

Será que o direito português confere melhor proteção aos consumidores vulneráveis que o direito da União Europeia no contexto de cláusulas abusivas em contratos de consumo?
Uma análise jurídica e económica

Fabrizio Esposito

PhD, LLM (EUI). Professor Auxiliar, NOVA School of Law, Lisboa
<https://orcid.org/0000-0001-9252-3359>

Leonor Gambôa Machado

Investigadora no NOVA Consumer Lab e membro da equipa de TMT na Cuatrecasas
<https://orcid.org/0000-0002-2581-3441>

Mateusz Grochowski

PhD, LLM (Yale). Senior Research Fellow no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo
<https://orcid.org/0000-0001-5013-4830>

SUMÁRIO

- I. Introdução
- II. Transparência das cláusulas contratuais: o estado da arte a nível da UE
- III. A abordagem portuguesa às cláusulas contratuais abusivas
- IV. A teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor e a eficácia do direito do consumo
- V. Conclusão
- VI. Bibliografia

I. Introdução

O direito do consumo da União Europeia (UE) procura encontrar um equilíbrio entre a abertura dos mercados nacionais para aumentar a competitividade e a proteção dos consumidores contra as práticas comerciais desleais. Uma técnica fundamental para atingir o nível desejado de operatividade e eficácia é o desenvolvimento de generalizações e modelos que permitem evitar a análise casuística de cada contrato em particular.

O conceito de consumidor médio é um exemplo de tal técnica, sendo uma referência fornecida pela legislação da UE aos tribunais, legisladores e autoridades administrativas como referência para a aplicação de várias normas do direito da União Europeia em matéria de consumo. As premissas específicas deste conceito – que compreende um consumidor médio como um indivíduo modelo que é normalmente informado e razoavelmente atento e advertido – foram formadas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Este conceito foi originalmente introduzido no contexto do direito de livre circulação, onde a proteção do consumidor foi invocada para justificar os limites do exercício das liberdades consagradas nos Tratados da União Europeia. Neste contexto, o consumidor médio foi utilizado para encontrar um compromisso proporcional entre o *ethos* desregulatório das liberdades fundamentais e a necessidade de proteger os consumidores¹. Na mesma linha, o direito do consumo da União Europeia exige tipicamente que se avalie se um consumidor médio necessita de um certo nível proativo de proteção, ou se algo menos limitativo da liberdade económica (como requisitos de informação) será suficiente.

Nas últimas décadas, o conceito de consumidor médio conquistou a imaginação dos juizes e decisores políticos, tornando-se um pilar do direito privado da UE. O conceito de consumidor médio foi elevado a uma posição fulcral na Diretiva Relativa às Práticas Comerciais Desleais², que repetiu e sintetizou a fórmula desenvolvida anteriormente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Ao mesmo tempo, porém, a diretiva também incluiu uma imagem mais protetora do consumidor – o consumidor vulnerável. Assume-se que em certas circunstâncias os consumidores são particularmente suscetíveis a certas ameaças que exigem uma proteção mais intensa. A diretiva oferece apenas uma definição nebulosa de vulnerabilidade do consumidor, limitando-se a uma enumeração

1 Ver, por exemplo, MICKLITZ (2012); TWIGG-FLESNER (2016).

2 Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»).

exemplificativa (e não taxativa) das características do consumidor, que o tornam mais propenso a certas práticas abusivas de comércio³.

Este artigo compara as abordagens do direito da UE e do direito português quanto à regulamentação das cláusulas abusivas nos contratos de consumo e, mais concretamente, a sua capacidade de proteger consumidores mais vulneráveis. Em particular, explora os artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (DCAC)⁴ e os artigos 5.º e 6.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Regime das CCG). Baseando-se tanto em razões jurídicas como económicas, o documento apoia quatro teses: (1) O sistema do direito da União Europeia exige, por vezes, avaliar a transparência de uma cláusula da perspectiva dos consumidores vulneráveis; (2) Este nível de proteção mais elevado deve ser aplicado quando o nível de proteção oferecido aos consumidores médios pelos comerciantes que operam no mercado não cria uma «proteção de grupo» que cubra de forma suficiente os consumidores vulneráveis; (3) Nas mesmas situações, o direito português oferece uma melhor proteção aos consumidores vulneráveis; (4) O nível de proteção concedido pelo direito português poderia ser ainda mais elevado através da introdução de um elemento comparativo no dever de esclarecimento nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regime das CCG.

De forma a suportar as nossas teses, o artigo segue a seguinte ordem estrutural: a secção II oferece um relato do estado da arte da transparência no sistema jurídico da UE (com especial destaque para a DCAC); a secção III apresenta a abordagem portuguesa quanto à regulamentação das cláusulas contratuais abusivas; a secção IV utiliza o quadro analítico da «teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor»⁵ para identificar o risco sistemático de exploração dos consumidores vulneráveis, que ocorre quando os comerciantes oferecem tanto uma oferta simples que estes podem compreender, como uma oferta opaca que só os consumidores médios compreendem. A este respeito, é relevante distinguir o caso em que a oferta opaca é menos vantajosa do que a simples («armadilha oculta») e aquela em que a oferta opaca é mais vantajosa («jóia oculta»), uma vez que levantam diferentes desafios regulamentares⁶. O artigo mostra que, *rebus sic stantibus*, a abordagem portuguesa às cláusulas contratuais abusivas está mais apta a proteger consumidores vulneráveis.

3 Da atual doutrina sobre a vulnerabilidade dos consumidores, ver HELBERGER *et alii* (2021); RIEFA e SAINTIER (2021) 17ff; GROCHOWSKI (2021). Para mais pormenores, ver ESPOSITO e GROCHOWSKI (2022), secção II.4.

4 Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95 de 21.4.1993, pp. 29-34).

5 No original inglês, *Theory of Consumer Harm Approach*.

6 No original inglês, *hidden trap e hidden treasure*.

II. Transparência das cláusulas contratuais: o estado da arte a nível da UE

Como primeiro passo para articular a nossa proposta de interpretação dos artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da DCAC, é necessário descrever o estado da arte, centrando-nos na jurisprudência relevante, bem como nas divergências doutrinárias relativas à transparência e ao padrão de comum diligência requerido pelo direito do consumo. Para este efeito, a secção II.1 introduz o conceito de consumidor médio e a sua ligação à ideia de transparência; em seguida, a secção II.2 centra-se mais especificamente na jurisprudência do TJUE, que adota o padrão do consumidor médio como referência para avaliar a transparência na aplicação da diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos.

1. O quadro convencional

A descrição de um consumidor «que é razoavelmente bem informado e razoavelmente atento e advertido» é uma frase comum na maior parte dos acórdãos do TJUE que abordam a questão da transparência nos contratos de consumo⁷. Apesar das dúvidas levantadas pela doutrina quanto ao verdadeiro significado deste conceito⁸, este é claramente entendido pelo TJUE como uma fórmula única que tenta incluir as características médias dos consumidores enquanto classe. Nesta secção, explicamos as consequências que tal implica para o conceito global de transparência no direito da UE do consumo em relação às cláusulas contratuais gerais em particular.

A noção de consumidor médio do TJUE foi posteriormente «codificada» na DCAC. Nos termos do considerando 18 da diretiva, o consumidor médio deve ser entendido como «razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça». Esta fórmula geral serve como «a medida de todas as coisas»⁹ na DCAC. Por exemplo, o artigo 7.º, n.º 2, da DCAC faz uma referência direta a este conceito ao mesmo tempo que define omissão enganosa. Ao abrigo desta disposição, esta prática de mercado desleal ocorre quando «o profissional [...] apresenta de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio» as informações significativas para um contrato de consumo. Esta disposição exige

7 Sobre os processos do TJUE que se referem ao conceito de consumidor médio, ver observações na parte seguinte desta secção.

8 WAELKENS (2015), pp. 58f.

9 REICH, MICKLITZ, ROTT e TONNER (2014), p. 94.

expressamente que os efeitos de tal falta de transparência estejam relacionados com o seu possível impacto sobre o consumidor médio.

A transparência é um dos elementos centrais do sistema clássico de proteção do consumidor na legislação da UE. É, antes de mais, um elemento essencial do conceito de «proteção pela informação» ou «paradigma da informação». A transparência enquanto instrumento de proteção do consumidor está profundamente enraizada na teoria económica. Por exemplo, já em 1983, Carl Shapiro afirmava que «[a] economia da informação é a economia da [política] do consumidor»¹⁰. A ideia aqui é que as assimetrias de informação são a causa da vulnerabilidade do consumidor e, nesse sentido, informar devidamente os consumidores torna-se um instrumento com bastante potencial para a política do consumidor. Assim, inicialmente, iremos mostrar como a noção de fraqueza do consumidor na jurisprudência do TJUE reflete a ligação intrínseca entre as assimetrias de informação e a fraqueza do consumidor¹¹. No paradigma da informação, a exigência de transparência é acessória aos vários tipos de obrigações de informação que são normalmente introduzidas nas disposições de tipos individuais de contratos de consumo e ainda – de uma forma ligeiramente diferente – no *acquis* geral do direito da União Europeia. Por outras palavras, a transparência é o complemento «processual» dos requisitos de informação. Enquanto os segundos estabelecem do que é que os consumidores devem ser informados, o primeiro explica de que forma poderá ser feito.

