

Data enia

Revista Jurídica Digital

6 
Novembro 2016



Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário

Margarida de Menezes Leitão

Juíza de Direito

SUMÁRIO:

O recurso às cláusulas contratuais, gerais por parte de empresas assume hoje um relevo inegável.

O presente trabalho incide sobre a análise do Decreto Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, que introduziu em Portugal a regulamentação das cláusulas contratuais gerais, o modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais, como limitação ao princípio da autonomia da vontade que é o princípio basilar do direito privado português. Após uma breve evolução histórica, faz-se uma análise crítica do regime, na sua vertente de aplicação ao negócio jurídico bancário, e termina-se pela análise das formas de fiscalização e controle das violações ao referido diploma legal.

Cláusulas contratuais gerais e Negócio Jurídico Bancário ^(*)

Margarida de Menezes Leitão
Juíza de Direito

Resumo: O recurso às cláusulas contratuais, gerais por parte de empresas assume hoje um relevo inegável. O presente trabalho incide sobre a análise do Decreto Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, que introduziu em Portugal a regulamentação das cláusulas contratuais gerais, o modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais, como limitação ao princípio da autonomia da vontade que é o princípio basilar do direito privado português. Após uma breve evolução histórica, faz-se uma análise crítica do regime, na sua vertente de aplicação ao negócio jurídico bancário, e termina-se pela análise das formas de fiscalização e controle das violações ao referido diploma legal.

Palavras-chave: Cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão, princípio da autonomia da vontade, negócio jurídico bancário, acção inibitória.

Abstract: The use of contract, general clauses by companies today takes on an undeniable relief. This paper focuses on the analysis of portuguese Decree Law No. 446/85 of 25 October, which introduced in Portugal the regulation of standart contractual clauses, the way of knowledge, extension, content and authorship of the general contract terms, as a limitation to the principle of freedom of choice that is the basic principle of the Portuguese private law. After a brief historical evolution, we make a critical analysis of the regime in its application to the banking aspect legal transaction, and we end up by analyzing the methods of supervision and control of violations of the said law.

Keywords: Standart contractual clauses, standard contracts, the principle of freedom of choice, legal banking business, injunctions.

^(*) Trabalho realizado no âmbito do Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa. Relatório Relatório elaborado no âmbito da Unidade Curricular “A Autonomia da Vontade e a Negociabilidade Jurídica” (Docente Orientador: Professor Doutor Saraiva Matias).

“O termo “contratos de adesão” é controverso. Saleilles propô-lo, “faute de mieux”, para designar algo que só aparentemente seria um contrato. Explicando as suas reservas sobre a coordenação do caso ao conceito de contrato, Saleilles dizia duas coisas: O conceito de contrato pressupõe a liberdade e a igualdade (alguma igualdade) – que cada uma das partes seja livre e que as duas partes sejam iguais –; o conceito de “contrato de adesão” pressupõe a desigualdade (alguma desigualdade): – que uma das partes seja livre e que a outra não o seja; que as duas partes sejam desiguais. A vontade do autor das cláusulas do “contrato de adesão” seria a vontade principal ou subordinante; seria a vontade soberana; a vontade do destinatário das cláusulas dos “contrato de adesão” seria, tão-só, uma vontade subordinada; seria, tão-só, uma vontade súbdita: “il y a la prédominance exclusive d’une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée”. O termo “contratos de adesão” designaria “de prétendus contrats, qui n’ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire” (...).”

- Nuno Manuel Pinto Oliveira (“Contratos de Adesão nas relações entre empresas” – Comentário ao Acórdão da Relação de Guimarães de 19.02.2005)

1. O princípio da autonomia da vontade e necessidade da sua limitação.

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da protecção da liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos. Incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. É, portanto um dos princípios basilares do direito privado, segundo alguns autores é mesmo “a pedra angular do sistema civilístico”¹.

“A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de actuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o

¹ FACHIN, Luiz Edson. *O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *“Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 119.

ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado”².

De forma geral, o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é prejudicial para si, e que deve ter liberdade para se guiar de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros.

Nesse sentido, não cabe ao Estado, à colectividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve prosseguir, os valores por que se deve pautar, as atitudes que deve tomar. Cabe a cada ser humano definir os rumos da sua vida, em conformidade com as suas opções subjectivas. Esta é a ideia da autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.

A ideia de autonomia privada, “está indissociavelmente relacionada à protecção da dignidade da pessoa humana”, considerando que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projectos deseja seguir, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial”³.

Uma tentativa de localização histórico-cultural da autonomia leva-nos ao ordenamento liberal nascente, nos séculos XI e XII, nas cidades italianas. A autonomia representava, aí, a possibilidade de auto-determinação normativa, isto é, a susceptibilidade de elaboração, pelo próprio burgo, das normas que seriam, depois, aplicadas no interior da cidade. É evidente que o isolamento do conceito de autonomia surge como cobertura cultural da então

² AMARAL NETO, Francisco dos Santos, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

³ SARMENTO, Daniel, “Direitos Fundamentais e relações privadas”, 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 155.

concretizada oposição entre os burgueses, e as pressões heterónomas oriundas de entidades alheias à cidade.

Quando a evolução histórica exigiu não já uma oposição ao ordenamento feudal, mas antes ao Estado e, em certo sentido, uma oposição igualitária dos cidadãos entre si, a autonomia lata das cidades medievais tornou-se na autonomia privada do individualismo liberal do século XIX.

Mas, e apesar do seu não reconhecimento expresso pelos tratadistas, a autonomia privada sempre terá existido, com variadas incidências históricas. No Direito Romano primitivo, os particulares gozavam da possibilidade de ordenar os seus próprios interesses, desde que obedecessem a determinados parâmetros previamente estabelecidos. Na prática, o ordenamento romano inicial apresentava às pessoas um quadro fechado de figuras, mediante as quais, e através de um estrito formalismo, era possível a auto-determinação dos interesses.

Posteriormente, o desenvolvimento económico da primitiva sociedade romana, aliado à inclusão no seio da comunidade de elementos, que por serem originariamente estranhos à *civitas*, não estavam em condições de poder aderir às regras herméticas do *ius civile*, conduziu a uma ampliação crescente do âmbito da autonomia privada. A doutrina especializada não está, contudo, de acordo quanto à exacta determinação desse âmbito. No entanto, é dado como certo o aparecimento de formas inominadas de exteriorização da autonomia privada, as quais teriam coexistido com figuras anteriores, no período de Justiniano (483-565).

No sistema jurídico feudal, a autonomia privada tinha um papel de primordial importância. Em princípio, era com base nas suas manifestações que se estruturavam os vínculos pessoais entre os sujeitos jurídicos, em termos de pirâmide feudal. A autonomia não era contudo considerada como um valor em si, excepto no círculo das cidades nascentes.

O panorama alterar-se-ia radicalmente com o racionalismo humanista de setecentos. No termino desta evolução, a autonomia privada seria tomada como fundamento da sociedade civil e política, traduzindo-se na conhecida doutrina do contrato social.

Como refere Oliveira Ascensão ⁴, a problemática que nos propomos versar só se apreende devidamente se tivermos presente a viragem radical que no plano da fundamentação da validade dos negócios jurídicos foi realizada no séc. XVIII.

Anteriormente, a vinculatividade dos contratos estava dependente de um controlo da sua Justiça intrínseca. De tal maneira que na Idade Média Justiça e Direito quase se confundiam.

Mas o voluntarismo germina e desenvolve-se, acabando por ser acolhido como a causa geral da vinculatividade do Direito. No plano dos contratos trouxe a fundamentação destes na autonomia da vontade. O contrato vale porque foi querido – *pacta sunt servanda*.

O individualismo e o liberalismo, a seguir triunfantes, levaram ao extremo esta orientação. O conteúdo dos contratos torna-se irrelevante: a obrigatoriedade destes assenta no consentimento, pois se a parte consentiu não se pode desvincular.

O relativismo, o positivismo e o formalismo, que se desenvolvem do séc. XIX e persistem até hoje, dão um bom caldo de cultura para esta visão. Só um vício do consentimento pode pôr em causa a validade do contrato. A Justiça é incognoscível: não é operacional como determinante da validade dos contratos.

Mas logo a partir do séc. XIX este paradigma começa a ser posto em causa, pelos resultados a que conduz.

Para o nosso tema, interessa-nos particularmente o que respeita ao que se chamou o contrato de adesão. A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* 39 (2003): 5-22.

económico-socialmente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece.

Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada?

De facto, não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais.

Mas há a liberdade jurídica de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta sunt servanda*.

A discussão desloca-se então, no séc. XIX e em todo o séc. XX, para a análise do consentimento do aderente. Pergunta-se se esse consentimento tem falhas que iniquem o contrato. Quer dizer, de início procura-se combater as grandes anomalias destes contratos, em que o predisponente se reserva sempre todas as vantagens, através do recurso a princípios gerais do direito. Mas apenas se conseguem tímidos retoques, porque as ordens jurídicas não ofereciam meios de combate directo a essas situações. Não há praticamente cláusulas gerais para controlo do conteúdo dos contratos. Só restam por isso os pressupostos comuns dos negócios jurídicos: – a capacidade do aderente – o objecto do consentimento e o conhecimento das cláusulas que este pressupõe – o erro – a interpretação negocial (e a integração).

No que respeita à capacidade, suscitam-se problemas em hipóteses tão banais como a do menor que viaja no autocarro. Como pode celebrar um contrato?

O desconhecimento do conteúdo do contrato representou o ponto principal do debate. Como dizer que o aderente consente quando as cláusulas lhe são comunicadas após a celebração do contrato? Ou quando estão afixadas nas paredes da loja? Ou quando se inserem em letra quase ilegível no verso do formulário?

Por outro lado, realisticamente, revela-se a impossibilidade prática de o aderente conhecer todas as cláusulas, porque se não, não chega a contratar:

passa o tempo a ler clausulados. Todos nós, juristas ou não, celebramos afinal contratos sem tomar conhecimento das cláusulas predispostas.

Poderia pensar-se em invocar o erro. Mas, ainda que fosse possível, não seria remédio adequado. O aderente teria de pedir a anulação de cada contrato quando estivesse em erro. O que não é obviamente uma solução praticável. No domínio da interpretação, os melhores autores foram defendendo o princípio que a interpretação se deveria fazer contra o predisponente. Este tem a experiência que lhe permite formular as cláusulas que o defendam: se uma cláusula é ambígua, só a ele é imputável.

Como é sabido, o *Princípio da Autonomia da Vontade ou Princípio da Autonomia Privada*, também chamado *Princípio da Liberdade Contratual* por alguns é um dos princípios fundamentais do Direito Civil português (artº 405º C.C.). O seu fundamento constitucional mais explícito encontra-se no artº 61º da Constituição.

O vocábulo *autonomia* teve origem filosófica, transitou para a ciência e para a doutrina política, e só depois para a ciência jurídica. No Direito, significa fundamentalmente o “*poder dar-se os próprios preceitos*”.

A Autonomia Privada, pode revestir dois sentidos distintos: em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica, engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material, ou num prisma jurídico.

Em termos restritos, *a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, ou seja, àquela área reservada dentro da qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem.*

Sabemos que a norma jurídica se traduz num comando genérico, o qual associa, à verificação de determinado evento previsto, um certo efeito estatuído. Paralelamente, existem normas jurídicas que permitem que a vontade humana livremente concretizada, seja ela própria, o evento previsto. Consequentemente, *existe actuação jurígena em sentido próprio, sempre que um comportamento voluntário permitido, por integrar determinada previsão normativa, produza efeitos jurídicos, ou seja, sempre que um comportamento voluntário seja facto jurídico lícito. E, não existe actuação jurígena sempre que:*

- falte uma conduta humana livre, em sentido psicológico;
- a conduta humana em causa não seja permitida, quer por ser obrigatória, quer por ser proibida (acto ilícito);
- a conduta humana, sendo permitida, se limite a produzir efeitos materiais, por não integrar qualquer previsão normativa.

Podemos concluir que as condutas humanas livres se dividem em duas categorias: as condutas *permitidas*, que constituem o âmbito da autonomia privada em sentido amplo, e que se podem traduzir em condutas jurídicas ou em condutas materiais, consoante produzam ou não efeitos jurídicos; e as condutas *obrigatórias*, que se subdividem em condutas positivas ou negativas, consoante sejam impostas pela norma ou proibidas por esta.

O ponto que nos interessa abordar, nesta exposição, situa-se precisamente, no plano das condutas humanas livres *permitidas*, que visam a produção de efeitos jurídicos, ou seja, no plano da autonomia privada em termos restritos, esse espaço de liberdade jurígena que é concedido às pessoas pelo Direito, e que se define como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.

A expressão *autonomia da vontade* surge muitas vezes utilizada como sinónimo de autonomia privada. Ela encerra a ideia correcta de que, na esfera individual, a produção de efeitos jurídicos resulta principalmente de actos de vontade a isso dirigidos. Mas, pode induzir em erro ao fazer pensar que a causa imediata dos efeitos jurídicos se encontra na vontade real ou psicológica dos sujeitos.

Ambas as expressões — autonomia da vontade e autonomia privada —, designam a mesma realidade, mas observada de prismas opostos.

Como escreve Menezes Cordeiro, “*a autonomia privada parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos. A autonomia da vontade parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena do comportamento humano livre*”. A dicotomia é aceitável desde que se tenha presente que a liberdade do comportamento humano é um espaço demarcado

pelo Direito e que a “potencialidade jurígena” deriva da permissão do Direito objectivo ⁵.

A produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação, ou extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante, de actos de vontade — *maxime* declarações de vontade — dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos, cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor declarado dessa intenção, designam-se por negócios jurídicos.

O negócio jurídico é uma manifestação do Princípio da Autonomia da Vontade (ou Autonomia Privada), subjacente a todo o Direito Privado. A autonomia da vontade (ou autonomia privada), segundo Betti, consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica ⁶. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.

Esta ordenação das suas relações jurídicas, este auto-governo da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.

Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu principal meio de actuação. É também a autonomia privada que se manifesta no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares — ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na “soberania do querer” — no império da vontade — que caracteriza essencialmente o direito subjectivo.

⁵ CORDEIRO, António Menezes, “*Tratado de Direito Civil Português*”, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 217-222.

⁶ BETTI, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.

Tanto é exercício da autonomia privada a conclusão de uma compra e venda em certas condições de preço e de entrega da coisa vendida, isto é, um negócio jurídico, como o consumo e a destruição de um bem de que se é proprietário, a exigência ou não de um crédito de que se é credor, o cultivo de um prédio rústico com esta ou aquela cultura ou a sua manutenção em pousio, isto é, o exercício de um direito subjectivo. A autonomia privada ou autonomia da vontade encontra, pois, os veículos da sua realização nos direitos subjectivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos.

A autonomia privada é uma ideia fundamental do Direito Civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência — ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado.

Em medida maior ou menor está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe uma função de modelação da vida social; mais amplamente no plano das relações patrimoniais e da troca de bens e serviços, e com menor extensão no domínio das relações pessoais e familiares, domínios onde o carácter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou limitação de certos direitos (v.g., direitos de personalidade) ou reduz a liberdade de contratação a uma mera liberdade de concluir ou não o acto jurídico, mas fixando-lhe, necessariamente, uma vez celebrado, os efeitos (v.g., casamento, adopção).

A autonomia privada está presente nos domínios em que o direito civil visa uma função de modelação e disciplina positiva da vida social. Estabelecemos esta delimitação — domínios em que o direito tem uma função modeladora da vida em relação — para excluirmos o domínio em que cabe ao direito civil uma função de protecção ou defesa dos direitos constituídos ao abrigo da sua função modeladora.

O negócio jurídico é um meio de actuação da autonomia privada. Uma importante classificação dos negócios jurídicos é a resultante do critério do número e modo de disposição das declarações de vontade que os integram. Segundo ela os negócios jurídicos agrupam-se em duas classes: os negócios jurídicos unilaterais e os negócios jurídicos bilaterais ou contratos.

O negócio unilateral perfaz-se com uma só declaração de vontade (v.g., testamento, acto de instituição de uma fundação, denúncia do arrendamento, declaração de escolha de uma obrigação alternativa, etc.); o negócio bilateral é constituído por duas ou mais declarações de vontade convergentes, tendentes à produção de um resultado jurídico unitário (v.g., compra e venda, doação, sociedade, locação, empreitada, etc.). Só há negócio jurídico bilateral ou contrato, quando uma parte formula e comunica uma declaração de vontade (proposta) e a outra manifesta a sua anuência (aceitação).

