, traduzindo-se na falta de “alternativa equivalente”, no dizer do art. 4º deste decreto-lei. Por outro lado, as condições contratuais são valoradas na perspectiva dos efeitos negativos nos processos de concorrência, para o que goza de competência a entidade administrativa de controlo, no caso português o Conselho da Concorrência.

As inflexões que a lei italiana experimentou, quanto à colocação do regime da figura fora ou dentro da disciplina da concorrência, são sintomáticas das dificuldades de des-trinça de âmbitos normativos, nesta matéria. Inicialmente, foi proposto que esse regime constasse de um novo artigo, a acrescentar à lei *antitrust*, de 1990. Contra isso se pronunciou a própria Autoridade garante da concorrência e do mercado, argumentando, além do mais, que se tratava de uma regra específica das relações contratuais, sem conexão com o operar dos mecanismos concorrenciais. Esta tese logrou

vencimento, tendo a proibição do abuso de dependência económica sido incluída na lei de 18 de Junho de 1998, n.192, sobre “a disciplina do subfornecimento nas actividades produtivas” (sem prejuízo de se lhe reconhecer um campo operativo genérico, não restrito a este subcontrato). Mas depressa se restabeleceu a conexão com a disciplina da concorrência, pois uma lei de 2001 outorgou àquela Autoridade poderes de intervenção, sempre que o abuso tenha impacto na concorrência e no funcionamento do mercado.

A lição a tirar destes dados de direito comparado parece ser, mais uma vez, a do duplo sentido das vias de comunicação estabelecidas entre o sistema do contrato e o sistema do mercado. Acto de transacção e estrutura colectiva do mercado não são isoláveis um do outro. Daí que, se as medidas directamente organizatórias, de tutela institucional, têm efeitos reflexos na posição dos sujeitos actuates (nesta óptica se dirá, por exemplo, que os consumidores são beneficiários da concorrência), de igual modo as medidas de protecção de certos grupos de agentes económicos não valem apenas por si, mas também como garantes da funcionalidade do mercado. Legitimidade jurídica e legitimidade económica dão-se as mãos para justificar a dimensão protectiva das medidas de regulação.

9. Mas, se assim é, não há razões de princípio para que o combate aos efeitos distorcivos das situações de disparidade de poder negocial se cinja às relações de consumo.

O âmbito subjectivo dos regimes de tutela é um ponto que toca questões conceptionais de fundo. A presença do consumidor como requisito exigível e a própria latitude do conceito de consumidor têm sido, por isso, quase permanentemente, tema de debate e objecto de soluções legais e de posições doutrinárias diversificadas. Uma linha de orientação mais “objectivista”, presente sobretudo em certos sectores da doutrina alemã, sempre defendeu que a vigência da disciplina especial devia depender mais da configuração típica de cer-

tas situações contratuais do que do estatuto pessoal dos seus protagonistas.

Ora, é manifesto que a colocação dessas medidas no quadro referencial do mercado favorece esta orientação. Se a necessidade de protecção é estabelecida também em função da reposição do equilíbrio do mercado, afectado pela impossibilidade de autotutela de interesses relevantes, a operatividade das medidas que a concretizam não deve estar condicionada pela pertinência subjectiva desses interesses. Deste ponto de vista, a contraposição consumidor-empresário não traça uma linha de fronteira intransponível, apenas diferencia configurações típicas de mercados, com graus distintos de frequência e de gravosidade das situações de disparidade de poder. Se a preocupação última é com a regularidade e bom funcionamento dos processos de troca, não se justifica que a qualidade dos agentes económicos que os levam a cabo seja um factor essencial de intervenção. Como já alguém disse, a escolha normativa deve olhar “mais para a qualidade da contratação do que para a qualidade do contraente”.

O próprio direito privado comunitário fornece exemplos desta extensão reguladora. Assim, se uma dimensão protectora não estava ausente da directiva sobre os agentes comerciais, de 1986, ela transparece com toda a nitidez da recente directiva contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais, de 29 de Junho de 2000. Tendo como objectivo “proibir o abuso da liberdade contratual em desvantagem do credor” (assim o diz o considerando 19), esse diploma estabelece, no art. 3º, n. 3, que “os Estados-membros disporão que qualquer acordo sobre a data de pagamento ou sobre as consequências do atraso de pagamento (...) não será aplicável ou conferirá direito a indemnização se, ponderadas todas as circunstâncias do caso, incluindo as boas práticas comerciais e a natureza dos produtos, for manifestamente leonino para o credor”. É directamente visado o desequilíbrio de condições contratuais, em termos, aliás, mais abrangentes do que os que vigoram para os contratos de con-

sumo, pois a disposição aplica-se mesmo a cláusulas negociadas.