2. Será que a transparência apenas para o consumidor médio é suficiente?

A DCAC aposta largamente na transparência. O artigo 5.º da DCAC exige que «no caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível». A redação desta disposição não oferece quaisquer critérios específicos para avaliar a transparência. Em particular, não oferece quaisquer indicações quanto ao padrão relevante do consumidor. Tal padrão apenas foi desenvolvido *a posteriori* pela jurisprudência do TJUE.

10 SHAPIRO (1983), p. 528.

11 *Ex pluribus*: «é jurisprudência constante que o sistema de proteção instituído pela Diretiva 93/13 assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade em relação ao profissional no que respeita tanto ao poder de negociação como ao nível de informação» (Despacho de 14 de novembro de 2013, *Banco Popular Español SA contra María Teodolinda Rivas Quichimbo e Wilmar Edgar Cun Pérez e Banco de Valência SA contra Joaquín Valldeperas Tortosa e María Ángeles Miret Jaume*, Processos apensos C-537/12 e C-116/13, ECLI:EU:C:2013:759, p. 39).

A ideia de fundir o paradigma do consumidor médio com a exigência de transparência foi desenvolvida pelo TJUE de uma forma bastante esquemática e sem análise doutrinária profunda. Todas as decisões que empregam este conceito de transparência assentam na formulação padrão de que a clareza de uma cláusula contratual deve ser avaliada através do prisma do consumidor médio «que é razoavelmente bem informado e razoavelmente atento e advertido». Esta formulação é recorrente em várias decisões do TJUE, tais como *Kásler*¹², *Bucura*¹³, *Andriciuc*¹⁴, *OTP Bank*¹⁵, *GT*¹⁶, e, mais recentemente, *A. SA*¹⁷. Nestas decisões, o TJUE adotou um conceito proeminente de consumidor médio, sendo este último aplicado como modelo de referência na avaliação do cumprimento do requisito de transparência.

Kásler é o primeiro acórdão em que o TJUE opera a ligação entre o consumidor médio e a transparência na aplicação da DCAC. Dado que o TJUE se baseia na sua jurisprudência para justificar um argumento previamente formulado, *Kásler* é a decisão em que é expectável encontrar uma justificação para a referida conexão.

Kásler é um dos muitos casos decididos pelo TJUE relativos a empréstimos indexados a uma moeda estrangeira. Na segunda resposta à questão prejudicial, o juiz nacional pede orientação na interpretação do requisito de transparência consagrado no artigo 4.º, n.º 2, da DCAC. O consumidor médio aparece aqui no parágrafo 74 da referida decisão; dada a centralidade desta passagem para este artigo, iremos citá-la na sua totalidade¹⁸:

No que respeita às especificidades do mecanismo de conversão da divisa estrangeira conforme especificadas pela cláusula III/2, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se, face ao conjunto de elementos factuais pertinentes, entre os quais a publicidade e a informação facultadas pelo mutuante no âmbito da negociação de um contrato de mútuo, um consumidor médio,

12 Acórdão de 30 de abril de 2014, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, p. 74.

13 Acórdão de 9 de julho de 2015, *Maria Bucura contra SC Bancpost SA*, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447, p. 66.

14 Acórdão de 20 de setembro de 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc e outros v. Banca Românească SA*, C-186/16 ECLI:EU:C:2017:703, pp. 47 e 51.

15 Acórdão de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt v. Teréz Ilyés e Emil Kiss*, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, p. 27.

16 Acórdão de 5 de junho de 2019, *GT v. HS*, C-38/17, ECLI:EU:C:2019:461, pp. 34 e 54.

17 Acórdão de 18 de novembro de 2021, *A. SA*, C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934, pp. 42-43.

18 Acórdão de 30 de abril de 2014, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, p. 74.

normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, podia não só conhecer a existência da diferença, geralmente observada no mercado dos valores mobiliários, entre a taxa de câmbio de venda e a taxa de câmbio de compra de uma divisa estrangeira mas igualmente avaliar as consequências económicas, potencialmente significativas, para ele, da aplicação da taxa de câmbio de venda para o cálculo dos reembolsos de que será, em definitivo, devedor e, portanto, o custo total do seu empréstimo.

Neste parágrafo, o conceito de consumidor médio surge sem grande explicação. A decisão não oferece qualquer elaboração sobre a utilização do padrão de consumidor médio tanto antes, como depois, deste parágrafo. As conclusões do advogado-geral também não oferecem uma justificação para a utilização do critério do consumidor médio¹⁹. Por outras palavras, a 30 de abril de 2014, quando *Kásler* foi decidido, o consumidor referido no artigo 4.º, n.º 2, da DCAC tornou-se simplesmente no consumidor médio. A jurisprudência subsequente continua a repetir esta interpretação até aos dias de hoje.

Todos os acórdãos em questão assentam no mesmo padrão argumentativo, que por si só não contém muita argumentação, mencionando apenas uma declaração imperativa de que a transparência deve estar exclusivamente ligada ao conceito de consumidor médio. Assim, as decisões do TJUE sobre esta questão assentam numa cadeia de referências, em que os acórdãos anteriores são utilizados para justificar a referência ao consumidor médio. Simultaneamente, é impossível identificar qualquer decisão do TJUE que ouse questionar – ou, pelo menos, criticamente avaliar – este paradigma.

Esta falta de profundidade na jurisprudência é ainda mais surpreendente quando se analisa certas passagens de jurisprudência existente, fundamentadas no texto da própria diretiva, que apontam numa direção diferente. De facto, num conjunto de processos, o TJUE incita os tribunais nacionais a adotarem uma abordagem casuística quanto à exigência de transparência – e a orientá-la para as características idiossincráticas de uma determinada transação e para o entendimento próprio relativo ao padrão do consumidor médio em tais contextos²⁰. Em particular, é afirmado que os tribunais nacionais devem efetuar um controlo da transparência «em relação às circunstâncias particulares do caso»

19 Conclusões do advogado-geral Wahl, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:85.

20 JABLONOWSKA e TAGIURI [manuscrito], com uma referência adicional a WAELKENS (2015), p. 56; um ponto semelhante parece ser feito também por REICH (2016), pp. 153f, que associa a vulnerabilidade à necessidade de diferenciar os padrões de deveres de informação: «[I]nformação que não é compreensível para o grupo alvo de consumidores intelectualmente deficientes implica a ausência de informação enquanto tal.»

(Kásler)²¹, ou dar atenção «a todas as circunstâncias do caso particular» (*RWE Vertrieb*)²². Neste sentido, o acórdão *Van Hove*²³ observa que a atenção do consumidor pode variar de acordo com o lugar específico do contrato dentro de um quadro mais amplo²⁴. Esta abordagem é ainda reforçada por referência à própria DCAC que, no considerando 20, exige que o consumidor particular realmente compreenda o contrato («o consumidor deve efetivamente ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas»). Com base nestas ideias, parece adequado invocar características mais específicas do contexto do contrato – relacionadas com os consumidores em particular ou, pelo menos, com certos grupos mais específicos dos mesmos (ou seja, definidos num sentido mais «orientado» do que o conceito genérico de consumidor médio)²⁵. Esta linha de raciocínio é especialmente curiosa devido à posição peculiar em que se encontra face ao padrão de consumo médio. Embora o desenvolvimento de tal abordagem «específica» resulte da insatisfação com a natureza de «padrão único» do consumidor médio, a mesma não deixa de emanar deste conceito, procurando apenas formas de o subdividir em categorias mais específicas. Por outras palavras, continua a perspetivar a transparência através do padrão do consumidor médio, não estando assim fora dos seus limites.

A Comissão Europeia, nas suas diretrizes interpretativas para a DCAC de 2019, apontou (timidamente) os tribunais nacionais nesta direção²⁶. Entre os critérios para avaliar se a cláusula específica cumpre a norma de transparência, a comunicação menciona também que «a posição ou a perspetiva dos

21 Acórdão CJUE de 30 de abril de 2014, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, p. 40.

22 Acórdão de 21 de março de 2012, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e V*, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, p. 55: «Os artigos 3.º e 5.º da Diretiva 93/13, conjugados com o artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2003/55, devem ser interpretados no sentido de que, para apreciar se uma cláusula contratual geral em que uma empresa de fornecimento se reserva o direito de modificar os custos do fornecimento de gás responde aos requisitos de boa-fé, equilíbrio e transparência estabelecidos por essas disposições, revestem importância essencial (...). Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar a referida apreciação, em função de todas as circunstâncias próprias do caso em apreço, incluindo todas as cláusulas que figuram nas CG dos contratos de consumo dos quais a cláusula controvertida faz parte.»

23 Acórdão de 23 de abril de 2015 *Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA*, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262.