O *Princípio da Autonomia Privada* reveste, na área específica dos negócios bilaterais ou plurilaterais, a forma da liberdade contratual.

O *Princípio da Liberdade Contratual*, como a designação revela, refere-se aos contratos. A sua consagração legal tem lugar no art.º 405º do Código Civil, integrado na secção relativa aos contratos como fontes das obrigações. A autonomia da vontade encontra, nesse domínio dos contratos obrigacionais, a sua mais ampla dimensão.

Quanto aos negócios jurídicos unilaterais, a autonomia da vontade não está excluída, mas sofre restrições muito acentuadas. Nos negócios unilaterais dirigidos à produção de efeitos em vida do sujeito, a autonomia da vontade está sujeita a muito maiores restrições do que nos contratos. Enquanto as partes podem celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver (cfr. 405º), os negócios unilaterais constitutivos de obrigações são apenas os que estiverem previstos na lei (princípio da tipicidade ou do “*numerus clausus*”). Nesses casos, porém, em que a lei atribui eficácia vinculativa a um negócio unilateral (v.g. a promessa pública do 459º), a parte respectiva tem o poder de fixar livremente o conteúdo da promessa e, nessa medida, reaparece a autonomia da vontade; Quanto aos negócios unilaterais modificativos ou extintivos de relações jurídicas vigora também o princípio da tipicidade. Toda a relação jurídica ligando dois ou mais sujeitos, não pode ser extinta ou modificada, por actuação unilateral de um deles, a não ser que a lei, fundada em valorações de justiça e conveniência, tenha consagrado essa possibilidade, e, nos termos em que a consagrou. O negócio unilateral produz sempre efeitos na esfera de terceiros, devendo assumir, pois, as modalidades que a lei julgou oportuno

admitir; de outro modo, estaria o direito objectivo a abdicar da sua função fundamental de tutela da convivência social pacífica, pois o acto unilateral resolver-se-ia num instrumento de arbitrária intromissão na esfera jurídica de terceiros. Seria a esta arbitrária intromissão que equivaleria, pois, o reconhecimento da liberdade do sujeito de criar novos esquemas de actos unilaterais ou de modificar os disciplinados pela lei.

Isso é, desde logo, bastante claro quanto à impossibilidade de modificar ou extinguir unilateralmente as relações emergentes de um contrato. O contrato é vinculativo para as partes. O significado de cada uma das declarações contratuais, livremente emitidas, como uma vinculação, e a confiança por elas despertada no outro contraente impõem, como regra fundamental de justiça e de oportunidade, o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos ponto por ponto (*“pacta sunt servanda”*). Daí que só por mútuo consentimento dos contratantes — e não por acto unilateral de uma das partes — se possam modificar ou extinguir as relações contratuais, salvo nos casos em que a lei, dados certos pressupostos, achou correcto afastar esse princípio (cfr. artº 406º CC).

O Princípio da Liberdade Contratual está formulado no artº 405º do C.C.. Aí se estatuí:

“1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

A disposição legal consagra explicitamente apenas a liberdade de estipulação do conteúdo contratual (a *“Gestaltungsfreiheit”*).

Da norma citada, emerge, contudo, o reconhecimento da liberdade de celebração dos contratos (a *“Abschlussfreiheit”*).

A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por

força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, a sua recusa é legítima.

Tal princípio da liberdade de celebração pode considerar-se contido no artº 405º. Ter a liberdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos implica ser-se livre de os celebrar ou não.

Excepcionalmente estabelece o nosso ordenamento jurídico algumas restrições à liberdade de celebração dos contratos. Essas restrições ou limitações podem consistir:

a) na consagração de um dever jurídico de contratar, pelo que a recusa de contratar de uma das partes não impede a formação do contrato ou sujeita o obrigado a sanções diversas (exº: seguro de responsabilidade civil automóvel: as seguradoras não podem recusar-se a contratar; também no que diz respeito a empresas concessionárias de serviços públicos);

b) na proibição de celebrar contratos com determinadas pessoas (v.g. artºs 877º e 953º do CC);

c) na sujeição do contrato a autorização de outrem (v.g. 1682º nºs 1 e 3, 1682º-A, e 1682º-B do CC), eventualmente de uma autoridade pública.

A liberdade de estipulação ou modelação do conteúdo negocial consiste na faculdade concedida aos contratantes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, com ou sem aditamentos, ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina.

Podem, portanto, as partes:

a) realizar contratos com as características dos contratos previstos e regulados na lei (contratos típicos ou nominados), bastando, nessa hipótese, para desencadear a produção dos respectivos efeitos, indicar o respectivo “*nomen juris*” (v.g. venda, arrendamento, etc.), sem necessidade de convencionar a regulamentação correspondente;

b) celebrar contratos típicos ou nominados aos quais acrescentam as cláusulas que lhes aprouver (v.g. aditamento de uma cláusula condicional a

uma venda), eventualmente conjugando-se dois ou mais contratos diferentes (contratos mistos);

c) concluir contratos diferentes dos contratos expressamente disciplinados na lei (contratos atípicos ou inominados).

A liberdade de estipulação conhece também algumas restrições, logo aludidas no artº 405º CC (“*dentro dos limites da lei*”). Estas restrições eram, sem dúvida, menores num sistema jurídico-privado assente nas bases doutrinárias do liberalismo económico, em que o Estado se reserva o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa dos particulares, assistindo, sem intervir, à actuação destes.

Deslocado o ponto de apoio doutrinário e jurídico-constitucional do liberalismo para um intervencionismo estatal, mais ou menos acentuado, procura o direito civil assegurar uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico. Para realizar estes objectivos são consagradas limitações à liberdade de estipulação do conteúdo contratual.

Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual, imanente (em si mesma), assente em critérios objectivos. Esta perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garantir os pressupostos da formação dos contratos, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade.

Eis algumas dessas restrições:

a) submete-se o objecto do contrato aos requisitos do artº 280º CC (designadamente são nulos os contratos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes);

b) são anuláveis, em geral, os negócios usurários (artº 282º CC);

c) a conduta das partes contratuais deve pautar-se pelo princípio da boa fé (artº 762º, nº 2 CC).

d) a lei reconhece e admite certos contratos-tipo que, celebrados a nível de categorias económicas ou profissionais, contêm normas a que os contratos individuais, celebrados entre pessoas pertencentes às referidas categorias, têm de obedecer; daí que se fale em contratos normativos (v.g. as C.C.T.s, artº 5º, nº 2, da L.C.T.);

e) alguns contratos em especial estão necessariamente sujeitos a determinadas normas imperativas (v.g. artº 1146º CC sobre as taxas máximas de juros; artºs 1025º, 1080º CC, e outros sobre prazos máximos ou mínimos na locação; certas normas do regime da venda a prestações, constantes do D.L. nº 457/79 de 21-11; bem como numerosas disposições da legislação laboral).

Uma importante *limitação de ordem prática* — não de ordem legal ou jurídica — à liberdade de estipulação é a que se verifica nos contratos de adesão. São hipóteses em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado.

As causas e a finalidade de disseminação na vida moderna dos contratos de adesão são diversas:

— vantagem para as empresas e para a vida económica na organização, racionalização e normalização da actividade contratual dirigida a um numero elevado e indeterminado de clientes;

— intenção do emitente do impresso do contrato de, melhorando a sua posição, transferir certos riscos para a outra parte;

— insuficiência dos tipos contratuais legalmente previstos para cobrir satisfatoriamente formas negociais recentemente surgidas na vida económica (“*leasing*” ou locação financeira, “*factoring*”, contratos bancários, instalação de máquinas automáticas, contratos com empresas imobiliárias, etc..).

São, todavia, evidentes os perigos de abuso desta figura dos contratos de adesão:

- restrição da liberdade factual de contratar do consumidor individual;
- alteração das soluções equilibradas (apesar de supletivas) consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual;
- possível “cartelização” integral de sectores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar excluiu-se do tráfico jurídico;
- criação, por entidades privadas, de regras que, de facto, se assemelham ao direito imperativo estadual;
- acresce um outro risco para o utente do bem ou serviço fornecido mediante um contrato de adesão: o contrato contém, por vezes, cláusulas de que ele não se apercebe, disseminadas como estão no amplo contexto do contrato e impressas em caracteres de leitura não convidativa, além de frequentemente estarem redigidas em termos técnicos, dificilmente acessíveis a não especialistas.

No entanto, foi publicado o Decreto Lei nº 446/85 que instituiu o regime das cláusulas contratuais gerais, passando a dispor o ordenamento jurídico português, a partir de então, de legislação própria sobre os contratos de adesão. Anteriormente, na falta de legislação especial sobre o assunto, defendia-se que a jurisprudência deveria lançar mão da cláusula da boa fé, e, sobretudo, da cláusula geral da ordem pública (artº 280º), em ordem à realização de uma sindicância sobre o conteúdo destes contratos, e considerar nulas certas cláusulas abusivas contidas em contratos de adesão, v.g., certas cláusulas de exclusão de responsabilidade, de caducidade de direitos, alteração do foro legal, etc..

A liberdade contratual vigora em maior medida nos contratos obrigacionais, ou seja, naqueles cuja eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva, se situa no domínio das obrigações em sentido técnico ou direitos de crédito.

Nesta categoria de contratos tem lugar a liberdade de celebração dos contratos e são reduzidas as limitações à liberdade de modelação do respectivo conteúdo. Salvo essas limitações, as partes podem produzir os efeitos obrigacionais que lhes aprouver.

Nos contratos com eficácia real, isto é, constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos reais, há liberdade de celebração, mas a liberdade de fixação do conteúdo negocial sofre uma importante restrição.

Os contraentes, podendo embora celebrar contratos inominados, não podem constituir direitos reais que não se integrem nos tipos previstos na lei (princípio da tipicidade ou do “*numerus clausus*” dos direitos reais).

Nos contratos familiares, isto é, com eficácia no domínio das relações de família, há liberdade de concluir ou não o respectivo contrato — é o pensamento da autonomia que subjaz e enforma o direito civil.

Quanto à liberdade de fixação do conteúdo contratual ela está excluída no domínio dos contratos familiares pessoais. O casamento, a perfilhação ou a adopção são tipos contratuais rígidos, cujos efeitos estão pré-ordenados na lei, não podendo ser modificados pelas partes. No domínio familiar patrimonial (p. ex^o: convenções antenupciais) existe liberdade de modelação do conteúdo contratual, quanto aos contratos admitidos, embora essa liberdade conheça limitações (v.g., art^o 1714^o CC).

Quanto aos contratos sucessórios, isto é, dirigidos a reger a sucessão por morte de uma pessoa, importa acentuar que a lei só os admite em medida limitadíssima e com carácter excepcional.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (RJCCG) foi assim instituído, no ordenamento jurídico português, pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, posteriormente adaptado aos princípios definidos na Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e nos contratos de adesão, cuja transposição para o ordenamento jurídico português foi alcançada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Janeiro. No decurso da sua vigência, o texto inicial, de 25 de Outubro de 1985, foi efectivamente alterado, o que

sucedeu duas vezes, em 1995 e em 1999, em ambos os casos por razões ligadas à transposição da Directiva comunitária de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores. A alteração de 1995, contudo, foi além do estritamente necessário para dar cumprimento ao imperativo comunitário, graças a um assumido desejo do legislador nacional em melhorar as soluções consagradas.

A transposição do artigo 7.º da Directiva ficou plasmada no capítulo VI do Decreto-Lei (artigos 24.º a 34.º), onde são definidas as disposições processuais para a declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas.

Contudo, a preocupação central da referida Directiva é a criação de mecanismos que permitam erradicar o uso de cláusulas contratuais abusivas, pelo que, além das disposições processuais de declaração de nulidade (acção inibitória), o legislador nacional entendeu instituir um registo das decisões judiciais que tenham proibido a utilização ou declarado a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares.

Pretende-se, desta forma a criação de um mecanismo que assegure um conhecimento fidedigno e acessível a todos os interessados, não só do texto de todas as cláusulas já declaradas nulas em contratos celebrados com consumidores por profissionais, mas também das empresas envolvidas e das razões invocadas por cada tribunal para a declaração de nulidade.

A criação e manutenção de um registo das cláusulas contratuais gerais declaradas nulas pelos tribunais pela DGPJ, resulta da conjugação dos artigos 34.º e 35.º do RJCCG, e da Portaria n.º 1093/95, de 6 de Setembro, que atribuiu ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça a organização e a manutenção atualizada daquele registo (o Gabinete de Direito Europeu foi substituído nas suas competências pelo Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, em 2001, e, posteriormente, pelo Gabinete de Relações Internacionais da DGPJ, em 2007).

2. Breve evolução histórica.

A perfeição estética e simétrica que a noção e a filosofia do contrato assumiam no domínio do Estado de Direito Liberal, foi-se desmoronando com o superar das condições que subjaziam àquela forma político-jurídica.

O contrato como manifestação acabada e perfeita do princípio da igualdade de todos perante a lei, soçobrou e ruiu. A desigualdade real dos cidadãos e os abusos a que a sua igualdade formal deu origem, motivaram o crescente intervencionismo estatal. Nessa altura, entre o forte e o fraco, a lei libertava e a liberdade oprimia. O erro do liberalismo na sua própria doutrina, é dizer que qualquer contrato se constitui e se executa sob o signo da liberdade. Eram indiferentes ao conceito liberal, a desproporção económica entre o patrão e os seus empregados ou entre o fornecedor de bens vitais e o eventual consumidor.

Perante a desigualdade material e as situações de inteira dependência, a afirmação da igualdade das partes contratantes era um rematado absurdo, se não uma absoluta iniquidade.

O Estado passa, reticentemente a princípio, com mais frequência depois, a intervir na vida social em protecção da parte que no contrato está numa situação de inferioridade, em termos de contrabalançar, ou pelo menos minorar, a desigualdade efectiva dos contraentes.

Ganha assim campo o princípio do tratamento mais favorável da parte economicamente mais fraca, impulso esse que conhece forte incremento nos contratos de trabalho e de arrendamento, estendendo-se progressivamente a outras situações que o já Estado de Direito Social entendeu regulamentar. Assistimos então, da parte deste, a uma verdadeira impaciência legislativa, penetrando activamente nos conflitos da vida social, limitando, condicionando, excluindo, constituindo situações contratuais.

A intervenção estatal ultrapassa, porém, o simples propósito de acudir à parte economicamente débil. A ser assim, pouco se teria modificado em relação ao "Estado-árbitro". Uma série de factores conjunturais levaram aquele

ente a procurar em primeira mão a satisfação do interesse da colectividade, do interesse público, em detrimento dos interesses dos particulares. É a superação do individualismo de coloração liberal, é o advento duma nova forma política virada para a sociedade, para a colectividade, para os interesses gerais.

Tudo isso vem a repercutir-se marcadamente na figura do contrato. Não só se procura minorar a desigualdade material das partes através da protecção de uma delas, como o interesse público vai determinar a sua vida, o seu conteúdo.

A superação do individualismo liberal e a acentuação do interesse público não se compadecem já com actuações arbitrárias da parte dos contraentes, com certas recusas de contratar, com a estipulação de determinados conteúdos contratuais, com a assunção de certas obrigações.

A chamada sociedade de massas que entretanto se instala dá ao contrato um âmbito de aplicação que abrange grupos e categorias de indivíduos. Como salientava Savatier “o contrato do Code Civil estava à escala do homem, do indivíduo. O novo contrato coloca-se à escala da colectividade, à escala da nação, em breve talvez à escala da humanidade inteira”⁷.

O contrato muda de figura, acompanhando a mudança dos tempos. A simétrica e perfeita construção do Code Civil é quase irreconhecível. Isso, no entanto, não podia deixar de ser assim. Política e juridicamente, a transformação que se opera no domínio contratual não é mais do que uma das múltiplas manifestações dum movimento de maior envergadura e que concerne a todos os direitos e a todas as situações jurídicas: ela liga-se ao enfraquecimento do ponto de vista individual e à acentuação do ponto de vista social.

O conceito de contrato não assume uma fixidez e absolutidade susceptíveis de o anestesiar às mutações económicas e sociais. Assim, desde que esta forma de circulação de riqueza se continue a manifestar, não é rigoroso falar-se em decaerização do contrato, apenas porque numa

⁷ SAVATIER, René, “Evolution contemporaine du droit des contrats”, Presses Universitaires de France, 1986.

determinada época ele assume colorações e cambiantes diversos da anterior. Neste sentido, será, antes de mais rigoroso referir uma descaracterização daquela forma de contrato. Fala-se, a propósito, na função ideológica do contrato, aludindo-se com esta expressão, o contrato — como instrumento técnico-jurídico para a realização de operações económicas — e o direito dos contratos — como conjunto de regras legais e jurisprudenciais que lhe definem a disciplina e, portanto, as modalidades de funcionamento — terem assumido e assumirem vários papéis e funções reais, historicamente diversos em qualidade e relevância de acordo com os vários contextos e várias formas de organização económico-social de tempo em tempo prevaletentes.