No fundo, parece possível descortinar um denominador comum deste tipo de medidas, simultaneamente de protecção de certos sujeitos e de regulação do mercado, quer elas se situem na área das relações de consumo, quer na área das relações comerciais. O que está sempre em causa, tanto num caso como no outro, é a disciplina da acção contratual das empresas, em contenção do seu poder decisório quanto às formas e conteúdo das transacções. Em certas situações, e mesmo que não sejam violados os limites do lícito concorrencial, esse poder goza de uma supremacia tal que lhe permite tornar ineficazes os mecanismos espontâneos de auto-regulação. Deste modo, fica em risco a satisfação mínima dos interesses dos parceiros contratuais, sejam eles consumidores ou não, e, com isso, o equilíbrio geral do sistema de trocas que dela depende.

Inverte-se, nesta perspectiva, o ponto de focagem. Não é do lado do sujeito protegido que se encontra a chave de compreensão unitária do conjunto das medidas fragmentárias de compensação. É antes no outro lado da relação que se situa o factor agregador, pois todas essas medidas regulam práticas comerciais, têm por objecto condutas pelas quais agentes profissionais publicitam, organizam e conformam as suas contratações. Em complementação do direito da concorrência, elas integram o que muitos já chamam o *direito do mercado*. De fora ficam apenas as relações puramente civilísticas, sem as notas do anonimato e da repetitividade que são timbre das relações de mercado (a venda directa, de particular a particular, de um bem em segunda mão, por exemplo).

Assiste-se, concomitantemente, a um repensar da inserção sistemática mais adequada das disposições especiais de tutela, com reflexos em opções legislativas que se encontram na ordem do dia. Assim é que a recentemente aprovada reforma do direito das obrigações alemão reintegrou no *BGB* o conteúdo de numerosos diplomas avulsos, entre os quais a *AGB-Gesetz*, a lei sobre as condições gerais dos contratos.

Já o Código Civil Holandês, de 1992, adoptara idêntico critério unificador. Os projectos “privados” de Código europeu dos contratos — Projecto Lando e Projecto da Academia de Jusprivatistas Europeus (Projecto de Pavia) — contêm disposições sobre as condições gerais aplicáveis, tanto na esfera das relações de consumo, como na das relações mercantis. O art. 4.110 do primeiro é, a este respeito, particularmente significativo, pois, proibindo as “cláusulas inequitas não individualmente negociadas” explicita, em comentário, o intuito generalizador do regime previsto para as relações de consumo, na directiva sobre as cláusulas abusivas. Por sua vez, e apesar de regular apenas relações mercantis, os Princípios Unidroit dedicam ao tema nada menos do que quatro artigos.

Esta reabsorção, por corpos normativos centrais, de disciplinas tidas por especiais justamente por contrariarem princípios comuns não tem apenas um significado formal. Ela não deixa de traduzir, a nível do sistema interno, a compatibilização das opções valorativas, deixando entender que o regime particular, em certas áreas, das relações de consumo, é mais um *specificum* do que um *aliud*, em face do regime comum. Saem também reforçadas, deste modo, as posições de quantos sustentam que algumas das soluções que foram consagradas, de início, no quadro da protecção do consumidor se revelam igualmente ajustadas no âmbito geral dos contratos. É o caso, muito em especial, das garantias de transparência. O direito do consumo terá desempenhado, nessa medida, um papel de pioneiro, em face de conjunturas e contextos particularmente mobilizadores, no seu âmbito, de uma intervenção reguladora.

10. Uma palavra final, para uma sintética avaliação do significado sistémico do quadro que acabo de descrever.

O discurso contratual renovou-se, assumindo uma argumentação aberta e contextualizada, perfeitamente consciente da sua co-relação com exigências e variáveis externas.

Mas a superação do modelo formal não traz consigo, necessariamente, o reconhecimento da legitimidade de controlos normativos. Na verdade, parece claro que o direito dos contratos está hoje sob forte pressão invasiva de uma certa racionalidade económica. Uma reflexão excessiva de determinantes económicas é detectável nalguns desenvolvimentos, parecendo reservar ao direito dos contratos, no limite, um papel puramente instrumental em relação às chamadas “leis do mercado”. Dentro do trilema traçado por TEUBNER, o risco é hoje de uma “hipereconomização” do jurídico, não o inverso. Ora, para que entre o jurídico e o económico se estabeleça a “interacção circular” necessária à estabilidade e equilíbrio geral do sistema, a intervenção constitutiva e reguladora do direito nas estruturas e processos das transacções deve fazer-se na sua linguagem própria, sem abandono das suas próprias valorações. Só assim desempenhará, com eficácia, a sua função de instância mediadora entre exigências sociais contraditórias.