24 *Ivi*, p. 48: «Poderia igualmente ser pertinente neste contexto a circunstância de o contrato em causa no processo principal se situar num quadro contratual mais vasto e estar ligado aos contratos de empréstimo. Com efeito, não se pode exigir ao consumidor, quando da celebração de contratos associados, a mesma vigilância quanto à extensão dos riscos cobertos por esse contrato de seguro que teria se celebrasse de maneira distinta o referido contrato e os contratos de empréstimo.»

25 Assim também WHITTAKER (2018), para. 38-259, que assinala que um consumidor médio é «em geral uma variável padrão objectiva de acordo com o seu contexto».

26 Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO C 323 de 27.9.2019, pp. 4-92).

consumidores aos quais as cláusulas pertinentes são dirigidas tem de ser tomada em consideração; tal também incluirá a questão de os consumidores aos quais as cláusulas pertinentes estão dirigidas estarem suficientemente familiarizados com a formulação da redação das cláusulas»²⁷. O fundamento desta orientação – que a Comissão parece derivar principalmente da jurisprudência do TJUE – é, no entanto, bastante questionável²⁸.

Em qualquer caso, incentivar os juízes nacionais a construírem o padrão de consumidor médio com referência às circunstâncias mais particulares do caso não satisfaz as nossas reivindicações. Nada nestes acórdãos sugere que o TJUE tenciona tornar as cláusulas destes contratos transparentes para o consumidor vulnerável. Pelo contrário – o TJUE adere fielmente ao padrão do consumidor médio e apenas afirma que este deve ser contextualizado a nível nacional na análise de casos concretos.

Neste contexto, há um aspeto particularmente importante para o presente estudo. Como foi demonstrado, há uma tentativa por parte das instituições da UE em tornar o teste de transparência na aplicação da DCAC mais flexível. Contudo, a referida tentativa não obsta à suposição de que o padrão de consumidor adequado é o do consumidor médio. A este respeito, a secção II.2 expôs os frágeis fundamentos doutrinários da ligação necessária entre o padrão de consumidor médio e a transparência no contexto da DCAC. Antes de avançar para a nossa posição, é aconselhável rever as áreas que têm atraído mais atenção, tanto na jurisprudência do TJUE como na doutrina.

A justificação superficial para a utilização do padrão consumidor médio na aplicação da DCAC não atraiu qualquer atenção substantiva na doutrina. Neste contexto, a compreensão da transparência através do prisma da referência ao consumidor médio é raramente questionada nos dias de hoje²⁹. A atenção tem incidido sobre outras questões, nomeadamente sobre a distinção entre

27 Ivi, p. 22.

28 A Comissão parece fundamentar esta opinião na p. 48 do processo CJUE *Van Hove* (acórdão de 23 de abril de 2015, *Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA*, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262). No entanto, é duvidoso que o Tribunal quisesse realmente que esta passagem expressasse uma reivindicação de tão grande alcance. Parece bastante mais convincente que quisesse chamar a atenção para diferentes contextos em que um determinado termo é lido por um consumidor – para não dizer que as características específicas de tal consumidor deveriam ser importantes para o teste de transparência. Noutros termos, a decisão *Van Hove* continua confinada ao paradigma clássico do consumidor médio e não parece trazer quaisquer mudanças substanciais a este respeito.

29 Como já foi dito, a principal linha de crítica dirigida contra a ideia do consumidor médio tem sido apoiada pela observação comportamental de que os consumidores da vida real são substancialmente desiguais em termos das suas capacidades cognitivas; sobre isto, ver também: Comissão Europeia, DG Justiça e Consumidores, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union Final Report*, 2016 e o relatório da UK Competition & Markets Authority: *Consumer vulnerability: challenges and potential solutions*, 2019 (ambos elaborados sobre as limitações dos consumidores individuais no acesso e compreensão da informação).

cláusulas essenciais e acessórias³⁰, e se o padrão de consumidor médio – tal como atualmente conceptualizado pelo Tribunal de Justiça – é um padrão satisfatório, especialmente à luz da psicologia comportamental.

A questão de saber se o consumidor médio é um padrão satisfatório exige uma análise a vários níveis. Antes de mais, é difícil identificar a mistura certa de capacitação e proteção, mesmo partindo do princípio de que esta é feita com o objetivo de assegurar um elevado nível de proteção do consumidor. É inegável que depositar demasiada confiança nos consumidores («ajudando a si próprios») os pode deixar à mercê de comerciantes sem escrúpulos³¹. Aliás, a psicologia comportamental fornece amplas provas de que não se deve depositar demasiada confiança nas capacidades cognitivas dos consumidores e nas suas capacidades de serem os melhores juízes dos seus próprios interesses³². A principal implicação deste entendimento é que os consumidores vivem numa realidade «sombria», onde os comerciantes podem explora-los e manipula-los com bastante facilidade; por conseguinte, a confiança entusiasta no paradigma da informação será frequentemente ineficaz, se não mesmo contraproducente³³. Facilitar o pressuposto de racionalidade consagrado no padrão do consumidor médio, de forma a adequar esta construção à forma como os consumidores reais operam no mercado, é – sem dúvida – um esforço louvável³⁴. No entanto, neste artigo, seguimos uma abordagem diferente, se bem que complementar. Mesmo assumindo que o padrão de consumidor médio é uma construção plausível, afirmamos que a exceção das cláusulas essenciais pode implicar prejuízos para os consumidores vulneráveis.

A nossa análise questiona a *communis opinio* quanto ao artigo 4.º, n.º 2, da DCAC e a proteção do escrutínio substantivo judicial que concede às «cláusulas essenciais», desde que a cláusula em questão tenha sido redigida em linguagem simples e clara. Esta exigência pode ser justificada pelo argumento de que os consumidores que escolhem as melhores cláusulas essenciais assegurarão a sua qualidade (melhor do que os tribunais), uma vez que o artigo 4.º, n.º 2, adota o padrão do consumidor médio, na interpretação dos requisitos de transparência dos termos essenciais do contrato. A *communis opinio* aponta no sentido de que o consumidor médio consegue por si só procurar os melhores termos essenciais, exercendo uma pressão sobre os profissionais que garantirá

30 Cf., por exemplo, uma classificação elaborada do núcleo e dos termos acessórios fornecidos por S. CÁMARA LAPUENTE (2019), pp. 81-85, bem como o quadro teórico desenvolvido por GÓMEZ POMAR (2019).

31 Cf. REICH (2016), pp. 139-141.

32 Cf. por exemplo, INCARDONA e PONCIBÒ (2007), pp. 29-31.

33 Ver, para uma articulação clara desta visão, ESPOSITO (2017).

34 Um esforço que, dada a porosidade do conceito de consumidor médio, é compatível com as práticas argumentativas aceites pelo TJUE na sua jurisprudência. Ver, ESPOSITO (2018), pp. 68-70.

melhores condições para o consumidor que as que seria possível garantir através do mero recurso a tribunais³⁵.

Uma característica importante do atual entendimento do artigo 4.º, n.º 2, da DCAC é a frágil fundamentação doutrinária do teste de transparência perspetivado através do padrão do consumidor médio³⁶. Este entendimento não é apoiado pela redação da DCAC nem pela sua estrutura. Ademais, existem considerações adicionais que apoiam o ponto de vista oposto – o argumento de que, por vezes, a transparência de uma cláusula contratual (essencial) deve ser revista da perspetiva do consumidor vulnerável e não do consumidor médio. Podemos até afirmar que existem considerações sistemáticas e evolutivas sobre a relação entre o consumidor médio e o consumidor vulnerável que demonstram que a legislação da UE revê a legalidade de práticas comerciais na perspetiva do consumidor vulnerável quando existe razão para o fazer.

III. A abordagem portuguesa às cláusulas contratuais abusivas

A DCAC (Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores³⁷) foi transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, e do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, que por sua vez alteraram o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Regime das Cláusulas Contratuais Gerais ou Regime das CCG).

O legislador português optou por atribuir ao Regime das CCG um âmbito mais abrangente que o resultante da DCAC, uma vez que o primeiro: *i*) se aplica a todas as relações contratuais, não somente às de Direito do Consumo; e *ii*) aprofunda questões relativas à comunicação e ao esclarecimento das cláusulas³⁸. Paralelamente ao Regime das CCG, devemos atentar também ao disposto no artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), que por sua vez vincula o fornecedor de bens e/ou o prestador de serviços na relação de consumo à «redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares» e à «não-inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem um significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor».

35 Para mais pormenores, ver ESPOSITO e GROCHOWSKI (2022), secção II.5.

36 Ver acima, secção II.2.

37 Na sua versão atualmente em vigor.

38 CARVALHO (2020), p. 122.

Estando as cláusulas abusivas *per se* fora do escopo do nosso trabalho³⁹, focar-nos-emos numa das principais obrigações que está prevista no artigo 5.º da DCAC e que corresponde, mais concretamente, a uma especificação do dever de comunicação imposto pelo artigo 5.º, n.º 1, do Regime das CCG, segundo o qual «as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las».

Esta obrigação densificada no artigo 5.º, n.º 2, estabelece que a «comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência». Tal indicia a existência de um padrão para os moldes nos quais esta comunicação deverá ser realizada – comum diligência –, padrão este que merecerá a nossa reflexão.