A diversificação dos contratos, o aparecimento de novas categorias, a standartização da figura, o declínio do princípio da autonomia da vontade, a inflação do seu conteúdo obrigatório e a atenuação do seu poder, assim como a cada vez maior intervenção dos poderes públicos na vida do contrato, todas essas circunstâncias resumiu-as Jossierand na consagrada fórmula dirigismo contratual significando-se assim que o contrato passou a ser uma operação dirigida quer por uma das partes quer pelo poder público.

O mútuo consentimento das partes começa a faltar ou a inexistir em determinadas categorias contratuais, maxime nos chamados "*Diktierte Verträge*", tentam-se já caracterizar figuras paracontratuais ou pseudo contratuais em que esse *mutuus consensus* fenece.

Já se vinha falando num declínio, numa crise, ou numa decadência do contrato.

Há, porém, quem veja a paisagem contratual sob outro prisma.

Jossierand, por exemplo, duvidava da justeza do pessimismo generalizado entre os civilistas, entendendo que de qualquer modo "ainda hoje e apesar das transformações que tem vindo a sofrer, ele figura ainda no número de mortos que se portam bastante bem". E opina que talvez em relação a ele se não deva pôr a questão do declínio, do crepúsculo, mas a de transformação ou renovação; ao conceito tradicional do direito romano, tal como o tinham acolhido os redactores do nosso Código Civil, sucede um instrumento jurídico muito diferente que se apoia em postulados diversos dos do direito

tradicional, mas não deixa de ser dotado de uma grande vitalidade e cujo papel longe de estar diminuído será mais importante, mais carregado de juridicidade que o do seu antecessor ⁸.

Mais recentemente, Enzo Roppo ⁹ chama a atenção para o irrealismo que as posições nostálgicas em relação ao contrato oitocentista patenteiam. Este "se resultava adequado num sistema económico individualista e pouco dinâmico em que as trocas eram geralmente bem ponderadas e conservavam um certo carácter "pessoal" — não podia satisfazer a moderna economia de massas." Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é de facto o de garantir a celeridade nas contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objectivos requerem que as transacções sejam assumidas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são conseqüentemente incompatíveis com o atribuir relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade. Tudo isto tem como consequência o processo de objectivação do contrato.

O contrato começa a ser olhado na sua dimensão actual e não comparando-o saudosamente com o modelo napoleónico. É certo que podemos desabafar com Savatier: "elle était si belle et si simple la notion de contrat dans le code civil"; essa simplicidade e beleza tinham, no entanto, um preço que nos esquemas contratuais actuais não é pago.

Fala-se já num "impulso do contrato" (Josserand), num "empolamento da sua dimensão social" (Antunes Varela) ou ainda numa "floração contratual" (Roubier), acrescentando Josserand que "se vive cada vez mais contratualmente".

Independentemente da polémica acerca do decrescer ou do renascer do contrato, um dado é incontroverso: a acentuação do social em detrimento do individual, o que arrasta um sem número de restrições à liberdade contratual

⁸ JOSSERAND, Louis, (préf. David Deroussin), *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, [Daloz](#), coll. « Bibliothèque Daloz », 2006.

⁹ ROPPO, Enzo, "O contrato", Coimbra, Almedina, 2009 (tradução de Ana Coimbra e M. Janeiro C. Gomes).

das partes, que no que respeita à liberdade de celebrar ou não o contrato, quer no que à liberdade de modelação do conteúdo concerne.

Zonas há, porém, que merecem da parte do legislador uma particular atenção: são os contratos que mercê dos interesses que movimentam, das relações que estabelecem, dos direitos e expectativas a que dão corpo, assumem na vida das pessoas uma especial importância. É o que se passa sobretudo com os contratos de trabalho e os contratos de arrendamento para habitação.

Fala-se assim amplamente numa socialização do direito ou numa tendência social do direito moderno.

No sistema jurídico português, a evolução intelectual do legislador reflecte uma constante da evolução do direito: a regular progressão para a sua humanização, instaurando e conservando um equilíbrio entre forças rivais.

O desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial tem provocado várias críticas às estruturações liberais, promovendo múltiplas limitações à autonomia privada. Tal sucede por via jurídica, designadamente nas áreas sensíveis do arrendamento e do trabalho; mas isso acontece, ainda, no simples plano dos factos, onde por razões práticas ou de mera opção dos sujeitos mais poderosos, a liberdade jurídica se cifra na submissão a esquemas pré-estabelecidos.

Esta evolução obriga a perguntar pelo futuro da autonomia privada e pela sua própria situação actual.

A existência — e mesmo ampliação — de limites não deve fazer perder de vista o essencial. Muitas vezes, a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhe sejam apostos; de outro modo, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras.

Além disso, verifica-se que as dificuldades práticas por vezes colocadas à autonomia privada promovem seja medidas jurídicas tendentes à sua preservação — por ex^o, as regras atinentes às cláusulas contratuais gerais —, seja uma transposição para níveis colectivos — por ex^o a autonomia laboral colectiva, ao abrigo da qual sindicatos e associações de empregadores celebram

convenções colectivas de trabalho. A autonomia privada enriquece-se, assim, com novas manifestações, quando contraditada.

A experiência actual da prática jurídica em diversos domínios permite ainda ir mais longe: a autonomia privada, quer pela particular legitimidade que faculta às soluções que dela promanam — elas são sempre, por definição, consensuais —, quer pelo próprio equilíbrio que confere às decisões que provoque, tem sido usada, com êxito, fora do Direito Civil. A mera referência a tratados e convenções internacionais, a contratos administrativos e a contratos económicos ou ao direito da concorrência, fortemente incrementado pelo Direito Comunitário, permitem documentar essa afirmação.

O advento da revolução industrial desencadeado no século XIX em Inglaterra havia dado lugar ao aparecimento de um novo modelo de sociedade: a sociedade de massas. Com este fenómeno verificou-se também a massificação do comércio jurídico.

Face a esta nova realidade, as empresas viram-se obrigadas a alterar o seu modelo de contratação, como forma de reacção às necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia inerentes à produção e à distribuição em série. Na verdade, a individualização de cada contrato acarretava custos avultados e um dispêndio de tempo que não era compatível com a celeridade exigida pelo mercado.

Com este propósito, as empresas introduziram no comércio jurídico modelos negociais, a que pessoas indeterminadas se limitavam a aderir, sem oportunidade de discussão ou de introdução de modificações. Assim, surgiam os contratos de adesão, nas palavras de Mota Pinto, “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”¹⁰.

Na realidade, este novo modelo tinha a vantagem de permitir que os superiores hierárquicos delegassem o poder de contratar aos seus subalternos; factor da máxima importância, se tivermos em conta a política de expansão

¹⁰ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX (1973), nºs 2, 3 e 4, pág. 124.

das empresas decorrente do surgimento das sucursais, agências, filiais e delegações.

Além disso, os empresários podiam recorrer aos serviços de especialistas que elaboravam modelos negociais, normalmente imunes a quaisquer riscos para as suas empresas. Ora, se tivermos em conta que estes contratos se destinavam a ser utilizados em série, conseguimos adivinhar os elevados benefícios que representavam para a economia das empresas.

Porém, esta nova realidade acarretava uma quantidade substancial de inconvenientes para o aderente, tanto no plano da formação do contrato, como no plano da justiça das cláusulas ou no plano da reacção jurídica às eventuais injustiças. Em boa verdade, a adopção deste novo modelo de contratação restringia seriamente as tradicionais negociações prévias entre as partes, sendo o aderente obrigado a aceitar contratos injustos que lhe vedavam os meios de reacção.

Na verdade, era comum que os utilizadores das cláusulas contratuais gerais se aproveitassem da sua elevada posição económica, social e até dos seus elevados conhecimentos jurídicos, para criarem contratos injustos, face aos quais, os seus clientes só tinham uma de duas hipóteses: ou rejeitavam o contrato na sua totalidade, e com isso prescindiam, não raras vezes, de bens ou serviços essenciais; ou aceitavam em bloco as cláusulas de um contrato que nunca aceitariam celebrar, se tivessem tido outra alternativa para a aquisição do bem ou serviço que pretendiam.

Por outro lado, não menos frequente era a circunstância de as cláusulas contratuais gerais se caracterizarem pela sua elevada densidade, uma vez que, geralmente regulavam todas as situações de possível verificação entre as partes.

Além disso, as cláusulas contratuais gerais apresentavam na maioria dos casos a característica da complexidade, ou seja, eram habitualmente elaboradas a um nível técnico-jurídico tão extremado que obstava a que pudessem ser interpretadas por leigos.

A somar-se a esta situação, as cláusulas contratuais gerais surgiam, na maioria das situações, em formulários ou impressos escritos em letra de

dimensão reduzida e de difícil leitura, sendo comum o facto de os aderentes não as analisarem em profundidade, cingindo-se apenas a preencher os espaços em branco, normalmente destinados à sua identificação e assinatura.

Apesar de todas estas vicissitudes, para o utilizador era bem mais vantajoso perder um escasso número de clientes que não aceitasse contratar naquelas condições, do que alterar os termos da contratação porque essa alteração acarretaria avultados custos para a vida empresas.

Voltando um pouco atrás, há a considerar que a liberdade de contratar envolve nos dois termos da expressão a junção de duas ideias sucessivas de sinal oposto.

Por um lado, através do termo liberdade, exprime a faculdade de os indivíduos formularem sem limitações as suas propostas e decidirem sem nenhuma espécie de coacção externa sobre a adesão às propostas que outros lhes apresentem. As pessoas são livres na decisão de contratar ou de não contratar, na escolha da pessoa com quem hajam de contratar, na sua própria retratação, enquanto a proposta não chega ao poder do destinatário (artº 230º do CC), na modificação ou extinção do seu acordo. Se o poder de livre decisão for violado, sendo o declarante coagido a aceitar ou a formular qualquer proposta, o contrato não produzirá nenhum efeito ou será anulável, consoante haja coacção absoluta (artº 246º do CC), ou simples coacção moral (artº 256º do CC).

Por outro lado, a liberdade reconhecida às partes aponta para a criação do *contrato*. E o contrato é um instrumento jurídico vinculativo, é um acto com força obrigatória. É a *lex contractus*. Liberdade de contratar é, por conseguinte, a faculdade de criar sem constrangimento um instrumento objectivo, um pacto que, uma vez concluído, nega a cada uma das partes a possibilidade de se afastar unilateralmente dele — *pacta sunt servanda*. A razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito. Ao interesse da livre ordenação dos interesses recíprocos das partes sucede a necessidade de protecção da *confiança* de cada uma delas na validade do pacto firmado. E essa vinculação recíproca não viola o princípio da

autonomia privada, na medida em que assenta sobre a auto-determinação de cada um dos contraentes.

Atribuindo força vinculativa ao acordo das partes, extraem-se do princípio da autonomia privada as consequências de que ele logicamente comporta no campo da criação do direito.

“As convenções legalmente formadas — diz nesse sentido o artº 1134º do Código Civil francês —, valem como lei para aqueles que as fizeram”.

“O contrato tem força de lei entre as partes”, afirma, por sua vez, em termos não menos expressivos, o artº 1372º do Código Civil italiano.

Com o mesmo alcance prático prescrevia o artº 702º do Código de 1867 que *“os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes...”*

E doutrina análoga consigna o artº 406º, nº 1, do Código Civil vigente, ao proclamar que *“o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.”*

É portanto no sentido complexo resultante das considerações precedentes — livre criação de um acto vinculativo para cada um dos contraentes — que deve ser entendida a liberdade de contratar ¹¹.

A liberdade de contratar sofre, porém, limitações ou restrições em vários tipos de casos.

Há múltiplos casos em que as pessoas, singulares ou colectivas, têm o dever jurídico de contratar, logo que se verifiquem determinados pressupostos.

Quando assim seja, a pessoa que se recusa a contratar pratica um acto ilícito, que pode constituí-la em responsabilidade perante aquela que deseja realizar o contrato. Assim sucede com a promessa negocial de contratar.

¹¹ Cfr. neste sentido, cfr. VARELA, António Antunes, *“Das Obrigações em Geral”*, Vol. I, 9ª Edição, Coimbra, Almedina, 1996, pág. 247.

São também obrigadas a contratar, em certos termos, as empresas concessionárias de serviços públicos (transportes, comunicações, abastecimentos de água, fornecimento de energia eléctrica, gás, etc.), sempre que o acto constitutivo da concessão ou os regulamentos aplicáveis lhes não permitam recusar a celebração do contrato, sem especial causa justificativa.

O facto de estas actividades respeitarem a bens essenciais à vida dos cidadãos e se exercerem em regime de exclusivo, como é vulgar no sistema económico dos próprios estados capitalistas, justifica que a entidade concessionária (quer se trate de empresa pública, quer de empresa mista ou privada) não possa recusar a celebração do contrato com qualquer utente que preencha os requisitos de utilização do serviço fixados nos respectivos regulamentos.

Restrição semelhante incide ainda, por força de lei expressa, sobre pessoas que desempenham profissões liberais cujo exercício esteja condicionado à posse de certo título de habilitação ou à inscrição em determinados organismos.

Assim sucede nomeadamente com os médicos, que não podem, salvo caso de força maior, recusar a prestação de assistência, quanto aos socorros de extrema urgência a um doente ou sinistrado em perigo imediato, e que são igualmente obrigados a prestar os serviços da sua especialidade, sempre que não haja outro médico a quem o doente possa recorrer.

Imposição semelhante, embora de aplicação menos intensiva, recai sobre os advogados e os solicitadores.

Tem sido muito debatido na doutrina se haverá uma obrigação de contratar quanto aos bens essenciais à vida das pessoas, havendo muito quem se incline para a solução restritiva da liberdade de contratar: uns com fundamento na situação de facto (monopólio) em que certas empresas se encontram e que, num plano de razoabilidade, as obrigaria a não recusar a celebração do contrato; outros, tomando como critério a importância vital dos bens a que o contrato se refere, a pretexto de que não devem ser recusados aos interessados na sua aquisição; outros, finalmente, aplicando a semelhantes

condições os princípios que, especialmente através da coordenação do abuso do direito, condicionam o exercício de todo o direito subjectivo.

Tais limitações, funcionando como excepções ao princípio da liberdade de contratar consagrado no artº 405º, só deviam ter-se como válidas quando a lei explícita ou implicitamente as estabelecesse, sem violação dos princípios constitucionais. É duvidoso que as possa sufragar o preceito que condena o abuso do direito, visto que a liberdade de contratar não constitui, em bom rigor, um direito subjectivo, cujo exercício seja capaz de constituir o respectivo titular em responsabilidade civil perante terceiros.

Há, todavia, uma disposição constitucional com manifesto interesse para o problema em exame. Trata-se do princípio da igualdade (artº 13º da CRP), que parece condenar, pelo seu espírito, toda a recusa de contratar que envolva carácter discriminatório, em termos que ofendam o preceito constitucional.

E há, sobretudo, na chamada Lei de defesa da concorrência (Dec. Lei nº 422/83, de 3/12), várias disposições que não só proíbem, como punem certas práticas restritivas da livre concorrência, entre os quais o legislador expressamente incluiu “*a recusa de venda de bens ou de prestação de serviços*” ainda “*que se trate de bens ou serviços não essenciais*” (artºs 3º e 11º do diploma citado) - abrangendo assim, por maioria de razão os bens e serviços essenciais.

Restrições à liberdade de contratar, mas de sinal contrário às atrás mencionadas são (além das que se estendem a certas categorias de pessoas: proibição de acesso dos menores a certos espectáculos públicos) as provenientes das normas que proíbem a realização de alguns contratos com determinadas pessoas: cfr. artºs 579º e 876º CC, quanto à cessão e à venda de direitos ou coisas litigiosas; o artº 877º CC, relativamente à venda feita por pais a filhos ou por avós a netos, sem o consentimento dos outros filhos ou netos; o artº 953º CC, quanto à doação a favor das pessoas abrangidas pelas indisponibilidades relativas, constantes dos artºs 2192º e 2198º CC.

Dentro do capítulo das limitações à liberdade de contratar cabem ainda os casos em que, sem prejuízo da liberdade inicial dos contraentes, a lei impõe a um deles a renovação do contrato ou a transmissão para terceiro da posição contratual da outra parte.