Assim, numa relação de consumo onde as cláusulas sejam comunicadas atempadamente por escrito, estas apenas serão adequadas se a sua redação for clara e compreensível, de forma a transpor o dever especial de transparência expressamente imposto a nível europeu pela DCAC⁴⁰. Cumprido este requisito, e tomando em consideração a importância do contrato, bem como a extensão e a complexidade das suas cláusulas, a comunicação deverá ainda possibilitar o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência – ou seja, o consumidor médio.

Inicialmente, a comum diligência exigida ao consumidor era entendida como um critério de apreciação abstrato, determinada pela diligência mediana expectável a um qualquer cidadão⁴¹. O parâmetro de determinação desta comum diligência depende dos hábitos e do grau de literacia jurídica dos cidadãos, que, frequentemente, é descrito como sendo de baixo nível, representando um impedimento ao conhecimento claro e efetivo do contrato⁴². No entanto, refletindo a tendência jurisprudencial do TJUE acima mencionada, a ponderação da importância do contrato, bem como da extensão e da complexidade das suas cláusulas, requer uma análise casuística, pelo que o conteúdo do dever de comunicação dependerá de uma série de fatores⁴³.

Neste sentido, a jurisprudência nacional tem vindo a argumentar que, «para averiguar se o [consumidor] usa da diligência média ou comum para tomar conhecimento das cláusulas destes contratos, importa analisar a postura da

39 Sobre esta discussão, ver: CARVALHO (2020), pp. 166-173.

40 Neste sentido: CARVALHO (2020), p. 131.

41 Neste sentido: COSTA e CORDEIRO (1991), p. 25.

42 Com este argumento: PRATA (2021), p. 269.

43 Nomeadamente a relação prévia entre as partes, como demonstra: ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 132.

generalidade dos cidadãos diante [da forma de tráfego negocial em causa] e conhecer a realidade humana e social implícita [no tipo de contratação em causa]»⁴⁴. Assim, a comum diligência é variável, dependendo não só da capacidade e do nível contratual do consumidor, como também da extensão e complexidade das cláusulas contratuais em causa⁴⁵. Podemos começar por concluir que o dever de comunicação tem uma extensão e uma intensidade igualmente variável, dependendo não só do conteúdo do contrato, como também da situação concreta em que (e da pessoa concreta com quem) este é celebrado⁴⁶.

O dever de informação do artigo 6.º, n.º 2, do Regime das CCG, sendo complementar ao dever de comunicação do artigo 5.º, exige a prestação de informações adicionais necessárias em certas circunstâncias, sejam estas solicitadas ou não⁴⁷. Portanto, resulta deste preceito um dever especial de explicação do teor das cláusulas que, atendendo às circunstâncias do caso, serve para o consumidor alcançar um conhecimento completo e efetivo das mesmas⁴⁸. Importa salientar que, na concretização deste dever, a comum diligência também serve como ponto de referência⁴⁹, embora o relevante seja a natureza e a condição do consumidor que, devido às circunstâncias do caso e da sua pessoa, pode necessitar de um maior e mais completo esclarecimento⁵⁰.

Desta forma, a condição de cada uma das partes poderá determinar a extensão e intensidade do dever de informação⁵¹, sendo um «indício exterior variável» que pode determinar a necessidade de um esclarecimento mais significativo⁵². Tendo Portugal uma taxa de analfabetismo superior a 5%⁵³, a jurisprudência tem reafirmado que o consumidor analfabeto, sendo mais

44 Acórdão de 02/12/2013 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 306/10.OTCGMR.G1.S1 (rel. Maria Clara Sottomayor).

45 Acórdão de 26/02/2015 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 738/12.OTBCVL.C1.S1 (rel. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza); ver também: Acórdão de 08/04/2010 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 3501/06.3TVLSB.L1.S1 (rel. Lopes do Rego).

46 Neste sentido: ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, (cit.), p. 243.

47 Com esta expressão: Acórdão de 04/05/2017 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1566/15.6T8OAZ.P1.S1 (rel. António Piçarra). Ver também: Acórdão de 03/10/2017 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 569/13.OTBCSC.L1.S19 (rel. Henrique de Araújo).

48 Neste sentido: ANTUNES (2013), pp. 154-155.

49 Defendendo a comum diligência como critério de apreciação objetivo para a concretização do dever de informação: COSTA e CORDEIRO (1991), p. 25. Ver também: FERNANDES (2010), p. 115.

50 Com esta orientação: CARVALHO (2020), p. 138.

51 PRATA (2021), p. 283.

52 Com este termo: Acórdão de 24/03/2011 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1582/07.1TBAM-T-B.P1.S1 (rel. Granja da Fonseca).

53 PORDATA, «Taxa de analfabetismo segundo os censos», disponível em: <https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+analfabetismo+segundo+os+Censos+total+e+por+sexo-2517> (consultado a 08/02/2022).

vulnerável, tem de ter uma proteção acrescida⁵⁴. No entanto, quando o consumidor analfabeto é assistido por pessoas hábeis ou capazes para o ato, esta proteção acrescida pode ser afastada se este conseguir atingir um conhecimento completo e efetivo das cláusulas em questão⁵⁵.

Deste modo, o Regime das CCG assegura uma proteção do consumidor (e um imperativo de transparência) mais expansivo que a DCAC, uma vez que impõe ao profissional deveres de comunicação e informação⁵⁶ que, estando o primeiro numa posição mais vulnerável face ao segundo, são particularmente intensos. Por mais, o artigo 6.º, n.º 2, do primeiro diploma assegura ainda um dever de prestar quaisquer esclarecimentos solicitado no contexto contratual.

Não obstante, estes deveres de informação não deverão ser de tal forma amplos que essa amplitude se reflita num excesso de informação, incluindo a menção ao «simples e [ao] óbvio», sob pena de tal atitude gerar não só uma situação de insegurança jurídica em que (quase) tudo pode ser impugnável⁵⁷, como também uma desnecessária complexificação de informação constante nos mais comuns documentos contratuais, por exemplo, nos certificados de garantia e nos termos e condições de venda de bens.

Se é verdade que é impraticável adaptar a informação a todos os tipos de consumidores, embora pareça o mecanismo ideal para salvaguardar o cumprimento integral destes deveres de informação e clareza, não será igualmente impossível adequar a maneira como esta informação é transmitida ao consumidor. Tem sido defendido que esta comunicação deve ser feita de forma «concisa e transparente», uma vez que este método poderá ser mais eficiente para cumprir todos os deveres informativos do profissional ao mesmo tempo que evita uma fadiga informativa, que será contraproducente na esfera do consumidor⁵⁸.

Consequentemente, a solução talvez resida na inclusão de um menor número de cláusulas contratuais gerais, devendo estas versar apenas sobre os pontos fulcrais que não sejam de apreensão imediata para o consumidor, garantindo assim um equilíbrio entre a transparência e comunicação das mesmas e a não exaustão de informação, promovendo uma relação contratual mais clara e sã.

54 Ver: Acórdão de 30/10/2007 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 07A3048 (rel. Fonseca Ramos). Ver também: Acórdão de 24/03/2011 do Supremo Tribunal de Justiça (cit.).

55 Neste sentido: Acórdão de 26/02/2015 do Supremo Tribunal de Justiça (cit.).

56 Sobre a relação destes ao art. 227.º do Código Civil e ao conceito de boa-fé: COSTA e CORDEIRO (1991), p. 25; ver também: PRATA (2021), pp. 225-238 e 280.

57 Ver: Acórdão de 23/09/2010 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1295/04.6TBMFR-6 (rel. José Eduardo Sapateiro).

58 Referindo-se à prestação de informação no contexto da proteção de dados pessoais, mas que consideramos também aqui relevante, *vd.* Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679*, de 29 de novembro de 2017.

IV. A teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor e a eficácia do direito do consumo

1. Introdução

A teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor oferece soluções para a análise sistemática das interações estratégicas entre comerciantes e consumidores. Permite identificar situações em que é pouco provável que o mecanismo do mercado ofereça um elevado nível de proteção a todos os consumidores⁵⁹. Esta abordagem faz a ponte entre as análises jurídicas e económicas do direito e da política do consumo.

A nível normativo, a abordagem rejeita a ideia de que a análise económica das transações dos consumidores deve centrar-se na maximização total do bem-estar social, sem dar atenção às questões distributivas entre consumidores e comerciantes. Em contraste, a teoria do dano⁶⁰ opta pelo bem-estar do consumidor como ponto de referência. Existem fortes razões teóricas a nível económico e jurídico para sustentar que (rejeitar um padrão de bem-estar total a favor de) um padrão de bem-estar do consumidor não só é aceitável para a análise económica do direito do mercado, mas até desejável⁶¹. Assim, a teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor não deve ser encarada com desconfiança pelos especialistas do direito do consumo, mas sim acolhida como oportunidade para uma melhor colaboração interdisciplinar.