Figuram ainda entre as limitações à liberdade contratual os casos em que, para contratar, certas pessoas necessitam do consentimento ou do assentimento de outrem, e aqueles em que a validade do contrato livremente celebrado entre as partes depende da aprovação de certa entidade.

É o caso dos cônjuges, que necessitam do consentimento um do outro, para alienarem os bens compreendidos no n.º 3, al. a) do art.º 1682.º, e nos n.ºs 1 e 2 do art.º 1682.º-A CC; e o do inabilitado, que necessita de autorização do curador para os actos de disposição entre vivos e todos os demais que constem da sentença de inabilitação (art.º 153.º, n.º1 CC). E é ainda o caso dos representantes legais dos incapazes, que necessitam de autorização do tribunal (cfr. art.ºs 1889.º, 1938.º, 139.º e 140.º CC) para a realização de certos actos jurídicos.

No capítulo das *limitações à liberdade de contratar*, merece uma referência especial, pelos múltiplos aspectos em que se desdobra, o curioso e significativo movimento, de carácter a um tempo legislativo e administrativo, que tem dado pelo nome genérico de *defesa do consumidor*.

Sendo reconhecidos os perigos gravíssimos que para as bolsas mais magras, os orçamentos familiares mais apertados, a saúde e a própria vida das pessoas arrastaria a plena liberdade de contratar nas áreas nevrálgicas das fraquezas humanas, nenhuma surpresa podem causar ao jurista as fortes limitações com que a lei e os regulamentos administrativos procuram combater, limitar, regular ou moderar os contratos que as pessoas pretendam realizar nesse domínio.

É neste vasto universo de manifestações diversificadas da objectivação e despersonalização dos institutos cardiais do direito privado que se inscreve o fenómeno da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Todavia, a evolução foi muito lenta e insuficiente. A verdade é que os instrumentos gerais não eram adequados para resolver questões inteiramente novas.

Para além disso, havia uma ambiguidade na colocação da questão. Falando-se em “contrato de adesão”, referia-se uma modalidade de contrato, caracterizada por ser imposto em bloco sem possibilidade de discussão pelos

destinatários. Mas a questão era mais vasta, e diferente. Não se tratava de um tipo de contrato, mas de uma categoria de cláusulas. Bastava que uma cláusula fosse imposta *ne varietur*, ainda que todas as outras fossem objecto de negociação, para que a questão da maior força negocial se suscitasse. Não haveria então contrato (todo) de adesão, mas haveria cláusula(s) unilateralmente imposta(s).

Verificadas as situações de desigualdade material originadas pela utilização abusiva deste modelo contratual, o poder legislativo começou a sentir a necessidade de intervir nesta matéria, mas só com o Código Civil italiano em 1942 se dá o grande passo neste sentido. Este prevê as chamadas condições gerais dos contratos. E determina que as cláusulas onerosas devem ser expressamente aceites.

A lei alemã de 1978, chamada AGBGesetz, dá outro passo. Faz uma regulação mais completa, que se tornou paradigmática. E entra na valoração do conteúdo, determinando quando estas cláusulas gerais são proibidas.

Há porém que observar que, mais ainda talvez que a proteger o aderente, a lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. A primeira preocupação é impor que estas cláusulas se integrem no conteúdo do contrato. O critério determinante é colocado na cognoscibilidade: as cláusulas compõem o contrato, desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas.

Temos assim consolidada a categoria das “condições gerais dos contratos”, como cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas, que não têm possibilidade de discutir o seu conteúdo.

As várias ordens jurídicas europeias foram regulando esta matéria.

No entanto, tendo em conta, a inércia de alguns estados-membros, entre os quais Portugal, o Conselho da Europa aconselhou através de sucessivas recomendações a criação de instrumentos eficazes de protecção dos direitos dos consumidores.

Em consequência, o ministro da justiça do X governo constitucional, Mário Raposo, encomendou ao Dr. Mário Júlio de Almeida Costa, a

elaboração de um anteprojecto com o objectivo de regular estas matérias. Para prosseguir este objectivo, Almeida Costa contou com a colaboração de Menezes Cordeiro e ainda convidou o Dr. José Eduardo Tavares Sousa para suprir as questões de índole processual que se iriam colocar ao longo da elaboração do anteprojecto.

O fruto deste trabalho foi o Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro que veio a sofrer alterações introduzidas por razões respeitantes à transposição da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. A primeira alteração deu-se com a entrada em vigor do Decreto-Lei no 220/95, de 31 de Agosto e a segunda com a entrada em vigor do Decreto-Lei no 249/99, de 7 de Julho.

A lei portuguesa trouxe um progresso no ponto de vista da designação, uma vez que passou a falar de “cláusulas contratuais gerais”, em vez de “condições gerais dos contratos”. Assim evita o termo *condição*, que é ambíguo. Na opinião de Oliveira Ascensão ¹², poderia ter avançado mais no saneamento terminológico, se tivesse adoptado a epígrafe “cláusulas *negociais* gerais”. Com efeito, pode haver cláusulas inalteravelmente predispostas em negócios unilaterais: seja o caso de valores mobiliários, como os relativos a derivados (futuros e opções).

Ainda no domínio da terminologia, falamos em *predisponente* para designar aquele que dita inalteravelmente as cláusulas do negócio. Pouco interessa que, no rito negocial, ele apareça como o proponente ou o aceitante. Assim, nos contratos de seguros, a companhia surge formalmente como o aceitante de propostas que lhe são dirigidas. Mas é ela quem predispõe unilateralmente as cláusulas, e por isso é o predisponente.

Do outro lado está o aderente. A sua posição é sempre a de aderente às cláusulas contratuais gerais. A designação não implica qualquer retorno à figura do “contrato de adesão”.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil”, cit.

De todo o modo, a disciplina das cláusulas contratuais gerais evoluiu a partir daí no sentido de se concentrar sobretudo na determinação das cláusulas predispostas que deveriam ser proibidas. Ou através do controlo por cláusulas gerais, como a boa fé, ou através de elencos de cláusulas inadmissíveis, ou por formas mistas, entra-se directamente na apreciação do conteúdo.

A partir da segunda metade do séc. XX surge, pois, este novo instituto: o das cláusulas abusivas, por influência dominante do movimento de protecção do consumidor.

O consumidor é a parte negocialmente mais fraca, e há que protegê-lo contra cláusulas abusivas, porque emanação da maior força do fornecedor.

Mas o carácter abusivo da cláusula não está dependente de esta ser geral ou singular. Mesmo em contratos individualmente pactuados surgem cláusulas abusivas: aqui se dá a separação da técnica das cláusulas contratuais gerais. A questão estará então somente em determinar os critérios da abusividade das cláusulas.

Esta categoria foi irrompendo em numerosas leis de defesa do consumidor da Europa. A Comunidade Europeia desenvolveu regras sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Essas regras vieram a ser transpostas para os ordenamentos internos, passando normalmente a figurar nos mesmos diplomas que regulavam já as cláusulas contratuais gerais. A coexistência não foi pacífica, porque as cláusulas abusivas individuais não se prestam à disciplina que foi estabelecida tendo em vista as cláusulas gerais.

Embora já pudessem ser encontradas algumas referências ao problema na primeira Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto (a alínea a) do artigo 7.º refere-se a “contratos tipo” e a alínea b) do mesmo artigo a “redacção de forma clara e precisa, e em caracteres facilmente legíveis, sob pena de se considerarem como não escritas”) –, foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que, ainda antes do diploma comunitário, e inspirado no direito alemão, veio regular o regime aplicável às “cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar” (artigo 1.º, na redacção originária).

3. O Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro

3.1. Âmbito de aplicação.

Como é sabido, foi pois o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu entre nós o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Diploma este que se mantém em vigor, com as modificações que lhe foram entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e, há pouco tempo, de novo, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

Entretanto, em 25 de Julho de 1996, entrou em vigor, na Alemanha, a lei aprovada em 19 de Julho desse ano, que modificou a célebre AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976, a qual serviu de modelo ao legislador português. Há a referir ainda, no que respeita à União Europeia, a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Esta directiva proíbe as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, disciplinando, pois, estes contratos, mas limita o seu âmbito aos contratos de adesão com consumidores.

No plano doutrinal, a actualidade do tema é também evidente, como se comprova pelos inúmeros artigos de revista, monografias, conferências, colóquios e congressos que o tomam por objecto. Refira-se, a título exemplificativo, que a “European Review of Private Law” dedicou um número inteiro, em 1995, ao problema, publicando num volume especial os textos das conferências proferidas em Itália, no Seminário de 29 e 30 de Setembro de 1994, promovido pelo Instituto Universitário Europeu, de Florença ¹³.

¹³ Cfr. a “European Review of Private Law” vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 173, ss, sobre The Impact of European Integration on Private Law: The Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (com artigos de C. Joerges, W. C. Whitford, A. Bénabent, Giorgio de Nova, Pinto Monteiro, E. Hondius, A. de Moor, M. Tenreiro, Norbert Reich, S. Weatherill, H. Koch, E. Rodríguez, L. Cannada-Bartoli, H. Collins e W. van Gerven).

A mesma Revista haveria de voltar ao assunto em 1997, desta vez para dar conta da transposição da Directiva 93/13/CEE nos vários países da Comunidade: cfr. o vol. 5, n.º 2, 1997, pp. 121, ss. (com artigos de E. Hondius, W. Posch, Eric Balate, Thomas Wilhelmsson, Helène Davo, Norbert Reich, Elisa

Este interesse pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, pelos contratos “standard” ou contratos em série (a terminologia é variada e pode levantar problemas), este interesse da doutrina em analisar tais contratos ou modo de contratação e do legislador em fixar o seu regime jurídico, corresponde à grande importância prática de que eles se revestem, na actualidade.

Com efeito, estamos perante “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”¹⁴, perante um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. Dir-se-á que à produção e distribuição “standard” corresponde, no plano negocial, a contratação “standard”: produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes. Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro.

Estas especificidades implicam riscos ou perigos acrescidos para o aderente, isto é, para o parceiro contratual que celebra o contrato aderindo às condições gerais utilizadas pela outra parte. Esses riscos acrescidos ou problemas especiais surgem em três planos, como explicarei mais à frente: no plano da formação do contrato ou da tutela do consentimento; no da justiça contratual das cláusulas; e no dos modos de reacção jurídica, particularmente de índole processual.

Alexandridou, Guido Alpa, M. Elvinger, Pinto Monteiro, Javier Lete, Ulf Bernitz e Chris Willett).

¹⁴ Subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973.

Mas há um problema prévio que tem de pôr-se: valerão as soluções da lei portuguesa, tal como as soluções de todas as leis que disciplinam o problema sob o prisma das cláusulas contratuais gerais, para todos os contratos de adesão? Por outras palavras, serão as normas consagradas em tais leis de aplicar sempre que o contrato seja de adesão ou, apenas, quando ele tiver sido concluído com base em cláusulas contratuais gerais?

Está em causa um problema de fundo, o qual levou à alteração da lei alemã em Julho de 1996, motivada pela directiva europeia de 1993. Problema este que se prende com a própria caracterização e compreensão do fenómeno, e que tem a ver, também, com o modo de o designar: contratos de adesão ou cláusulas contratuais gerais? estar-se-á, afinal, perante a mesma coisa?

O nº1 do artigo 1º do Decreto-Lei no 446/85 de 25 de Outubro estabelece que “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar” se regem pelo referido diploma. Da leitura deste preceito, resulta a necessidade da cumulação de cinco requisitos para que possamos integrar no âmbito deste regime, um determinado contrato: A unilateralidade, a pré-elaboração, a rigidez, a generalidade e a indeterminação¹⁵.

Em primeiro lugar, é necessário que as cláusulas sejam unilateralmente formuladas, ou seja, que só o predisponente intervenha na sua elaboração.

Em segundo lugar, é fundamental que as cláusulas sejam pré-elaboradas, isto é, que sejam formuladas numa fase estática, anterior à fase da entrada em negociações. No fundo, o que se exige é que as cláusulas tenham sido elaboradas antes da fase dinâmica em que efectivamente se constitui a relação contratual.

Por outro lado, é indispensável que se verifique o pressuposto da rigidez. Esta exigência significa que no âmbito das cláusulas contratuais gerais, não tem cabimento qualquer situação em que ao aderente seja conferida a possibilidade de alterar ou negociar o conteúdo das cláusulas predispostas. Por

¹⁵ Cfr. MONTEIRO, António Pinto, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in ROA, ano 62 – Vol. I, 2002, págs. 1-32.

este motivo, pode afirmar-se que estamos perante cláusulas contratuais gerais, quando ao aderente não é oferecida qualquer outra escolha que não seja a da aceitação ou rejeição em bloco das cláusulas pré- elaboradas.

Além disso, de acordo com o pressuposto da generalidade, é forçoso que as cláusulas contratuais gerais se destinem a todos ou a uma determinada categoria de contratos que o predisponente venha a realizar no futuro.

Por último, e intimamente ligado ao pressuposto da generalidade, deve verificar- se ainda o requisito da indeterminação que implica que as cláusulas sejam redigidas para um número indeterminado de pessoas.

Cumprе esclarecer que embora frequentemente se utilizem em sinonímia as expressões “contratos de adesão” e “cláusulas contratuais gerais”, a verdade é que estas podem não corresponder exactamente à mesma realidade, o que significa que há casos em que embora possamos estar perante um contrato de adesão, não estamos perante cláusulas contratuais gerais.

Na verdade, enquanto o conceito de cláusulas contratuais gerais exige a cumulação das cinco características atrás mencionadas (a unilateralidade, a pré- elaboração, a rigidez, a generalidade e a indeterminação), o conceito de contrato de adesão prescinde de dois desses requisitos (da generalidade e da indeterminação). Logo, no caso dos contratos de adesão não se exige que as estipulações se destinem a uma generalidade de contratos a realizar no futuro, nem que sejam previamente redigidas para um número indeterminado de sujeitos.

Feita esta ressalva, vejamos então de que forma, foram disciplinadas estas realidades distintas.

O n.º 2 do artigo 1.º introduzido pelo Decreto-Lei n.º 249/99 de 7 de Julho veio alargar o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais, estabelecendo que o mesmo também se devia aplicar a cláusulas inseridas em “contratos individualizados mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

A introdução desta norma teve na sua génese, a discordância então existente entre o legislador português e a Comissão Europeia que entendia

que a directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, não tinha sido devidamente transposta.

Na verdade, enquanto a referida directiva abrangia todos os contratos de adesão; até à introdução do nº 2 do artigo 1º, o legislador português tinha-se limitado a regular apenas os contratos de adesão que tivessem por base cláusulas contratuais gerais.

Neste sentido, a criação desta norma veio estender o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais a casos em que se não verifiquem as características da generalidade e indeterminação, isto é, a todos os contratos de adesão, independentemente de terem ou não por base cláusulas contratuais gerais.

No entanto, a solução alcançada pela introdução deste preceito, tem vindo a ser alvo de críticas por parte da doutrina. Em primeiro lugar, porque o uso da expressão “contratos individualizados” é dissonante do resto do diploma, onde aliás, não volta a ser aplicada. Por outro lado, devido à evidente incongruência na utilização do tempo verbal, uma vez que a norma começa por estabelecer que o diploma se aplica “às cláusulas inseridas em contratos individualizados”, mencionando no final “mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”. Ora, se se utilizou o passado no início da frase, também deveria ter sido utilizado no seu final.

Além disso, a expressão “não pode influenciar” parece ser insuficiente, uma vez que o intérprete fica sem saber por que motivo não pôde o aderente influenciar o contrato. De facto, esta solução poderia conduzir-nos a interpretações evitáveis; por exemplo: não pôde influenciar porque houve coacção moral; ou não pôde influenciar porque houve dolo ou erro. Em todo o caso, a única interpretação defensável parece ser a de que o aderente não pôde influenciar o conteúdo do contrato porque as cláusulas foram elaboradas *sem prévia negociação individual* e nada mais lhe restou senão aceitá-las ou rejeitá-las em bloco. Aliás, se não fosse esta a interpretação mais acertada, poderíamos ser levados a crer que o legislador tinha pretendido alargar o âmbito de aplicação deste diploma a quaisquer contratos, que mesmo não sendo de adesão, tivessem por base uma proposta negocial que o destinatário

não pudesse influenciar. Até mesmo, tendo em conta o princípio da interpretação conforme o direito comunitário, não parece ser esse o espírito do legislador.