A nível analítico, a teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor no direito do consumo recomenda a análise de uma determinada interação do mercado através de um conjunto de construções analíticas («cenários de dano»). Um cenário de dano é um conjunto de premissas sobre a interação estratégica entre comerciantes e consumidores, e sobre a interação entre consumidores perante diferentes atributos de transparência⁶².

Com este quadro analítico, é possível demonstrar que, sob pressupostos plausíveis, o conceito de consumidor médio não protege o consumidor vulnerável de cláusulas essenciais abusivas.

59 A teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor é uma proposta recente formulada na bolsa através de um projeto interdisciplinar que fundiu perspetivas jurídicas e económicas sobre o direito do consumo – ver SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019); sobre as outras aplicações desta teoria, ver também ESPOSITO e SIBONY (2021); Esposito (2021).

60 SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019), p. 9.

61 ESPOSITO (no prelo). Ver também: ESPOSITO e GRUNDMANN (2017); ESPOSITO e DE ALMEIDA (2018); ESPOSITO e DE ALMEIDA (2019); ESPOSITO e TUZET (2020).

62 Ver, para uma análise mais detalhada, ESPOSITO e SIBONY (2021), pp. 255-259.

2. A teoria geral: um esboço

De acordo com a teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor, é necessário distinguir entre dois tipos principais de comerciantes e dois tipos principais de consumidores. Os comerciantes podem escolher entre duas estratégias comerciais: competir pelos méritos, oferecendo as melhores ofertas possíveis aos consumidores, e tentar obter lucros explorando as conhecidas assimetrias estruturais existentes entre consumidores e comerciantes. Importa frisar que a escolha de competir com base nos méritos não é (principalmente) altruísta, mas baseia-se num cálculo de maximização do lucro⁶³. Simultaneamente, os consumidores podem ser divididos em dois grupos que, para efeitos atuais, podem ser equiparados aos padrões de consumidor médio e de consumidor vulnerável⁶⁴.

O passo seguinte é refletir sobre como estes quatro tipos de agentes irão comportar-se em diferentes situações. Ao investigar esta questão, é possível identificar pelo menos quatro cenários arquetípicos: o «fundo», o «limão», o «subsídio» e a «referência»⁶⁵. O «fundo» é o cenário em que não há consumidores médios suficientes para controlar a qualidade das ofertas dos comerciantes. Consequentemente, os comerciantes não competem pelos méritos e concentram-se na exploração dos consumidores. O «limão» é o cenário em que os comerciantes têm dificuldade em competir com base nos méritos, porque enfrentam desafios significativos na sinalização da qualidade das suas ofertas, e, assim, em distinguirem-se de quem age de má-fé. O «subsídio» é o cenário em que os interesses dos consumidores médios e os dos vulneráveis não estão alinhados. Este cenário é preocupante na medida em que os consumidores médios beneficiam de um direito que é inútil para os consumidor vulneráveis – tipicamente porque é demasiado complexo para ser exercido. A este cenário dá-se o nome de «subsídio», porque os consumidores médios beneficiam predominantemente deste direito ou poder enquanto os consumidores vulneráveis acabam por ser quem paga pela sua existência; por conseguinte, existe um subsídio cruzado regressivo entre consumidores.

Finalmente, no cenário de «referência», os interesses dos consumidores médios e os dos vulneráveis estão alinhados. Os consumidores médios oferecem uma forma de proteção geral aos consumidores vulneráveis. Por outras palavras, os consumidores médios operam no mercado, escolhendo comerciantes que competem pelos méritos. Ao fazê-lo, ajudam estes comerciantes a ter sucesso no mercado, afastando quem opera de má-fé. Neste contexto,

63 SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019), pp. 110f.

64 SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019), pp. 109f. Sobre este ponto, ver, contudo, ESPOSITO (2021).

65 Em inglês: *the bottom, the lemon, the subsidy and the benchmark*.

os consumidores vulneráveis beneficiam do exercício do poder de escolha dos consumidores médios.

Vamos desenvolver a relação entre estes cenários: o cenário de «referência» é o melhor possível para os consumidores, enquanto o «fundo» é o pior. Por sua vez, o «limão» é um cenário instável: se os comerciantes (e/ou o sistema jurídico) conseguirem resolver o problema da sinalização, a situação dos consumidores melhora para o cenário de «referência»; se falharem, a situação degenera o cenário de «base». O cenário de «subsídio» é peculiar porque é indiscutivelmente melhor entendido como um possível complemento a outros cenários. Por outras palavras, os consumidores médios podem conceder alguma proteção aos vulneráveis (como na referência), mas ao mesmo tempo podem beneficiar desproporcionalmente dos seus direitos. Atualmente, é importante discutir como a lógica que fundamenta a *communis opinio* pode ser expressa no quadro da abordagem da teoria do dano ao consumidor.⁶⁶ O pressuposto de que o consumidor médio oferecerá uma proteção adequada ao vulnerável está no cerne da lógica subjacente à *communis opinio*. A mesma ideia encontra-se também no cerne do cenário de referência. Consequentemente, o cenário de referência pode ser utilizado para descrever mais detalhadamente a lógica por detrás da *communis opinio*.

Utilizando o aparelho conceptual desenvolvido pela teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor, o nosso argumento pode ser reformulado da seguinte forma. A *communis opinio* está errada ao considerar que os consumidores médios protegerão os interesses dos vulneráveis no que diz respeito às cláusulas essenciais. Por outros termos, a *communis opinio* está errada ao considerar as cláusulas essenciais do contrato como exemplos do cenário de referência. Pelo menos em algumas situações os comerciantes podem utilizar mecanismos de autosseleção baseados na opacidade para «dividir e conquistar» os consumidores. Quando tal acontece, os consumidores vulneráveis encontram-se no fundo e não no cenário de referência. Vamos ver porquê.

3. Como prejudicar os consumidores vulneráveis com cláusulas essenciais ao abrigo da legislação da UE

Tal como é atualmente entendido, os artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da diretiva sobre cláusulas contratuais abusivas pressupõem que as cláusulas contratuais fundamentais se enquadram no cenário de referência. Ou seja, os artigos 4.º, n.º 2, e 5.º baseiam-se no pressuposto de que os consumidores vulneráveis

⁶⁶ Notadamente, também Siciliani, Riefa e Gamper partilham esta opinião; SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019), pp. 124f. Ver, no entanto, ESPOSITO (2021).

são adequadamente protegidos pelo comportamento do consumidor médio em relação às cláusulas essenciais.

Esta conclusão decorre diretamente da ideia de que é suficiente rever a transparência das cláusulas essenciais do ponto de vista do consumidor médio. O raciocínio é o seguinte: os comerciantes que querem atrair consumidores médios têm de oferecer cláusulas transparentes e atrativas. Assim, também os consumidores vulneráveis beneficiam do receio dos comerciantes em perderem oportunidades de negócio com consumidores médios. De facto, a análise económica principal do direito do consumo apoia este ponto de vista, especialmente em relação às cláusulas essenciais⁶⁷. Este quadro analítico tem sido recorrentemente utilizado para analisar a distinção entre termos essenciais e termos acessórios na DCAC⁶⁸.

A teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor ajuda-nos a compreender que este argumento não é convincente. Para começar, parece inteiramente plausível que haverá situações em que uma «subsidição» cruzada entre consumidores médios e consumidores vulneráveis acontecerá. No entanto, a nossa atenção deve focar-se num problema completamente diferente: é economicamente atrativo para agentes de má-fé oferecer cláusulas essenciais que são desinteressantes para o consumidor médio, mas que podem ser escolhidas pelo vulnerável. Quando isto acontece, é evidente que a transparência da cláusula para o consumidor médio significa que o mecanismo de mercado assegura a equidade da oferta.

Esta situação é apenas um exemplo de *versioning*, uma estratégia empresarial que consiste em oferecer diferentes versões do contrato e deixar que o consumidor escolha a versão que prefere. O problema é que, como demonstraremos, a interação entre autosseleção e cláusulas opacas conduz à dinâmica descrita pelo cenário do «fundo» para os consumidores vulneráveis.

O elemento-chave da nossa análise é a ideia de que um comerciante pode formular múltiplas ofertas diferentes ao mesmo tempo. Quando tal acontecer, haverá ofertas pouco atrativas para o consumidor médio que serão escolhidas por alguns consumidores vulneráveis, uma vez que estes últimos não reparam na falta de atratividade das ofertas. Em termos da teoria da abordagem baseada no dano ao consumidor, o cenário que estamos a considerar assemelha-se ao do «fundo». Como veremos, quando os comerciantes formulam múltiplas ofertas, algumas das quais são transparentes apenas para os consumidores médios, os vulneráveis não gozam de qualquer proteção de grupo, pelo que os

67 Ampla inquérito em ESPOSITO (2017). Recentemente, VANDENBERGHE (2021), pp. 126-127.

68 DELLACASA (2015); GÓMES POMAR (2020).

comerciantes têm pouco incentivo económico para não explorarem os consumidores considerados vulneráveis.

Em termos gerais, podemos ilustrar os danos para os consumidores vulneráveis da seguinte forma: um comerciante oferece pelo menos duas versões do mesmo produto, plano, tarifa, etc., enquanto uma versão é mais simples de compreender e, portanto, transparente para o consumidor médio e para o consumidor vulnerável, a outra versão é mais complexa e só pode ser adequadamente compreendida pelo consumidor médio. Esta situação é bastante comum na prática. Sempre que um comerciante oferece uma versão básica e *premium* do mesmo contrato (internet, transporte, etc.), os consumidores vulneráveis podem ser explorados.

Segundo a atual interpretação dos artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da DCAC, o comerciante encontra-se numa situação de segurança. Ambas as ofertas estão protegidas de uma revisão de equidade, uma vez que ambas são transparentes para o consumidor médio; ao mesmo tempo, uma vez que as ofertas são transparentes para o consumidor médio, também o artigo 5.º é respeitado. No entanto, o consumidor vulnerável não é capaz de compreender plenamente a oferta mais complexa. Por esta razão, o consumidor vulnerável não será capaz de exercer uma escolha informada entre as duas versões. Os comerciantes sem escrúpulos não são assim dissuadidos, nem pelo risco de perderem o consumidor médio (proteção de grupo) nem pela sanção legal, uma vez que as cláusulas por estes redigidas são tecnicamente transparentes.

Para aprofundar, vamos distinguir entre dois contextos de decisão opostos, embora simétricos. Para simplificar a exposição, chamemos «simples» à oferta entendida por todos os consumidores e «complexa» àquela entendida pelo consumidor médio, mas não pelo vulnerável. No primeiro contexto de decisão, a oferta simples é mais vantajosa do que a complexa – assim, a oferta complexa inclui uma armadilha oculta. O oposto é verdadeiro no segundo contexto de decisão, onde a oferta complexa é mais vantajosa do que a simples – assim, a oferta complexa inclui uma «jóia oculta».

O primeiro contexto de decisão é aquele em que a oferta complexa esconde um atributo negativo (a «armadilha oculta»). Por exemplo, a oferta complexa inclui um custo elevado num cenário incerto, tal como uma franquia em caso de acidente, uma taxa elevada por descobertos na conta bancária, ou uma indexação complexa de um contrato de empréstimo. Nos últimos anos, a doutrina – primeiro nos EUA – tem investigado os incentivos económicos e as razões subjacentes a este contexto⁶⁹. Contudo, o foco tem sido a explicação da razão pela qual os mecanismos de mercado alimentam este comportamento e

69 Seminal a este respeito, KOROBKIN (2003). Ver também a revisão de literatura em ESPOSITO (2017).

os esquemas cognitivos que fazem com que seja provável que alguns consumidores sejam enganados. A capacidade do consumidor médio de proteger o vulnerável não foi investigada, pelo menos até agora.

As questões centrais neste contexto de decisão – que são essencialmente semelhantes no segundo contexto – são as seguintes: será que o consumidor médio oferecerá proteção ao vulnerável? E se não, o que fará o consumidor vulnerável?

O consumidor médio percebe que a simples oferta proporciona uma relação preço/qualidade superior (para usar a linguagem da DCAC). Neste caso, o consumidor médio optará pela oferta simples. No entanto (e esta é a resposta à primeira pergunta), este comportamento não desincentivará o comerciante de oferecer tanto as ofertas simples como as complexas. Assim, o comerciante apresenta ambas as ofertas ao consumidor médio, que escolhe invariavelmente a mais simples. O que fará então o consumidor vulnerável? Esta é a segunda pergunta que precisa de ser respondida.

Ao contrário do consumidor médio, o consumidor vulnerável não percebe que na oferta complexa existe uma «armadilha oculta». Por esta razão, a oferta complexa será a mais atrativa. Esta conclusão baseia-se no pressuposto plausível de que a oferta simples terá um preço mais elevado de que a oferta complexa⁷⁰. Sob a atual – embora contestada – interpretação dos artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da DCAC, tal resultado é lícito. No entanto, a sua consequência é que os consumidores vulneráveis saem sistematicamente explorados. Por conseguinte, a atual interpretação da disposição não proporciona um elevado nível de proteção do consumidor – como deveria.

Consideremos agora o caso da «jóia oculta», nomeadamente o caso em que a oferta simples é menos conveniente do que a complexa. Por exemplo, sob a oferta complexa, o comerciante agrupa o desempenho da oferta simples juntamente com um bem ou serviço complementar, por um preço conveniente (quando o comerciante oferece um seguro juntamente com o carro alugado, um antivírus juntamente com o plano de internet, ou uma assistência pós-venda alargada).

A situação é melhor no segundo subcenário para o consumidor vulnerável? Não é. Os consumidores vulneráveis ficam à mercê dos comerciantes, tal como no subcenário anterior. Como antes, os consumidores médios perfuram a barreira informativa e compreendem que a oferta complexa é melhor – encontram assim a «jóia oculta». Por sua vez, os consumidores vulneráveis consideram que a oferta simples e menos conveniente é a melhor. Não descobrem assim a

70 No cenário improvável de as duas ofertas serem iguais, mas para a armadilha opaca, o consumidor vulnerável escolheria de forma aleatória. A natureza exploradora da oferta complexa é então aparente.

«jóia oculta». Mais uma vez, a atual interpretação dos artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da DCAC não consegue fornecer um elevado nível de proteção do consumidor – como deveria.

As considerações anteriores são reforçadas pela observação de que em muitos contextos de decisão, o consumidor não escolhe sozinho, mas em interação dialética com o comerciante, que é capaz de orientar o consumidor vulnerável para a pior oferta. Esta interação dá ao comerciante amplas oportunidades de orientar consumidores vulneráveis para ofertas menos convenientes. Ademais, quando o consumidor opera num ambiente digital, podem ser utilizados «padrões obscuros» (*dark patterns*) para alcançar o mesmo resultado⁷¹. Finalmente, os comerciantes não precisam sequer de ser capazes de distinguir os consumidores médios dos consumidores vulneráveis. Os comerciantes podem simplesmente lançar uma «larga rede»: o consumidor médio ágil «nadará» através desta, enquanto o consumidor vulnerável será «apanhado»⁷².

Neste contexto, a DCAC poderá oferecer alguma proteção aos consumidores vulneráveis se a nossa tese for aceite⁷³. A noção de transparência, segundo a qual os consumidores vulneráveis devem poder compreender cláusulas essenciais, melhora a sua situação, expondo os comerciantes às sanções associadas à violação do artigo 5.º da DCAC. É importante salientar que o artigo 5.º da DCAC é a única disposição da diretiva que impede os consumidores médios de prejudicarem os consumidores vulneráveis no caso de «jóias ocultas». No caso de uma «armadilha oculta», também o artigo 4.º, n.º 2, da DCAC se torna relevante, ao assegurar que as cláusulas essenciais da oferta complexa serão revistas de forma a determinar se são substantivamente justas. No entanto, esta oportunidade só é relevante quando os consumidores vulneráveis escolherem a oferta mais complexa. Quando o consumidor vulnerável optar pela oferta simples, uma noção mais espessa de transparência não terá quaisquer consequências práticas, uma vez que as cláusulas essenciais da oferta simples permanecerão protegidas do teste de equidade.

71 Amplo inquérito em LUGURI e STRAHILEVITZ (2021). Esta literatura está profundamente interligada com a bolsa de estudo comportamental, que é altamente relevante para o direito e política do consumidor na UE e não só; para uma discussão sobre este tópico centrada na sua relevância doutrinal, ver ESPOSITO (2018).

72 Algo semelhante acontece com as tentativas de *phishing*: dos milhares de *e-mails* enviados, apenas uma pequena fração com alcance a um destinatário distraído que cairá por ela; mas essa pequena fração é suficiente para tornar a prática economicamente viável.

73 Para mais pormenores, ver ESPOSITO e GROCHOWSKI (2022), secção IV.4.

4. Prejudicar os consumidores vulneráveis com termos essenciais é mais difícil ao abrigo da lei portuguesa

A secção anterior demonstrou que a proliferação estratégica de ofertas contratuais cria amplas oportunidades para que os comerciantes possam explorar consumidores vulneráveis, mesmo quando as cláusulas são transparentes para o consumidor médio. Sob a nossa proposta de noção mais espessa de transparência, a DCAC oferece uma proteção acrescida aos consumidores vulneráveis. Esta secção procura determinar se o regime português das cláusulas contratuais gerais oferece uma maior proteção aos consumidores vulneráveis. A resposta, com a devida cautela, deverá ser afirmativa.

Podemos entender que o direito português pode ser contrastado com a DCAC por duas razões⁷⁴. Em primeiro lugar, de acordo com o direito português, todas as cláusulas contratuais podem ser sujeitas à revisão da equidade, mesmo sendo transparentes. Em segundo lugar, o conceito de consumidor médio no direito português não coincide com a definição deste no direito da União Europeia. Com particular relevância, as vulnerabilidades do consumidor podem ser tomadas em consideração no caso concreto.