A somar-se a esta situação, critica-se que o legislador não tenha exceptuado a acção inibitória destes casos do nº 2 porque pela sua natureza, a acção inibitória pressupõe cláusulas contratuais gerais, ou seja, cláusulas que componham as características da generalidade e indeterminação, não fazendo sentido aplicá-la no âmbito dos contratos individualizados.

De qualquer modo, cumpre realçar que apesar de a directiva visar apenas as relações entre profissionais e consumidores, o legislador nacional continuou a optar por abranger também as relações entre empresários, preferindo até inserir nesta norma a palavra “destinatário” e não a palavra “consumidor”.

Uma das características mais marcantes do direito contratual contemporâneo é de um número significativo de contratos — dos mais importantes da vida económica e empresarial moderna — ser celebrado em conformidade com as cláusulas previamente redigidas por uma das partes (ou até por terceiro), sem que a outra parte possa alterá-las. Daí serem eles designados por contratos de adesão, fórmula que traduz a posição da contraparte e realça o significado da aceitação: mera adesão a cláusulas pré-formuladas por outrem. Avultam, nesta noção, três características essenciais: a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez. São elas as características que definem os contratos de adesão em sentido estrito.

Estes contratos são normalmente celebrados com base em cláusulas ou “condições gerais” previamente redigidas. Quer dizer, a pré-disposição consiste, via de regra, na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro ou, pelo menos, de certa categoria de contratos: trata-se, “hoc sensu”, de cláusulas contratuais gerais. A esta característica da generalidade anda associada uma outra, a indeterminação: as cláusulas são previamente redigidas para um número indeterminado de pessoas.

É a intenção uniformizadora que leva a este procedimento, a fim de os contratos que vierem a ser concluídos obedecerem todos ao mesmo padrão ou modelo. O que permite responder às necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que impuseram e justificam o recurso a este modo de formação do contrato.

Pensemos nos contratos de seguros, bancários, de locação financeira (“leasing”), informáticos, de transporte, de fornecimento de energia eléctrica, água e gás, de prestação do serviço telefónico ou, até, nos contratos pelos quais se adquire, hoje em dia, um electrodoméstico ou outro bem de consumo corrente. Neles estão presentes, em regra, todas as características dos contratos de adesão em sentido amplo: a pré-disposição, a unilateralidade, a rigidez, a generalidade e a indeterminação. Alguém, normalmente uma empresa, elabora previamente as cláusulas (ou “condições”) que irão fazer parte de todos os contratos que vier a celebrar, seja com quem for. Isto não impede, naturalmente, eventuais negociações entre as partes quanto a alguns aspectos do contrato — no essencial, porém, ele será rígido, no todo ou em parte, pelas cláusulas previamente formuladas, sem que o aderente possa alterá-las. Tais cláusulas não são, pois, o resultado das negociações — pelo contrário, elas antecedem eventuais negociações, são elaboradas antes e independentemente de quaisquer (hipotéticas) negociações.

Há, assim, que separar duas fases: a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase estática; e a da celebração de cada contrato singular, isto é, a fase em que se celebra efectivamente o contrato com alguém, que é a fase dinâmica em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de adesão e que integra aquelas cláusulas.

Estas duas fases constituem dois momentos distintos do processo de contratação. E originaram diferentes designações para o mesmo fenómeno: com efeito, contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos “standard”, etc, tem sido, como se sabe, a terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade. Pondo de lado a distinção entre contratos de e por adesão — que poucos seguidores tem tido —, a alternativa tem-se colocado entre as expressões

contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais (ou condições gerais dos contratos).

Ora, se é certo que se trata, frequentemente, de designar de forma diversa o mesmo processo, a verdade é que, em rigor, a fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais.

Na verdade, em regra o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais. Estas últimas são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão — mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação. Estamos assim perante um primeiro problema, particularmente sentido nos países, como Portugal e a Alemanha, que, dispendo de legislação sobre cláusulas contratuais gerais, têm de a estender a todos os contratos de adesão quando o aderente for um consumidor, por força da Directiva comunitária de 1993 (a já referida Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril). Esse alargamento do âmbito de aplicação da lei veio a ser feito, como já referimos na Alemanha por lei de 19 de Julho de 1996, que introduziu alterações à AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976. No que a este ponto diz respeito, a alteração consistiu na consagração de uma nova norma — o § 24 A — para os contratos com consumidores (Verbraucherverträge), preceituando-se, entre outras coisas, a aplicação dos §§ 5,6 e 8 a 12 também a cláusulas pré-formuladas para uma única utilização, ou seja, a contratos de adesão em que falte o requisito da generalidade. Já em Portugal, por sua vez, o problema permaneceu em aberto, apesar de o legislador ter pretendido transpor a directiva comunitária através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, que introduziu modificações à lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais: o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. E o problema continuou em aberto porque o legislador de 1995 foi omissivo em relação a este ponto.

Pinto Monteiro contudo, defende que este silêncio do legislador português poderia ser interpretado como um silêncio eloquente, permitindo que se estendessem as soluções consagradas na lei a todos os contratos de adesão — excepto a acção inibitória, que, pela sua natureza, pressupõe cláusulas contratuais gerais —, “maxime” aos contratos com consumidores. Ao mesmo resultado levava o princípio da interpretação da lei em conformidade com a directiva, sendo certo, por outro lado, que nada obstaría a que as outras medidas, pela sua razão de ser (sobre o consentimento e sobre o conteúdo das cláusulas), se aplicassem, ainda que faltassem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação ¹⁶.

Mas o problema não se restringe às relações de consumo. Se é verdade que a protecção do consumidor passa pelo controlo dos contratos de adesão, os problemas não devem, de todo o modo, confundir-se nem identificar-se. Pois se é certo que a necessidade de controlar tais contratos é maior quando a contraparte da empresa for um consumidor, a verdade é que o problema é mais amplo, não se esgota na protecção do consumidor, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários.

Foi esta a perspectiva correcta do legislador português (tal como já tinha sido a do legislador alemão). Em todo o caso, não se duvida de que uma das principais medidas da protecção do consumidor consiste na consagração de especiais mecanismos de controlo dos contratos de adesão. Por outro lado, também não se duvida que foi essa “cruzada” dos tempos modernos — a protecção do consumidor — o grande impulsionador dos vários diplomas legislativos sobre as condições gerais da empresa que pelo mundo fora têm vindo a ser aprovados. Contudo, o fenómeno é mais amplo, e não deve confinar-se às relações da empresa com os consumidores, antes sendo de estender, em certos termos, também às próprias relações entre empresários ou entidades equiparadas.

¹⁶ Cfr. MONTEIRO, António Pinto, “*O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*”, cit..

3.2. Modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais.

Os principais problemas que os contratos de adesão levantam são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas; no plano processual, mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que actua a posteriori, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto.

Em face disto, um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato.

Os dois primeiros tipos de problemas resultam, essencialmente, da pré-formulação das cláusulas — daí se indiciar que as soluções para eles encontradas não devam restringir-se, necessariamente, aos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais. Já o último dos problemas e soluções — o controlo preventivo —, porém, só faz sentido quando as cláusulas pré-formuladas forem gerais.

De acordo com o disposto no artigo 2º do Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro, o regime em análise aplica-se a “todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros.”

A leitura do normativo transmite, em primeiro lugar, que este regime se aplica independentemente da forma pela qual as cláusulas são comunicadas ao público, podendo estas ser sugeridas através de vários meios (por escrito com destinatário específico, circular, impresso, painel afixado, anúncio no jornal, meios orais, televisivos, radiofónicos etc.).

Além disso, o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se independentemente de as cláusulas contratuais gerais abrangerem uma regulação integral do negócio ou circunscreverem-se a uma regulação parcial. Por conseguinte, podemos afirmar que a extensão das cláusulas pode ser variável.

Por outro lado, este diploma aplica-se independentemente dos aspectos de disciplina negocial a que se refiram as cláusulas. Verifica-se assim que as cláusulas podem destinar-se a regular qualquer dos aspectos susceptíveis de disciplina negocial.

Enquanto isso, este regime aplica-se independentemente de as cláusulas terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros. Isto porque o legislador pretendeu proteger a parte mais fraca ou desfavorecida e a verdade é que essa parte pode ocupar qualquer das posições acima mencionadas. Aliás, o que se verifica é que a parte que retira vantagens ilegítimas das cláusulas contratuais gerais pode não corresponder necessariamente ao proponente ou à pessoa que as elaborou. Na verdade, pode acontecer que as cláusulas sejam elaboradas por pessoas estranhas ao contrato como sucede no caso das associações profissionais ou de outros interesses.

3.3. Limitações à liberdade de estipulação.

Como já referimos, uma das principais manifestações do princípio da autonomia privada assenta no princípio da liberdade contratual, consagrado no artigo 405º do CC. De acordo com esta norma, o princípio da liberdade contratual decompõe-se em duas vertentes: por um lado, na liberdade de celebração dos contratos, que consiste na atribuição aos particulares, da faculdade de poderem aceitar ou recusar livremente a celebração de contratos; por outro, na liberdade de estipulação ou modelação dos contratos, que

consiste na atribuição aos particulares da faculdade de poderem fixar livremente o conteúdo dos contratos, “desde que o façam dentro dos limites da lei” (cfr. artigo 405º, nº 1 do C.C., no início).

No âmbito das cláusulas contratuais gerais, uma das partes não pode exercer a sua liberdade de estipulação, uma vez que esta se encontra reservada à outra parte; se virmos bem, este desequilíbrio pode acarretar a verificação de efeitos perversos. Um desses efeitos, pode traduzir-se no facto de o contrato ser celebrado, sem que uma das partes se aperceba do seu conteúdo, ou que só o assimile, quando se encontre numa situação de litígio, sendo então, demasiado tarde para reagir. Além disso, pode acontecer que sejam introduzidas no contrato, cláusulas iníquas ou abusivas, que seriam imediatamente rejeitadas por qualquer contraente que tivesse tido a possibilidade de discuti-las.

É por força da eventualidade da ocorrência destas circunstâncias, que o legislador decidiu intervir no sentido de limitar a liberdade de estipulação no âmbito dos contratos de adesão. Com esta restrição, o legislador procurou alcançar dois objectivos: em primeiro lugar, evitar a inclusão no contrato de cláusulas de que o outro contraente não se apercebeu; e em segundo lugar, impedir a aplicação de cláusulas iníquas ou abusivas.

3.4. Exigência da necessidade de aceitação.

Para prosseguir o objectivo de evitar a inclusão no contrato de cláusulas de que o outro contraente não se apercebeu, o legislador estabeleceu no artigo 4º que as cláusulas contratuais gerais se incluem nos contratos mediante a sua aceitação. No fundo, o legislador vem repudiar as teses anti-contratualistas e mistas, que permitiriam que uma das partes pudesse ditar as cláusulas, socorrendo-se de uma espécie de “poder regulamentar institucional”¹⁷. Consagrada a necessidade de aceitação, as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ficam excluídas do contrato;

¹⁷ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota - *“Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica”*, cit..

obviamente, sem prejuízo de poderem ser utilizadas pelo predisponente noutros contratos (nos quais, os aderentes as aceitem). Esta exigência da aceitação estabelecida no artigo 4º é um reforço das regras sobre a perfeição da declaração negocial, designadamente, das normas aplicáveis em caso de falta de consciência da declaração, erro ou incapacidade.

Em todo caso, mesmo que ocorra a aceitação, é ainda necessária a verificação do cumprimento de outros requisitos para que se possam introduzir cláusulas contratuais gerais no contrato singular. Estes pressupostos encontram-se consagrados nos artigos 5º a 7º, e correspondem ao dever de comunicação, ao dever de informação e ao dever de dar prevalência às cláusulas específicas.

A fim de combater o risco de desconhecimento de aspectos significativos do contrato, impõe pois a lei, no artigo 5.º, o dever de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato.

Esta comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência, procurando o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente.

Acresce, a cargo de quem utilize as referidas cláusulas, um dever de informação, consagrado no artigo 6.º, cuja extensão dependerá das circunstâncias, por forma a tornar acessível ao aderente a compreensão do seu conteúdo, mormente dos aspectos técnicos envolvidos. Devem, ainda, ser prestados, nos termos da lei, todos os esclarecimentos razoáveis que tenham sido solicitados.

É claro que o conteúdo deste dever de informação, bem como os termos por que deve ser feita a comunicação prévia das cláusulas contratuais gerais, dependem das circunstâncias, sendo de considerar, designadamente, o facto de existirem já anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor final. Partindo do princípio de que as cláusulas que tenham sido objecto de um acordo específico (v.g., cláusulas

manuscritas) traduzem melhor do que as outras um efectivo consenso, consagra-se, coerentemente, no artigo 7.º, a sua prevalência sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais.

Como o escopo da lei é, neste campo, evitar a sujeição do aderente a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que o foram, mas com violação do dever de informação (em prejuízo, assim, do seu conhecimento efectivo), a consequência, nos termos do artigo 8.º, reside na sua exclusão dos contratos singulares.

Quer dizer: não se consideram integradas no contrato as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos da sua inclusão; o que significa, em suma, que o acordo estabelecido entre as partes não abrange essas cláusulas (art. 8.º, als. a) e b)).

Esta, igualmente, a solução imposta a cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes (art. 8.º, al. d)), bem como às cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real (art. 8.º, al c)).

São abrangidas, por esta última norma, cláusulas que aparentam ser uma coisa mas, afinal, se revelam outra: por exemplo, tendo em conta o contexto em que surge, ou até a epígrafe que a precede, uma cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade do predisponente disfarçada de cláusula de garantia.

Visa-se impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitam, justificadamente, reacções de surpresa (serão as «Überraschende Klauseln», da lei alemã), por não lhe ser exigível — pela forma arditosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pela forma subreptícia ou camuflada com que foram apresentadas — o seu conhecimento efectivo, ainda que previamente comunicadas. Protege-se, assim, a confiança depositada pelo aderente num conteúdo diverso do real, legitimada pelo comportamento fraudulento de quem as predispos nesses termos.

Em qualquer destes casos, pois, a solução ditada pelo artigo 8.º, em coerência com a ratio desta forma de controlo, é de excluir do contrato as

cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos necessários à sua inclusão, mantendo-se o contrato na parte restante, com recurso às normas supletivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no artigo 239.º do CC.

É a solução do artigo 9º, n.º 1, do Decreto-Lei em apreço, impondo-se, porém, a nulidade do contrato singular, nos termos da mesma norma, quando o recurso àqueles elementos não obste, ainda assim, a «uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais» ou a «um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé». Completando, de certo modo, o controlo efectuado ao nível da formação do acordo, dispõe ainda a lei (art. 10º), num outro capítulo, de regras sobre a “interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais”, onde se acolhe o conhecido princípio de que *in dubio contra stipulatorem*.

Estas medidas destinam-se a prevenir o aderente do risco de desconhecimento do (ou de parte do) conteúdo do contrato, procurando contribuir para o seu esclarecimento e suscitar a sua reflexão. Assumem, no entanto, uma importância relativa. Protegem o aderente contra a inserção, mais ou menos subreptícia, de cláusulas prejudiciais aos seus interesses, contribuem para evitar decisões precipitadas, pouco reflectidas, e despertam a sua atenção para os termos do contrato que vai subscrever. Por outro lado, estas medidas poderão actuar, também, sobre o predisponente, pelo efeito dissuasor que tenderão a exercer, em regra, sobre ele, forçando-o a moderar os seus intentos, pois sabe que as suas condições gerais terão, assim, menos possibilidades de escapar à atenção da contraparte.

A sua eficácia, porém, do ponto de vista da tutela do consumidor ou, em geral, do aderente, é reduzida, pois desde logo não o protegem de cláusulas inequitativas ou abusivas a que terá de submeter-se, mesmo que consciente dos riscos que corre, uma vez que não encontra alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que carece e de que não pode prescindir.

Por outro lado, este tipo de medidas fracassa mesmo, por vezes, no seu objectivo, que é o de esclarecer o aderente a respeito do contrato que vai

celebrar: por falta de tempo e/ou de preparação técnica, por resignação, conformismo ou porque tem consciência de que pouco ou nada lhe adianta, o consumidor não lê ou não se interessa em conhecer em pormenor as condições do contrato. E o problema não está, propriamente, no cumprimento, pela empresa, do dever de informação — basta pensar que, no limite, uma informação em excesso pode conduzir ou equivaler, na prática, a uma falta de informação. A não ser que se entenda — e haverá, por vezes, bom fundamento para isso — que em situações deste tipo o dever de informação não é cumprido. Mas convém reflectir, por último, que a empresa poderá sempre argumentar que não é a ela que cabe seleccionar a informação mais relevante para o consumidor ou mais perigosa aos seus interesses, sendo a este, pelo contrário, que lhe compete formular esse juízo, proceder a essa selecção, perante toda a informação que ela lhe disponibiliza — desde que, como dissemos atrás, ela seja adequada, e não equivalha, por excessiva, injustificada ou desproporcionada, a uma falta de informação.

Vem a propósito recordar que a jurisprudência de vários países, numa fase recuada, em que mais timidamente abordou o problema, se escudou sob o controlo do consenso para impedir cláusulas inequitas, afastando-as do contrato por alegado desconhecimento por parte do aderente. Tratou-se, frequentemente, de uma forma dissimulada de controlo sobre o conteúdo, de um controlo travesti, impulsionado por razões de (in)justiça do contrato, mas disfarçado de controlo sobre o consentimento.

Não significa isto, no entanto, que as medidas sobre a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares e sobre a sua interpretação e integração sejam, em si mesmas, inúteis ou inadequadas. Ao invés, tanto umas como outras se ajustam à especificidade dos contratos de adesão e constituem um primeiro passo na protecção do aderente, procurando responder, de modo próprio, a um primeiro problema: o do conhecimento, pelo aderente, das cláusulas pré-fixadas. Mas a sua eficácia é reduzida, “maxime” nas relações com consumidores finais.

3.5. Dever de comunicação.

Com o intuito de conferir ao aderente um conhecimento exacto do clausulado, ou de outra forma, para lhe permitir que formule correctamente a sua vontade, o legislador veio estabelecer no artigo 5º que a comunicação das cláusulas à outra parte deve ser integral, devendo ser realizada de forma adequada e com a antecedência exigida. Sobre este aspecto em particular, cumpre referir que de acordo com o artigo 6º/1, exige-se que o utilizador informe o aderente de todos os aspectos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais que careçam de esclarecimento, nomeadamente, do seu significado e implicações. É de sublinhar que o predisponente deve executar este dever, imprimindo-lhe a intensidade necessária para suprir as necessidades sentidas por um aderente médio, quando colocado na situação do aderente real.

Além disso, nos termos do número 2 do artigo 6º exige-se que o predisponente preste todos os esclarecimentos razoáveis que o aderente solicite.

3.6. Cláusulas que se consideram excluídas.

Se porventura, o requisito do dever de informação não for observado, as cláusulas contratuais gerais consideram-se excluídas dos contratos de acordo com o disposto na alínea b) do artigo 8º. Ao mesmo tempo, se a omissão do dever de informação originar danos para o aderente, o utilizador pode ficar constituído no dever de indemnizar. Por vezes, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, as partes acordam cláusulas distintas das predispostas demonstrando desta forma a vontade de afastar as cláusulas pré-elaboradas por uma delas.

Por esse motivo, nos termos do artigo 7º, as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo que constem de formulários assinados pelas partes ¹⁸.

¹⁸ Importa salientar que segundo Almeida Costa e Menezes Cordeiro, as cláusulas contratuais gerais

A eliminação dessas cláusulas pode todavia acarretar várias consequências relativamente à vigência dos contratos onde se inseriam.

Para solucionar este problema, o legislador estabeleceu no n.º1 do artigo 9.º que excluídas as cláusulas em contravenção, devem aplicar-se à parte afectada do contrato, as normas supletivas com recurso (se necessário) ao regime da integração negocial.

3.7. Cláusulas proibidas.

É comum que o aderente aceite submeter-se a cláusulas injustas ou abusivas quando não tem outra alternativa para adquirir determinado bem ou serviço de que não pode prescindir (nomeadamente nos contratos de fornecimento de electricidade ou gás). Atento a esta situação, o legislador português teve a consciência de que a consagração dos deveres de aceitação, comunicação, informação e de dar prevalência às estipulações específicas, não eram *per se* suficientes para tutelar com eficácia os interesses da parte mais fraca. A verdade é que mesmo que se cumpram todos estes deveres, o consumidor pode deparar-se com cláusulas materialmente injustas ou abusivas com as quais se conforma por não ter outra alternativa.

O legislador apercebeu-se que havia que fiscalizar directamente o conteúdo das próprias cláusulas contratuais gerais. Fê-lo de duas formas: por um lado, impondo a sanção da nulidade para certo tipo de cláusulas, que expressamente proíbe, nulidade essa invocável nos termos gerais (arts. 12.º e 24.º); por outro lado, consagrando uma acção inibitória, com finalidades preventivas.

Adoptou, no essencial, o modelo alemão, enumerando uma série de cláusulas que proíbe em termos absolutos, ao lado de outras, cuja proibição é relativa. O sistema é completado com a consagração de uma cláusula geral,

devem ser sacrificadas, mesmo que o acordo específico celebrado com o objectivo de derogá-las, seja nulo por falta de forma. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida/CORDEIRO, António Menezes – “Cláusulas contratuais gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”. Coimbra: Almedina, 1993, p. 26.

assente na boa fé. Mas fê-lo com a novidade de, logo à partida, e em termos claros, separar as relações entre empresários ou entidades equiparadas, das relações com consumidores finais, dedicando, a cada uma delas, uma secção própria.

A importância desta distinção reside no seguinte: enquanto, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam, respectivamente, dos artigos 18.º e 19.º, já nas relações com consumidores finais, porém, além destas cláusulas, são igualmente proibidas, de modo absoluto ou apenas relativo, as que constam dos artigos 21.º e 22.º, respectivamente. Quer dizer: tratando-se de relações com consumidores finais, são proibidas tanto as cláusulas indicadas nas normas da respectiva secção (hoje, secção III), como, igualmente, as cláusulas proibidas pelas secções anteriores: é a solução ditada pelo artigo 20.º.

Esta atitude do legislador, revela sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector. Na verdade, como o problema é mais geral, a lei não descarta a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

É importante esclarecer o sentido da distinção entre cláusulas absolutamente proibidas — que são as que constam dos artigos 18.º e 21.º, tratando-se de relações com consumidores finais, ou apenas do artigo 18.º, tratando-se de relações entre empresários ou entidades equiparadas — e cláusulas relativamente proibidas — artigos 19.º e 22.º, para as relações do primeiro tipo, ou só artigo 19.º, não estando envolvidos consumidores finais.

Enquanto as cláusulas sujeitas a uma proibição relativa permitem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objectivo, as outras são proibidas em termos absolutos, ou seja, em qualquer caso; umas só são proibidas após valoração judicial, as outras são-no imediatamente, desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.

Atente-se, por outro lado, no padrão de referência a ter em conta pelo tribunal, ao ajuizar sobre determinada cláusula, quando isso lhe é permitido, ou seja, quando se trate de uma cláusula proibida apenas em termos relativos. Esse padrão de referência, “o quadro negocial padronizado” (nos termos dos artigos 19.º e 22.º), é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade.

O vasto elenco de cláusulas interditas, tanto em termos absolutos como em termos relativos, não impede, contudo, que outras cláusulas possam vir a ser proibidas, por decisão judicial, ainda que não estejam incluídas em qualquer das referidas normas. A lei dispõe de uma cláusula geral, assente no princípio da boa fé, perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se (arts. 15º e 16º, após a alteração de 1995).

3.8. Contrariedade à boa fé.

A lei elegera como princípio orientador das cláusulas contratuais gerais a boa fé proibindo no artigo 15º todas as estipulações que lhe sejam contrárias. Neste caso, a boa fé deve ser entendida no seu sentido objectivo, pois o que o artigo 15º estabelece, é uma regra de conduta. No fundo, trata-se de uma cláusula geral que propõe um plano de disciplina e não de uma norma de aplicação imediata, como sucede aliás, nos casos em que a boa fé é retratada no seu sentido subjectivo. A grande vantagem da introdução da boa fé em sentido objectivo é a de permitir atender a todas as situações carecidas de uma mediação informada por atributos essenciais de justiça. Assim, permite-se que a boa fé seja aferida caso a caso pelo julgador, devendo este declarar nulas, todas as cláusulas que atentem contra os valores fundamentais do direito, mesmo que não sejam objecto de proibição específica no regime das cláusulas contratuais gerais.^[1] De forma a realizar o cumprimento desta cláusula geral, o legislador estabeleceu no artigo 16º alguns critérios que devem ser tidos em consideração pelo julgador na apreciação de cada caso em concreto.

O primeiro desses critérios prende-se com a remissão para os valores fundamentais do direito; sobre este aspecto, é de salientar que a solução alcançada deve ir ao encontro dos desígnios genéricos da ordem jurídica como um todo, não devendo atender apenas, às especificidades de cada caso em concreto.

Por outro lado, o julgador deve ter em conta, para além de outros aspectos atendíveis, a confiança depositada pelas partes, o sentido geral das cláusulas, o processo de formação do contrato e o seu teor.

Por fim, a solução encontrada deve envolver o objectivo que as partes visaram alcançar quando celebraram o contrato, procurando-se deste modo, a sua efectivação à luz do tipo de contrato celebrado.

3.9. Cláusulas absolutamente proibidas

As alíneas a), b), c), e d), do artigo 18º proibem as denominadas cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade. A admissibilidade deste tipo de cláusulas nos termos do direito comum (artigo 809º e ss. do CC) tem suscitado grandes divergências doutrinárias. Contudo, o legislador foi peremptório, proibindo expressamente, as estipulações de exclusão ou limitação da responsabilidade no âmbito das cláusulas contratuais gerais. Note-se, que esta proibição não abrange a estipulação de cláusulas penais. Muito embora, se imponha que sejam formuladas de molde a não limitarem ou excluírem a responsabilidade.

Assim, nos termos da alínea a) do artigo 18º são absolutamente proibidas as cláusulas “que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas.”

Do mesmo modo, na alínea b) do mesmo artigo proibem-se as cláusulas, “que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais causados na esfera da contraparte ou de terceiros.

De acordo com o disposto na alínea c) do artigo 18º são proibidas as cláusulas que “excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave”. Daqui poderia decorrer *a contrario* a admissibilidade da estipulação de cláusulas a excluir ou a limitar a responsabilidade, em caso de culpa leve do devedor. Mas na verdade, o artigo 809º do CC proíbe expressamente a possibilidade de o credor renunciar antecipadamente ao seu crédito nos casos de não cumprimento ou mora do devedor.

Por outro lado, a alínea d) impede a convenção de cláusulas que “excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave”. Neste caso, ao contrário do que sucedia na alínea anterior, por força do n.º 2 do artigo 800º do CC (por remissão, do artigo 809º do mesmo diploma), admite-se a estipulação de cláusulas que limitem ou excluam a responsabilidade, em caso de culpa leve dos representantes ou auxiliares.

A somar-se a esta circunstância, a lei proíbe na alínea e) do artigo 18º as estipulações que atribuam exclusivamente a quem as predisponha a faculdade de interpretar qualquer preceito do contrato. Esta restrição surge justamente porque a interpretação dos contratos obedece a normas próprias, que em caso de desavença entre as partes, remetem para as instâncias judiciais.

Além disso, são proibidas as cláusulas que excluam ou limitem a excepção do não cumprimento do contrato (artigo 18º, alínea f) ou o direito de retenção (artigo 18º, alínea g), que meios que visam incitar o devedor ao cumprimento das suas obrigações.

Do mesmo modo, o legislador proibiu ainda as cláusulas que visassem excluir ou limitar as faculdades da compensação (artigo 18º, alínea f) ou da consignação em depósito (artigo 18º, alínea i), cuja razão de ser é obter a extinção da obrigação por vias alternativas quando o seu cumprimento deixa de se justificar por factos imputáveis à outra parte. Com estas proibições, evita-se que uma das partes fique vinculada ao cumprimento de uma obrigação sem poder coagir a outra parte a cumprir mesmo que se demonstrasse que esta

não cumpria por motivos que lhe fossem imputáveis e que justificassem a extinção.

Por outro lado, nos termos da alínea j) do artigo 18º é absolutamente proibida a cláusula que estabeleça obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa apenas da vontade do predisponente. Alguns autores têm criticado a redação desta norma porque como só se proíbem as obrigações duradouras perpétuas, admitem-se todas as obrigações temporárias, que podem ser vitalícias.^[1] Por fim, a alínea l) do artigo 18º proíbe as cláusulas que permitam ao predisponente, sem acordo da outra parte, a cessão da posição contratual (artigo 424º do CC), a transmissão de dívidas (artigo 595º do CC) ou o subcontrato, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial. Com esta restrição, pretende evitar-se que o predisponente se exonere das suas obrigações, transmitindo-as para um terceiro, sem capacidade de cumprimento.

3.10. Cláusulas relativamente proibidas.

As cláusulas constantes do artigo 19º são apreciadas pelo julgador tendo em conta a ponderação do quadro negocial padronizado e que só assim se pode aferir se se verifica um exercício abusivo da liberdade contratual. Por conseguinte, pode acontecer que as cláusulas, sendo válidas em determinadas situações, sejam inválidas noutras.

Assim, de acordo com o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 19º são proibidas as cláusulas em que se estipulem prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas para o cumprimento de obrigações.

Por outro lado, nos termos da alínea c) do artigo 19º proíbem-se “as cláusulas penais desproporcionadas em relação aos danos a ressarcir”. Atente-se, que esta proibição opera quer o valor da cláusula penal seja excessivamente elevado, quer seja manifestamente insignificante, importando apenas que se revele uma desproporção sensível entre esse valor e o dos danos a ressarcir.

No tráfego negocial de massas, é comum que as partes dispensem as declarações formais de vontade, substituindo-as por comportamentos que

lhes equivalham. Ora, a alínea d) do artigo 19º veda as cláusulas que imponham ficções de manifestações tácitas de vontade com base em factos para tal insuficientes, isto é, com base em factos de onde não seria possível deduzir, com toda a probabilidade, a revelação dessa vontade (artigo 217º do CC). Por maioria de razão, são igualmente proibidas as cláusulas que, injustificadamente, atribuam valor ao silêncio enquanto manifestação de vontade.

Por seu turno, a alínea e) do artigo 19º impede as cláusulas que façam depender injustificadamente a garantia das qualidades da coisa cedida ou serviços prestados do não recurso a terceiros. Se virmos bem, há casos em que uma cláusula deste teor, poderia restringir seriamente a garantia, representando uma intolerável exclusão da responsabilidade.

Nos termos do artigo 19º alínea f), proíbe-se a estipulação que permita a denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, quando se tenha exigido à outra parte dispêndios ou investimentos consideráveis. Ora, uma cláusula deste teor defraudaria por completo as expectativas da parte que confiando numa vigência razoavelmente alargada do contrato, tivesse realizado avultados investimentos ou outros dispêndios.

A alínea g) do artigo 19º impossibilita as cláusulas de escolha de foro que acarretem graves inconvenientes para uma das partes, sem que interesses da outra parte o justifiquem. Na realidade, uma cláusula deste tipo poderia, em certos casos, corresponder a uma inadmissível limitação ou supressão do direito de acção.

Por seu turno, a alínea h) do artigo 19º impede as estipulações que permitam a modificação das prestações sem compensação correspondente às alterações de valor então verificadas. Por fim, a alínea i) do artigo 19º proíbe as cláusulas que limitem sem justificação a faculdade de interpelar. Note-se, que a interpelação é uma declaração relevante para o vencimento das obrigações. Ora, uma limitação ao seu exercício poderia impedir injustificadamente essa circunstância. Além disso, esta norma encerra ainda a proibição das obrigações *cum potuerit* (artigo 768º, n.º1 do CC) e *cum voluerit* (778º, n.º2 do CC) que limitam gravemente a autonomia privada de uma das partes consentindo à outra uma ampla margem de manobra.

3.11. Relações com os consumidores finais.

Às relações com consumidores finais, aplicam-se por força da remissão do artigo 20º as proibições relativas às relações entre empresários. Mas, o legislador estabeleceu ainda proibições específicas no âmbito das relações com consumidores finais. Face a estas, verificamos novamente a já explanada divisão entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas cujos elencos constam dos artigos 21º e 22º.

As proibições absolutas encontram-se consagradas no artigo 21º que tende a impedir a proliferação de cláusulas que visem a limitação ou alteração das obrigações assumidas na contratação ou que excluam directa ou indirectamente as garantias legais da não existência de vícios da prestação.

Assim, nos termos da alínea a) do artigo 21º são proibidas as cláusulas que visem a limitação ou alteração de obrigações previamente assumidas.

De acordo com a alínea b) do mesmo artigo são proibidas as estipulações que permitam que o predisponente exerça unilateralmente as faculdades de verificação ou estabelecimento da qualidade dos produtos ou serviços.