Neste contexto, a primeira coisa a notar será a diferença na teoria do dano pressuposta pelo direito português quanto às cláusulas abusivas. Como visto acima, a legislação da UE considera que as cláusulas essenciais são um exemplo do cenário de referência. Ao rejeitar a defesa estabelecida pelo artigo 4.º, n.º 2, da DCAC, a lei portuguesa toma uma posição diferente. Segundo esta, as cláusulas essenciais são tratadas da mesma forma que as cláusulas acessórias. Conforme foi explicado, o direito da UE acaba por tratar as cláusulas acessórias como um exemplo do cenário do «fundo»⁷⁵.

Em termos gerais, parece excessivo afirmar que as cláusulas essenciais são um exemplo do cenário do «fundo» para todos os consumidores. Contudo, tal como discutido acima, as cláusulas essenciais podem ser consideradas como um exemplo do cenário do «fundo» para consumidores vulneráveis e, portanto, incapazes de distinguir entre ofertas simples de «jóias» e «armadilhas» ocultas.

Neste contexto, é possível ver que a abordagem portuguesa ao controlo das cláusulas abusivas tem duas vantagens óbvias e ainda o potencial de acrescentar uma terceira. Em primeiro lugar, uma vez que o direito português não transpõe o artigo 4.º, n.º 2, da DCAC, os consumidores vulneráveis podem confiar num controlo judicial para serem protegidos nos casos de «armadilhas ocultas». Em segundo lugar, a secção III observou que a lei portuguesa apoia

74 Ver, acima, a secção III.

75 ESPOSITO (2021).

uma abordagem casuística e granular para determinar o nível de compreensão do consumidor médio. Como referido, a abordagem portuguesa é diferente da atual abordagem assumida na legislação da UE. No entanto, consideramos que a abordagem portuguesa se coaduna melhor com a abordagem sistemática do direito da União Europeia quanto ao problema da vulnerabilidade do consumidor. Já a jurisprudência sobre a livre circulação de bens o constatou, e a DCAC já reconheceu esta necessidade ao nível de legislação secundária⁷⁶.

Por estas razões, sob a abordagem portuguesa, torna-se mais fácil confiar no dever de redigir termos transparentes para dissuadir os comerciantes de explorar opacidade em detrimento de consumidores vulneráveis. Tal é particularmente importante no caso de «jóias ocultas», uma vez que, nestes casos, o consumidor vulnerável que opta pela oferta simples é indiretamente prejudicado. Assim, a única forma de sancionar o comerciante é desafiando a transparência da oferta alternativa que incluía a «jóia oculta». Ao abrigo do direito português, este desafio é melhor confrontado, dado que a fronteira entre consumidores médios e consumidores vulneráveis é mais maleável do que ao abrigo do direito da União Europeia.

O potencial não expresso do dever de clarificar o conteúdo de uma cláusula também deve ser enfatizado, bastado um elemento comparativo para o transformar num forte instrumento de proteção contra «jóias» e «armadilhas» ocultas. Nestas situações, o comerciante estará assim em contravenção, a menos que consiga explicar a diferença entre a simples oferta e a «jóia» ou «armadilha» oculta. Embora o atual entendimento do referido dever ainda não tenha ido tão longe, não vemos razão para recusar a sua expansão na direção proposta, uma vez aceite que os consumidores podem beneficiar deste dever reforçado de esclarecimento.

À luz do que foi acima exposto, a abordagem portuguesa é superior à da UE. As «armadilhas ocultas» podem ser sempre revistas por juízes e os comerciantes que escondem «jóias» podem ser sancionados mais facilmente do que ao abrigo do direito da União Europeia. Embora uma noção maleável de consumidor médio não seja tão protetora como o reconhecimento expresso que os consumidores vulneráveis merecem uma proteção especial, a superioridade do direito português deve ser saudada e celebrada. Acrescentamos apenas que expandir o dever de esclarecer para incluir um elemento comparativo aumentaria ainda mais o nível de proteção.

76 Para mais pormenores, ver ESPOSITO e GROCHOWSKI (2022), secção III.

V. Conclusão

Neste artigo, desafiamos a *communis opinio* de que o padrão de transparência da diretiva sobre as cláusulas abusivas nos contratos é apenas a do consumidor médio. Mostrámos que os comerciantes podem operar um modelo de negócio baseado no *versioning* e na autosseleção, em que certas ofertas serão entendidas pelo consumidor médio, mas não pelo consumidor vulnerável.

Quando tal acontece, o fundamento económico da *communis opinio* fica destituído de sentido: os consumidores médios não oferecem quaisquer formas de proteção geral aos mais vulneráveis. Neste contexto, os artigos 4.º, n.º 2, e 5.º da DCAC devem ser interpretados de forma mais robusta, exigente e intrusiva, segundo a qual as cláusulas do contrato devem ser transparentes também para os consumidores vulneráveis, embora seja discutível se tal exigirá um esforço acrescido por parte dos comerciantes. Pelo contrário, o direito português parece estar bastante melhor equipado para lidar com este problema, uma vez que não transpõe o artigo 4.º, n.º 2, e incorporou uma imagem mais relaxada do consumidor médio, para tornar mais fácil argumentar que uma cláusula não é transparente. Assim, alargar o âmbito do dever de esclarecimento para incluir um elemento comparativo aumentaria ainda mais o nível de proteção.

Esta conclusão abre questões adicionais que não podem ser plenamente exploradas neste artigo. Antes de mais, é sabido que a identificação de consumidores vulneráveis é complexa. Consequentemente, a obrigação que propomos enfrenta problemas delicados de operacionalização, que têm sido constantemente identificados pela doutrina em relação à diretiva relativa às práticas comerciais desleais⁷⁷. Além do mais, podemos questionar qual seria o teste de equidade adequado quando uma cláusula essencial não é transparente nas circunstâncias consideradas neste artigo? E qual seria o termo adequado no caso de se aplicar a doutrina de *Kásler*⁷⁸? Na nossa opinião, parece que a simples oferta que é alternativa à oferta complexa deve desempenhar um papel central na resposta a estas questões. No entanto, temos algumas preocupações sobre se o TJUE consideraria tal abordagem compatível com a guilhotina de *Dziubak*⁷⁹. Por mais, não é claro até que ponto os meios adequados segundo

77 Ver, por exemplo, HOWELLS, WILHELMSSON, e TWIGG-FLESNER (2018), pp. 58-73.

78 Acórdão de 6 de junho de 2014, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282. Nos termos desta decisão, os tribunais nacionais podem preencher lacunas nos acordos de consumo – que resultam da supressão de uma cláusula abusiva – utilizando regras não imperativas de direito interno.

79 Acórdão de 3 de outubro de 2019, *Kamil Dziubak, Justyna Dziubak contra Raiffeisen Bank International AG*, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819. Com base na anterior decisão *Kásler*, o tribunal excluiu neste acórdão a possibilidade de os tribunais nacionais complementarem lacunas nos acordos de consumo, criando termos *ad hoc*, baseados em normas gerais de direito privado, tais como a equidade. Sobre este

o artigo 7.º da DCAC poderiam ser utilizados para que uma cláusula fosse declarada opaca⁸⁰; contudo, estes meios adequados poderiam ser bastante úteis na proteção dos consumidores vulneráveis contra as práticas de exploração descritas neste artigo.

Fundamentalmente, a análise anterior conduziu a uma aparente assimetria na eficácia da DCAC na proteção do consumidor vulnerável contra a exploração. Por um lado, em termos de danos ao consumidor, dependendo de estarmos perante uma «jóia» oculta ou uma «armadilha» oculta, implica que, por vezes, o consumidor vulnerável será prejudicado por ter escolhido a simples oferta («jóia oculta») ou por ter escolhido a oferta complexa («armadilha oculta»). Contudo, também demonstrámos que a DCAC é claramente mais forte quando o consumidor vulnerável escolhe a oferta complexa. Neste ponto, não se deve esquecer que a DCAC é uma diretiva de harmonização mínima⁸¹. Por conseguinte, é fundamental analisar a forma como os diferentes Estados-Membros a implementaram. Tal comparação poderia também levar à confirmação empírica da nossa análise: em países que oferecem uma proteção mais forte a consumidores vulneráveis, a utilização de ofertas complexas é menos vantajosa. Por conseguinte, é preciso observar se os comerciantes optam por menos ofertas e mais simples. Portugal, tal como a presente análise sugere, é um desses países.

Antes de concluirmos, apontemos algumas vantagens significativas da nossa proposta em comparação com a DCAC. Abordar a estratégia empresarial discutida neste artigo com esta diretiva é um caminho repleto de obstáculos. Nenhum artigo da lista negra se aplica a esta prática. Ainda por mais, segundo o entendimento atual dos artigos 6.º a 9.º da DCAC, apenas o padrão do consumidor médio pode ser utilizado para desafiar uma prática como enganosa ou agressiva⁸². Para os nossos propósitos, esta interpretação teria de ser contestada. Confiar no meios adequados segundo o artigo 5.º da DCAC exige que os consumidores provem que a prática é contrária à diligência profissional e que é suscetível de distorcer o comportamento do consumidor vulnerável. Confiar na DCAC no âmbito da nossa proposta, em comparação com a diretiva relativa às práticas comerciais desleais, é vantajoso por duas razões. Em primeiro lugar, os tribunais – a começar pelo TJUE – têm maior experiência em

caso, e os seus efeitos restritivos para os tribunais nacionais, ver ESPOSITO (2020b); WIEWÓROWSKA-DOMAGALSKA (2020).