A alínea c), impede a estipulação de cláusulas que permitam a não correspondência da prestação às especificações ou amostras exibidas.

Por outro lado, a alínea d) proíbe as cláusulas que excluam os deveres que recaem sobre o utilizador em caso de vícios da prestação ou que estabeleçam a imposição de uma forma específica de reparação ou indemnização pecuniária.

Na alínea e), a lei proíbe a estipulação que reserve a interpretação do contrato a uma das partes, quer acerca dos seus aspectos jurídicos, quer sobre questões materiais, sob pena de essa convenção poder suscitar uma diminuição das garantias contra defeitos ocultos.

Já nos termos da alínea f), impedem-se as cláusulas que alterem a distribuição do risco contratual, pretendendo-se com isto, evitar uma distribuição do risco prejudicial à parte mais fraca.

Além disso, nos termos da alínea g) do artigo 21º são proibidas as cláusulas que visem impedir que uma das partes possa exercer judicialmente os seus direitos, bem como as cláusulas que alterem o regime do ónus da prova ou estabeleçam certas proibições de prova.

De acordo com o disposto na alínea h) do artigo 21º não são permitidas as estipulações que excluam a possibilidade de requerer a tutela judicial nem as cláusulas compromissórias relativamente a arbitragens que não assegurem as garantias de procedimento legalmente estabelecidas.

O artigo 22º estabelece o elenco das cláusulas relativamente proibidas no âmbito das relações com consumidores finais. Nestas situações, só o exame do quadro contratual padronizado permite a verificação da existência de um abuso das estipulações. Esta circunstância terá de ser aferida pelo julgador através da valoração dos conceitos indeterminados consagrados no artigo 22º.

Neste caso, a alínea a) do artigo 22º impede a estipulação de cláusulas que prevejam prazos excessivos de duração do contrato quer através da estipulação da sua vigência quer através da exigência de prazos dilatados para a sua denúncia.

Além disso, nos termos do artigo 22º, nº 1, alínea b), são proibidas as cláusulas que admitam a denúncia sem pré-aviso adequado ou que permitam a resolução sem motivo justificativo fundado na lei ou convenção. Por outro lado, nos termos da alínea c) do artigo 22º, nº 1 são proibidas as cláusulas que atribuam ao predisponente o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado. Repare-se a este propósito, que a alínea a) já impedia a limitação ou alteração de certas obrigações assumidas na contratação e portanto a alínea c) vem proibir todas as outras alterações unilaterais que pudessem modificar os termos do contrato.

As alíneas d), e) e f) proíbem estipulações que consistam em alterações excessivas de preço ou que permitam prazos excessivamente curtos sem deixar à outra parte a alternativa de resolução ou denúncia do contrato. Todavia, são permitidas as cláusulas de alteração da taxa de juro e encargos em função do

mercado (cfr. artigo 22º, nº 2, alínea a) e as alterações unilaterais dos contratos de duração indeterminada (cfr. artigo 22º, nº 2, alínea b), desde que prevejam um pré-aviso razoável e facultem a outra parte a alternativa da resolução do contrato. Além disso, nos termos do artigo 22º, nº 4 permitem-se as cláusulas de indexação que explicitem o mecanismo de variação de preço desde que sejam compatíveis com o tipo contratual em causa.

Realça-se, que a alínea g) do nº 1 do artigo 22º proíbe as cláusulas que afastem injustificadamente as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos relativos ao exercício de direitos emergentes de vícios da prestação. Em todo o caso, esta norma deve ser conjugada com os artigos 18º, alínea c) e 21º, alínea d) que proíbem tanto a exclusão da responsabilidade como o afastamento dos deveres impostos em caso de cumprimento defeituoso.

Um outro elemento a ter em conta, é a proibição de cláusulas que imponham a renovação automática do contrato em consequência do silêncio da contraparte, se a data limite para a imposição da renovação se encontrar excessivamente distante do termo do contrato (cfr. artigo 22º, nº 1, alínea h)).

Por outro lado, a alínea i) vem proibir que uma das partes ponha termo a um contrato de duração indeterminada sem pré-aviso razoável, excepto nos casos em que se verifiquem razões sérias capazes de o justificar.

Finalmente, as alíneas j), l), m), n) e o) do artigo 22º, nº 1, proíbem estipulações acessórias inconvenientes ou injustificadas, nomeadamente as que impeçam injustificadamente reparações ou fornecimentos por terceiros; as que imponham antecipações de cumprimento exageradas; as que estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas; as que fixem locais, horários ou modos de pagamento despropositados ou inconvenientes; e as que exijam às partes formalidades não previstas na lei ou comportamentos supérfluos para a prática de certos actos ou para o exercício de direitos contratuais.

4. Negócio jurídico bancário.

A actividade bancária é a actividade empresarial exercida pelos bancos e pelos demais agentes que operam nos mercados monetário, financeiro e cambial, que são as instituições de crédito e as sociedades financeiras.

As instituições de crédito e as sociedades financeiras são reguladas pelo RGICSF: o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31.12, com as alterações que lhe vieram sucessivamente a ser introduzidas por legislação posterior, sendo a última a introduzida pela Lei n.º 23-A/2015 de 26 de Março (também por vezes designado Lei Bancária).

As instituições de crédito são as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito, e a sua actividade é regulada no artigo 4.º da Lei Bancária.

Por outro lado, são sociedades financeiras as empresas que não sejam instituições de crédito e cuja actividade principal consista em exercer uma ou mais das actividades referidas nas alíneas b) a i) do art. 4.º da Lei Bancária, excepto locação financeira e factoring.

Do ponto de vista económico, a abordagem do conceito de banco toma em consideração que o banco universal típico está organizado em torno de 3 áreas nucleares:

- banca de retalho;
- banca de investimento;
- gestão de activos.

A banca de retalho, constitui o clássico domínio da *banca comercial*, estruturada em torno da recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, da concessão de crédito, da gestão de contas bancárias, e das transacções que lhe estejam associadas e, bem como, da gestão de carteiras de títulos e outros interesses de clientes com fortunas pessoais assinaláveis.

A banca de investimento desenvolve a respectiva actividade essencialmente no âmbito da concessão de crédito a médio e a longo prazos, na tomada de participações sociais de outras empresas e no acompanhamento e consultoria de processos de fusões e aquisições.

Por outro lado, no que tange à gestão de activos, aqui se englobam os activos institucionais, os de fundos de pensões e os de outros instrumentos de poupança em larga escala.

No âmbito destas 3 áreas são celebrados um sem número de negócios jurídicos bancários.

O contrato bancário geral, constitui o início da relação contratual, onde em princípio figuram as condições gerais para todos os negócios que subsequentemente a mesma pessoa e a mesma entidade bancária venham a realizar.

Este contrato só é celebrado na primeira vez que o cliente contrata com o Banco.

Para a doutrina maioritariamente aceite, o contrato bancário geral existe, mas não obriga o Banco a contratar, uma vez que se trata de um contrato-quadro, sendo que este define a moldura dentro da qual o relacionamento do cliente com o banco se vai desenvolver. Constitui o enunciado dos princípios fundamentais que hão-de reger o relacionamento com o banco.

Existem duas modalidades de contratos quadro, os que obrigam a realizar contratos subsequentes (*franchising e agência*), e os que não obrigam a contratar (*a maioria dos contratos bancários, entre os quais o contrato bancário geral*).

Fundamentalmente, o contrato bancário serve para impor o dever de fundamentação ao Banco quando, no âmbito de uma relação contratual pontualmente cumprida e sem alteração substancial, altere o seu comportamento para com o cliente recusando operações bancárias, e para controlar decisões arbitrárias perante casos semelhantes.

Deste contrato decorrem, deveres de lealdade (*profissionalismo e rigor técnico nas operações contratadas*), dever de protecção (*sigilo bancário*) e o

dever de boa-fé entre as partes (*art.762º, nº 2 CC*), podendo gerar responsabilidade civil nos termos gerais.

O contrato bancário geral integra uma prestação de serviços (consequência de a actividade bancária se traduzir essencialmente numa prestação de serviços – *artº 1154º CC*) com aplicação das regras relativas ao mandato.

Neste âmbito, o dever de informação (*artº 75º do RGICSF*) é normalmente entendido como uma decorrência, de ordem geral, do princípio da boa-fé, constituindo um elemento essencial, quer da própria formação da relação contratual, quer da execução das obrigações dela resultantes (*arts.227º, nº 1 e 762º, nº 2 CC*). O dever de informação, como norma de conduta, insere-se na perspectiva de relação extrínseca da actividade bancária. Assim, existirá obrigação de indemnizar quando exista o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação (*art. 485º, nº 2 CC*).

Tendo assento e consagração constitucional no *artº 37º, nº 1 da CRP*, o dever de informação vem regulado no *art. 75º RGICSF*, onde se especifica que o Banco está obrigado a informar os seus clientes sobre remunerações, preços dos serviços prestados e outros encargos. Importa que seja produzida uma informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita (*cfr. art.7º, nº 1 CVM*) de forma a possibilitar uma decisão consciente, responsável e prudente pois o ónus de procurar a informação é dispensado ao consumidor. Este dever visa essencialmente tentar compensar a desigualdade latente entre os sujeitos.

Assumem relevo especial a necessidade de o banco especificar as particularidades técnicas da operação considerada, não se ficando apenas pela alusão aos contornos genéricos, e bem assim a adequação da informação à própria experiência e conhecimento técnico do cliente.

A moldura legal do dever de informação assenta basicamente em quatro pilares: 1º pilar - as disposições constantes do *art. 75º RGICSF*; 2º pilar – o disposto no *artº 7º, nº 1 CVM, 312º, nº 1, als. a) a d), 312º, nºs 2 e 3, 314º, nº 2, 323º, als. a), b) e c) CC*; 3º pilar – O disposto no diploma relativo às

cláusulas contratuais gerais – DL n.º 446/85, de 25 de Outubro; 4.º pilar - o disposto na Lei de defesa do consumidor, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Como uma espécie de cimento de ligação, a boa fé constitui o *elemento comum* que perpassa por todo este enquadramento normativo.

O dever de informação que impende sobre os bancos nas suas relações com a clientela está definitivamente associado à estrita esfera contratual e ao quadro de responsabilidade daí decorrente para a sua eventual violação, nos termos da presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1 CC. Caso este dever não seja cumprido, o banco incorre perante o Banco de Portugal no pagamento de coimas.

Por outro lado, o sigilo bancário (arts. 78.º a 84.º RGICSF) insere-se na perspectiva de relação extrínseca da actividade bancária. Como é óbvio, a instituição, por força dos contratos celebrados detém um sem número de informações acerca dos seus clientes, para que o banco mereça a confiança dos seus clientes é necessária a observância de rigoroso sigilo.

A violação do dever de segredo bancário, uma modalidade do sigilo profissional, reveste-se de natureza criminal, por força do disposto no art. 84.º do RGICSF e 195.º do Código Penal.

O segredo bancário previsto no art. 78.º e ss. do regime geral aplica-se a todos os intervenientes da actividade bancária mesmo após o termo das funções (art. 78.º, n.º 3 RGICSF).

As operações bancárias são negócios jurídicos levados a efeito por instituições bancárias e não apenas por bancos, são executadas por Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Distinguem-se as operações bancárias activas, operações bancárias passivas, e operações neutras, sendo a distinção entre as três categorias feita é feita pelo critério da posição adoptado pela instituição.

As operações neutras são as operações que não são activas nem passivas por não colocarem a instituição em posição credora ou devedora e nem sequer são exclusivas ou específicas destas instituições, e são designadas como

bancárias apenas quando e porque levadas a efeito por instituições bancárias, sendo também designadas *atípicas* pela doutrina.

De entre os exemplos de operações neutras podemos encontrar, o contrato de abertura de conta, a prestação de garantias, a abertura de créditos documentários, a administração de bens e direitos alheios, a colocação e tomada firme de emissões de títulos alheios, pagamento por conta de terceiros, a cobrança por conta de terceiros e aluguer de cofres.

O contrato de abertura de conta é um contrato atípico (não há na lei a configuração deste contrato, que resulta da livre negociação das partes), é também um contrato específico da actividade bancária e rege-se pelos princípios fundamentais do mandato. Além disso, é um contrato inominado (não há para ele uma designação legal – resulta dos usos e dos costumes bancários). É um negócio jurídico que marca o início de uma relação bancária complexa entre o banqueiro e o cliente e traça o quadro básico de relacionamento entre tais entidades, podendo considerar-se o mesmo como um contrato *a se*: próprio, com características irreduzíveis e uma função autónoma. Devendo ser tomado como um negócio materialmente bancário por excelência, sendo o contrato de depósito e a conta, esta, em si mesma, com natureza jurídica, realidades diferentes, que mantêm a sua individualidade. Efectuando-se a contabilização da conta bancária em regime de conta-corrente – assim sucedendo desde Antiguidade - que no séc. XIX passou a revestir a forma de contrato, a qual permite relevar, num simples quadro de “deve” e “haver” as operações efectuadas entre as partes, ou, juridicamente falando, os créditos e débitos recíprocos do banco e do cliente. Permitindo a mesma regularizar por compensações sucessivas os créditos recíprocos que vão sendo contabilizados, de modo que apenas um saldo restará exigível pela parte que, a final, se revelar credora. Sendo certo que hoje em dia, a melhor doutrina – com destaque para Menezes Cordeiro – concebe a conta-corrente como um elemento necessário do contrato de abertura de conta bancária.

Como características do contrato de abertura de conta, temos que na sua maior parte é regulado pelas cláusulas contratuais gerais. A conta é um instrumento jurídico através do qual se inscrevem registos das movimentações de dinheiro, entrada (*crédito*) e saída (*débito*), permitindo conhecer o saldo

em qualquer momento. Algumas contas têm a si associadas um serviço de caixa, e tem sempre associado um contrato de depósito.

Cada abertura de conta não implica um contrato bancário geral. Este só é celebrado a primeira vez que o cliente contrata com o Banco. Há doutrina que nega a existência deste tipo de contrato, porque, aceitá-lo, implicaria para o Banco uma obrigação de contratar. Para outros, o contrato bancário geral existe, mas não obriga o Banco a contratar, uma vez que se trata de um contrato-quadro.

A doutrina mais atenta às mudanças entretanto ocorridas e aos deveres gerais dos bancos para com os clientes converge na verificação da existência de uma relação geral de negócios entre o banco e cada um dos seus clientes, com autonomia em relação a cada uma das operações que entre eles se realizam.

Na doutrina inglesa¹⁹, configura-se, há muito, uma relação banco-cliente com base contratual. Na doutrina alemã, as teses explicativas variam em torno de dois polos: a teoria da relação obrigacional legal, sem dever primário de prestação, em que se fundam os deveres gerais de proteção associados aos contratos que sejam efetivamente celebrados, e a teoria do contrato bancário geral, segundo a qual a relação geral bancária, de fonte contratual, tem a natureza de contrato-quadro, que se projeta na conta corrente onde se registam os créditos e os débitos originados pelas diferentes operações.

Esta segunda tese adapta-se bem à realidade portuguesa actual e responde de modo convincente às objeções da tese concorrente anti-contratualista: O contrato bancário geral forma-se em consonância com os princípios gerais sobre a formação dos contratos, seja por via de declarações tácitas, seja, como agora é mais frequente, pela assinatura de documentos que contêm as cláusulas contratuais gerais e particulares acordadas no acto (chamado) de abertura de conta.

Do contrato geral não resulta tipicamente qualquer dever de contratar (embora nalgum caso concreto tal possa suceder); resulta geralmente apenas

¹⁹ R. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford, 1997, p. 137 ss; ELLINGER's *Modern Banking Law*, 4ª ed., Oxford, 2006, p. 117 ss.

a obrigação de contratar em certos termos, se outros contratos se vierem a celebrar. Os deveres legais (informação, de diligência, de sigilo) não precludem a existência de contrato; são deveres acessórios que, como sucede em relação a outros contratos, se aplicam a comportamentos pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais.

A forma do contrato é livre, mas geralmente escrita. A formação pode seguir qualquer dos modelos básicos: aceitação de proposta ou declarações contratuais conjuntas. O contrato é normalmente *real quoad constitutionem*, sempre que a sua celebração coincida com a transmissão de dinheiro pelo cliente ao banco. A estrutura e o conteúdo típicos do contrato bancário geral compreendem os seguintes elementos: As pessoas são um banco e qualquer outra pessoa (o cliente). O objeto refere-se a dinheiro e, eventualmente, a instrumentos financeiros. Tem usualmente vigência inicial imediata e final indeterminada. A conta corrente é meio indispensável para a sua execução. Algumas cláusulas contratuais gerais ou particulares têm aplicação imediata (por exemplo, sobre o modo de movimentação de contas plurais, utilização de dados pessoais, segredo, reclamações, denúncia e resolução, foro e prova); outras são de aplicação eventual a contratos a celebrar (por exemplo, emissão de cartões de crédito, depósitos a prazo, registo, gestão, compra e venda de instrumentos financeiros).