80 De facto, a disposição refere-se apenas a cláusulas abusivas. E o assunto não tem atraído muita atenção académica ou política. Ver, por exemplo, HOWELLS, WILHELMSSON, e TWIGG-FLESNER (2018), pp. 155-157; Comunicação da Comissão Europeia – Orientação sobre a interpretação e aplicação da Directiva 93/13/CEE do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO C 323 de 27 de setembro de 2019, pp. 4-92), pp. 63-64.

81 Artigo 8.º da DCAC.

82 HOWELLS, WILHELMSSON, e TWIGG-FLESNER (2018).

lidar com a avaliação da imparcialidade dos termos contratuais sob o teste de imparcialidade dedicado, em vez de sob o teste de diligência profissional da diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Em segundo lugar, uma vez aceite que os termos essenciais têm de ser transparentes para o consumidor vulnerável, o consumidor não tem de argumentar que a prática é suscetível de distorcer o comportamento dos consumidores vulneráveis. Esta última é uma etapa argumentativa complexa, em que os consumidores estão em desvantagem sistemática quanto aos comerciantes⁸³.

Como referido na Introdução, a doutrina deseja a renovação do campo. O presente estudo demonstra que, em primeiro lugar, a abordagem da teoria do dano ao direito do consumo deve desempenhar um papel neste processo de renovação e, em segundo lugar, que o sistema jurídico português incorpora soluções legais que merecem uma maior atenção no contexto da União Europeia.

VI. Bibliografia

- ANTUNES, Ana Filipa Morais, 2013, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- CARVALHO, Jorge Morais, 2020, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra.
- CORDEIRO, António Menezes, 1984, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, 1.ª ed., Almedina, Coimbra.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, e CORDEIRO, António Menezes, 1991, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, 2020, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra.
- DELLACASA, Matteo, 2006, «Judicial Review of «Core Terms» in Consumer contracts: Defining the Limits», *European Review of Contract Law*, vol. 11, pp. 152-176.
- ESPOSITO, Fabrizio, 2017, «A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 40, pp. 193-216.
- ESPOSITO, Fabrizio, 2018, «Conceptual Foundations of the Behavioural Analysis of Consumer Law in Europe», in *Research Methods in Consumer Law*, Hans-Wolfgang Micklitz, Anne-Lise Sibony, e Fabrizio Esposito (coord.), Edward Elgar, Cheltenham, pp. 38-76.

83 Nomeadamente, SICILIANI, RIEFA, e GAMPER (2019) confiam principalmente na diretiva relativa às práticas comerciais desleais no trabalho seminal deles, onde propõem um dever positivo mais intrusivo de propor a oferta mais conveniente.

- ESPOSITO, Fabrizio, 2020, «Making Personalised Prices Pro-Competitive and Pro-Consumers», *CeDIE Working Paper*, 2/2020.
- ESPOSITO, Fabrizio, 2020, «Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection», *European Review of Contract Law*, vol. 16, n. 4, pp. 538-551.
- ESPOSITO, Fabrizio, 2021, «Towards a General Theory of Harm for Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 44, pp. 329-345.
- ESPOSITO, Fabrizio, no prelo, *Consumer Welfare, Law and Economics: Towards a Synthesis for the 21st Century*, Edward Elgar, Cheltenham.
- ESPOSITO, Fabrizio, e DE ALMEIDA, Lucila, 2018, «A Shocking Truth for Law and Economics: The Internal Market For Electricity Explained With Consumer Welfare», in *Energy Law and Economics in Europe*, Klaus Mathis e Bruce Huber (coord.), Springer, Dordrecht, pp. 101-133.
- ESPOSITO, Fabrizio, e DE ALMEIDA, Lucila, 2019 «In Search of a Grand Theory of European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice and Energy Markets», in *Transformation of Economic Law: In Honour to Hans-W Micklitz*, Kai Purnhagen, Lucila de Almeida, Marta Gamito, e Matea Durovic (coord.), Hart Publishing, Oxford, pp. 153-172.
- ESPOSITO, Fabrizio, e SIBONY, Anne-Lise, 2021, «In Search of the Theory of Harm in EU Consumer Law: Lessons from the Consumer Fitness Check», in *Consumer Law and Economics in Europe*, Klaus Mathis and Avishalom Tor (coord.), Springer, Dordrecht, pp. 251-282.
- ESPOSITO, Fabrizio, e GRUNDMANN, Stefan, 2017, «Investor-Consumer or Overall Welfare: Searching for the Paradigm of Recent Reforms in Financial Services Contracts», *EUI Law Department Research Paper Series*, 2017/5.
- ESPOSITO, Fabrizio, e TUZET, Giovanni, 2020, «Economic Consequence for Lawyers: Beyond the Jurisprudential Preface», vol. 9, *Journal of Argumentation in Context*, pp. 368-398.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, 2010, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.^a ed., Universidade Católica, Lisboa.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, 2019, «Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe? », *European Review of Contract Law*, vol. 15, pp. 177-194.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, 2020, «Characterizing Economic and Legal Approaches to the Regulation of Market Interactions», in *Economics in Legal Reasoning*, Peter Cserne e Fabrizio Esposito, Palgrave, Cham, pp. 63-79.
- HELBERGER, Natali, LYNSKEY, Orla, MICKLITZ, Hans-Wolfgang, ROTT, Peter, SAX, Marijn, e STRYCHARZ, Joanna, 2021, *Consumer Protection 2.0. Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Brussels, BEUC.

- HOWELLS, Geraint, WILHELMSSON, Thomas, e TWIGG-FLESNER, Christian, 2018, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London.
- INCARDONA, Rossella, e PONCIBÒ, Cristina, 2007, «The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution», vol. 30, *Journal of Consumer Policy*, pp. 21-38.
- JABLONOWSKA, Agnieszka, e TAGIURI, Giacomo, manuscrito, «Working Paper on Transparency of Standard Terms».
- KOROBKIN, Russell B., 2003, «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», vol. 70, *University of Chicago Law Review*, pp. 1203-1295.
- LAPUENTE, Sergio Cámara, 2019, «Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in the European Union: The Innovative Role of the CJEU's Case-Law», in *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, Yeşim M. Atamer e Pascal Pichonnaz (coord.), Springer, Cham, pp. 67-101.
- LUGURI, JAMIE, e STRAHILEVITZ, Lior J., 2021, «Shining a Light on Dark Patterns», *Journal of Legal Analysis*, vol. 13, pp. 43-109.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang, 2012, «The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic», *Journal of Consumer Policy*, vol. 35, pp. 283-296.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, 2020, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Gestleg, Coimbra.
- PRATA, Ana, 2021, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.
- REICH, Nobert, 2016, «Vulnerable Consumers in EU Law», in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Dorota Leczykiewicz e Stephen Weatherill (coord.), Hart Publishing, Oxford-Portland, pp. 139-158.
- REICH, Norbert, MICKLITZ, Hans-Wolfgang, ROTT, Peter, e TONNER, Klaus, 2014, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, 1999, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra.
- RIEFA, Christine, e SAINTIER, Severine, 2021, «Economic Theory and Consumer Vulnerability: Exploring an Uneasy Relationship», in Christine Riefa e Severine Saintier (eds.), *Vulnerable Consumers and the Law. Consumer Protection and Access to Justice*, Abingdon, Routledge, pp. 17-30.
- SHAPIRO, Carl, 1983, «Consumer Protection Policy in the United States», *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 139, pp. 527-544.

- SICILIANI, Paolo, RIEFA, Christine, e GAMPER, Harriet, 2019, *Consumer Theories of Harm*, Hart Publishing, Oxford.
- TELLES, Inocência Galvão, 2010, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- TWIGG-FLESNER, Christian, 2016, «The Importance of Law and Harmonisation for the EU's Confident Consumer», in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Dorota Leczykiewicz e Stephen Weatherill (coord.), Hart Publishing, Oxford–Portland, pp. 183-202.
- VANDENBERGHE, Ann-Sophie, 2021, «The Law on Unfair Terms in Standard Form Contracts in Europe», in *Consumer Law and Economics in Europe*, Klaus Mathis e Avishalom Tor (coord.), Springer, Dordrecht, pp. 119-131.
- WÆLKENS, Johanna, 2015, «Article 5 Unfair Terms Directive 93/13/EEC: Transparency and Interpretation in Consumer Contracts», in *Information and Notification Duties*, Ilse Samoy e Marco B.M. Loos (coord.), Intersentia, Cambridge, pp. 47-73.
- WHITTAKER, Simon, 2018, «Consumer Contracts», in *Chitty on Contracts*, vol. II, *Specific Contracts*, Hugh Beale (coord.), Sweet & Maxwell, London, pp. 849-1283.
- WIEWÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta, 2020, «Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, pp. 206-212.