O contrato bancário geral é um contrato socialmente típico, com a natureza de contrato-quadro, com uma componente dominante de contrato normativo, porque por ele se estipula uma parte substancial do conteúdo de uma pluralidade de contratos contemporâneos ou futuros, entre os quais, o contrato de “depósito” à ordem, mas também outros contratos, de “depósito” a prazo, de prestação de serviço de caixa, de gestão de valores mobiliários e de crédito (ao cliente). O contrato bancário geral é contrato em conta corrente, isto é, executado através de um registo contabilístico, onde se inscrevem cronologicamente créditos e débitos e que revela o saldo da posição do cliente. O contrato bancário geral é também um contrato de conta corrente regulado pelo Código Comercial, embora as opiniões se dividam a este respeito. Há quem entenda que a conta corrente bancária é uma modalidade ou espécie atípica com regime próprio.

Opinião contrária têm aqueles que, assinalando as semelhanças, valorizam mais as diferenças da conta corrente bancária em comparação com a conta corrente mercantil, em especial, a exigibilidade permanente do saldo, sem aguardar (dizem) o encerramento da conta.

O contrato bancário geral inclui sempre uma cláusula, expressa ou implícita por força dos usos, segundo a qual uma das partes (o banco) se obriga a inscrever em conta corrente os créditos e os débitos provenientes dos futuros negócios que venha a realizar com o cliente, de tal modo que só o saldo é exigível (cfr. artigo 346º, nº 4, do Código Comercial). Em ambos os contratos, se verifica a compensação das obrigações com créditos provenientes dos actos efetuados no âmbito do contrato. Em ambos, cada um dos lançamentos tem como efeito a transferência da propriedade para o património da pessoa debitada, como se prescreve no artigo 346º, nº 1, do Código Comercial. O pagamento de juros pelos saldos devedores varia, na conta bancária, conforme o tempo e os lugares, mas não contraria a norma do artigo 346º, nº 5, do Código Comercial, que é supletiva.

Assim, o único argumento que, numa primeira análise, pode parecer perturbador decorre da exigibilidade permanente do saldo da conta corrente bancária, enquanto no contrato de conta corrente legalmente tipificado a compensação e a exigibilidade do saldo se verificam apenas no encerramento da conta (artigo 350º). Diz porém o referido Código que o saldo final se verifica no prazo fixado no contrato ou, na sua falta, no final de cada ano civil (artigos 344º e 348º, que são norma supletivas). A diferença que vem sendo assinalada sobrevaloriza o ritmo da exigibilidade: periódica, no regime legal, contínua, na prática das contas bancárias associadas ao contrato bancário geral.

Em tempos idos, mas não muito distantes, o fecho da conta corrente bancária era diário e portanto periódico. Como a lei não preceitua um tempo mínimo, a correspondência da conta corrente bancária com a conta corrente mercantil era também perfeita sob este aspecto. Foi a técnica informática que aqui, como também, por exemplo, nas cotações em bolsa, permitiu o apuramento contínuo. Não é certamente por efeito deste avanço tecnológico que se altera a natureza do contrato que usa a conta corrente como instrumento. Não parece que a letra da norma do velho Código Comercial

inviabilize a qualificação de um contrato como de conta corrente só porque o apuramento do saldo se faz de modo contínuo, quando tal não era humanamente possível há um século. Essencial é que só o saldo seja exigível. Como a regra sobre o momento da exigibilidade do saldo é supletiva, basta considerar que o acordo das partes, expresso, tácito ou integrado pelos usos, vai no sentido de que, na conta corrente do contrato bancário geral, o encerramento e a liquidação da conta corrente se verificam de modo contínuo após cada operação, com a consequente exigibilidade do saldo a todo o tempo. Este elemento (agora) usual não descarateriza portanto o contrato bancário geral como modalidade socialmente típica do contrato de conta corrente, aplicando-lhe o respetivo regime legal (supletivo) dos artigos 344º e seguintes do Código Comercial,

Entre estes efeitos, sobressai a novação objetiva emergente do saldo apurado após cada lançamento em conta, que, no direito português, não exige prévio reconhecimento do saldo. Em consequência, o credor do saldo pode exigir o seu pagamento, em juízo ou fora dele, com a mera alegação e prova da sua existência, sem necessidade de demonstração de cada um dos actos justificativos de cada movimento contabilístico. A parte contrária só pode contestar substancialmente o pedido alegando falsidade da conta corrente, extinção ou invalidade de obrigações antigas ou enriquecimento sem causa, cabendo-lhe, em qualquer caso, alegar e provar os factos em que assenta a incorreção de lançamentos anteriores.

A natureza jurídica dos contratos de “depósito” bancário continua a ser controversa, distribuindo-se as opiniões no direito português por várias orientações, umas monistas (depósito irregular – opinião dominante na jurisprudência –, mútuo, contrato *sui generis*), outras dualistas (depósito irregular, para os depósitos à ordem e com pré-aviso; mútuo, para os contratos de depósito a prazo).

Algumas destas formulações continuam a ignorar a distinção preliminar e essencial, entre contrato bancário geral em conta corrente e cada um dos actos que justificam tais movimentos, entre os quais se inclui, geralmente, um contrato de “depósito” à ordem.

Ora, como resulta do que disse, o chamado depósito bancário à ordem está quase sempre funcionalmente ligado ao (e dependente do) contrato bancário geral, mas distingue-se deste por ser um contrato autónomo.

Tomando posição: Em sentido estrito, isto é, considerado com autonomia em relação ao contrato bancário geral, o (denominado) “depósito” bancário é o contrato pelo qual uma pessoa põe uma quantia em dinheiro à disposição de um banco, obrigando-se este a restituí-la.

Consoante a obrigação de restituição seja a todo o tempo (à vista), decorrido o número de dias após a interpelação, que seja acordado ou no prazo fixo estipulado, assim assume a designação (e o subtipo) de “depósito” à ordem, com pré-aviso ou a prazo.

Na prática actual, os contratos de “depósito” bancário preenchem, sim, todos os elementos do tipo contratual do mútuo (usualmente, *real quoad constitutionem*), porquanto, em todas as suas modalidades, o mutuante (cliente) põe à disposição do mutuário (banco) uma determinada quantia em dinheiro que este se obriga a reembolsar.

Os contratos de “depósito” a prazo e com pré-aviso, que sempre vencem juros, merecem a qualificação de contratos de mútuo oneroso. O contrato de “depósito” à ordem (quando possa, em concreto, ser considerado per se, o que na prática actual será raro) tem a natureza de contrato de mútuo, oneroso ou gratuito, ou, melhor, de contrato misto de mútuo e de prestação de serviço, se, como é frequente, lhe estiver intrinsecamente associada a prestação do serviço de caixa.

As operações activas, são as operações em que a instituição se coloca na posição de credora, como por exemplo, a concessão de crédito, seja através de contratos de mútuo, seja da abertura de créditos como de outras formas de financiamento (leasing e factoring) ou de operações de garantia, e o mútuo (1142º CC – 394 CC: crédito à habitação).

São exemplos de operações activas, a *abertura de crédito*, i.e. a disponibilização de determinada quantia livremente utilizável pelo cliente nos termos definidos. O cliente não está obrigado a utilizar a verba disponibilizada mas está obrigado ao pagamento de despesas de contratação. Cada utilização

da verba disponibilizada dá origem a um mútuo; o Leasing (locação financeira – Artº 1 do DL 149/95, 24 Junho –) contrato pelo qual uma das partes (banco, instituição financeira de crédito ou sociedade de locação financeira) se obriga mediante retribuição a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta e que o locatário poderá comprar decorrido o período acordado por um preço por ele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados; o Factoring - Compra de créditos a curto prazo por parte de uma empresa titulados por facturas em que a empresa fica a figurar como credora das referidas facturas; as operações de garantia - operações em que o Banco presta as garantias solicitadas pelos clientes. Não são directamente operações activas, só se a garantia for accionada é que o Banco assume a posição de credor; a Garantia autónoma - não é exclusiva dos bancos. Pode ser accionada sem que o credor justifique o motivo do accionamento e relativamente ao qual o garante não pode opor recusa a não ser nos casos em que o credor tenha agido de má fé ou com abuso de direito. A autonomia advém de não estar dependente das vicissitudes do negócio que lhe serve de base. O garante quando solicitado deve cumprir imediatamente. Diferencia-se da fiança pois esta é sempre acessória e é subsidiária

No desconto bancário, o comerciante, detentor de títulos de crédito, provenientes de vendas de bens ou serviços, endossa-os ao seu banqueiro e este faculta-lhe o correspondente valor em dinheiro, sob reserva de boa cobrança daqueles títulos. Há autores que vêem na operação de desconto um simples empréstimo; outros um empréstimo com garantia, outros ainda uma cessão de créditos. Há também quem entenda que a operação de desconto, sendo uma espécie de mútuo, tem características especiais que fazem dele um verdadeiro contrato atípico. O Banco empresta contra entrega (em garantia) dos títulos de crédito para cobrança; se esta, porém, se não fizer, o comerciante terá de devolver ao banco os montantes de que dispôs; Há, todavia, uma diferença fundamental relativamente ao mútuo: é que, pelo desconto, o banco passa a poder exigir do aceitante do título (terceiro) e do cliente (sacador do título e beneficiário do crédito), acrescentando, deste modo, a cadeia dos responsáveis.

5. Reacção contra as cláusulas contratuais gerais abusivas

5.1. A acção inibitória.

O legislador consagrou, igualmente, como forma complementar de tutela do aderente, uma acção inibitória (no capítulo dedicado às disposições processuais) com finalidades preventivas (hoje, arts. 25.º e ss). A acção inibitória consagrada no artigo 25º visa impedir a utilização das cláusulas contratuais gerais proibidas nos termos do regime das cláusulas contratuais gerais. Com esta consagração, a lei visa obter a condenação na abstenção do uso ou recomendação de cláusulas proibidas à luz dos artigos 16º a 19º, 21º e 22º.

Assim, independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico-negocial já encetada, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, desde que interditas pela lei, podem, desde logo, ser proibidas por decisão judicial.

Têm legitimidade activa, para este efeito, além do Ministério Público (oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou mediante solicitação de qualquer interessado), também, em certos termos, associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos (art. 26.º).

Esta acção pode ser intentada contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, contra quem apenas as recomende a terceiros, assim como contra várias entidades, em conjunto, quando se trate das mesmas cláusulas ou de cláusulas substancialmente idênticas (art. 27.º).

Além disso, nos termos do artigo 27º é permitida a coligação de réus quando várias entidades utilizem as mesmas cláusulas ou cláusulas substancialmente idênticas.

A sua finalidade é impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, procurando assim o legislador superar os inconvenientes de um controlo apenas a posteriori, com efeitos circunscritos ao caso concreto, sub judice, e

dependente apenas da iniciativa processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso.

Optou o legislador nacional, na esteira da lei alemã, por confiar esta tarefa de fiscalização preventiva das cláusulas contratuais gerais ao poder judicial, e não a órgãos administrativos. Solução que se traz alguns inconvenientes, designadamente do ponto de vista da maior preparação técnica e especialização que um órgão ou comissão “ad hoc” teria, não deixará, contudo, de se compreender, ao menos em princípio, tendo em conta as maiores garantias de isenção e de independência, à partida, dos tribunais. Mas esta solução tem vindo a ser contestada, pela morosidade e menor preparação técnica dos tribunais, insistindo-se nos mecanismos extra judiciais de resolução de conflitos.

No entanto, é fundamental perceber que a acção inibitória visa essencialmente defender interesses difusos uma vez que se destina a tutelar direitos alheios pertencentes a sujeitos passíveis de serem afectados por cláusulas contratuais gerais injustas. Neste sentido, não podemos deixar de referir que a acção inibitória pode ainda ser proposta por qualquer consumidor ainda que não directamente lesado. Interessa ainda referir, que em caso de procedência da acção a favor do autor, o réu fica proibido de inserir as cláusulas apreciadas em contratos que venha a celebrar no futuro, ou sendo caso disso, de continuar a recomendá-las a terceiros (cfr. artigo 32º).^[11] Por conseguinte, a acção inibitória consiste num meio de tutela cautelar definitiva cujos efeitos ultrapassam em muito a simples salvaguarda dos interesses de um aderente apenas.

Transitada em julgado a decisão proibitiva, não podem ser incluídas em contratos singulares, que o demandado venha a celebrar posteriormente, as cláusulas contratuais gerais que foram objecto dessa decisão, da mesma forma que não podem essas cláusulas continuar a ser recomendadas. Assim, se o demandado, vencido na acção inibitória, não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela acção, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Esta solução, nos termos em que é consagrada (actualmente, no artigo 32.º), não aproveita, contudo, todas as vantagens que um controlo preventivo apresenta. Compreende-se que o aderente possa valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória, cuja natureza e finalidades justificam a sua eficácia automática e ultra partes. Mas o êxito desta diligência depende de o aderente ter concluído o contrato com o mesmo sujeito vencido na acção inibitória. Não se verificando este requisito, já o aderente não poderá valer-se de anterior decisão inibitória, ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nesta decisão sejam iguais ou do mesmo tipo das que constam do seu contrato singular. Assim, a decisão proferida pelo tribunal só pode ser oposta contra a mesma empresa (contra a qual foi intentada a “acção inibitória”), não contra uma outra empresa, ainda que as cláusulas desta sejam iguais às que o tribunal proibiu na “acção inibitória”. Quer dizer, a eficácia ultra partes da sentença limita-se a quem pode invocá-la: qualquer pessoa que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — mas só contra esta empresa.

Por outro lado, se tiver havido um processo de controlo preventivo mas o tribunal decidir não proibir determinada cláusula, isso não significa, contudo, que essa cláusula não possa vir a ser proibida mais tarde, se vier a ser incluída num contrato. É que pode não se justificar, *a priori* e em termos gerais, a proibição de certas cláusulas, mas justificar-se já, no entanto, a sua proibição em determinado contrato concreto, por força das circunstâncias desse caso concreto.

Interessa dizer, ainda, que a lei (art. 33.º, na redacção actual) consagra, como importante meio de pressão sobre a empresa vencida na acção inibitória, a fim de incentivar o respeito pela sentença, uma “sanção pecuniária compulsória”. Trata-se de uma figura que o Código Civil já acolhera em 1983 (art. 829.º-A), na linha da “*astreinte*” francesa, e que o legislador de 1985 aproveitou para reforçar a eficácia da decisão tomada na acção inibitória.

Em consequência, o Decreto-Lei no 229/95 instituiu um registo das decisões judiciais que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais, tendo criado um serviço específico para elaborar e tornar público este registo - o Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação.

No âmbito da acção inibitória, o legislador foi um pouco mais longe, no que tange à publicidade do processo consagrada no Código de Processo Civil, e determinou, no artº 30º, nº 2 do RCCG que, a pedido do autor, pode o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine.

No mesmo sentido, a Directiva nº 2009/22CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.04.2009, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, determina na al. b) do nº 1 do artº 2º que “os Estados-Membros designam os tribunais ou as autoridades administrativas competentes para conhecer das acções recursos intentados pelas entidades com legitimidade para agir nos termos do artigo 3º a fim de sempre que tal se justifique, sejam determinadas medidas como por exemplo a publicação integral ou parcial da decisão, na forma considerada adequada, e/ou uma declaração rectificativa tendo em vista eliminar os efeitos persistentes da infracção”.

Com efeito, não basta a consagração legal de um regime jurídico que elenque as cláusulas absoluta e relativamente proibidas (arºs 18º-1º e 21º-22º do RCCG). Com efeito, se esse é, de facto, o primeiro passo no sentido de proteger eficazmente o consumidor, concomitantemente com os deveres de informação e comunicação impostos à entidade predisponente de cláusulas contratuais gerais, somos da opinião que tal protecção é ineficaz se a publicidade da sentença inibitória for deficiente.

A publicidade da sentença afigura-se, pois, essencial no âmbito do RCCG, assumindo contornos de maior imprescindibilidade do que nas restantes sentenças cíveis.

Com efeito, a publicidade da sentença, nesta área, não se destina apenas a alargar o conhecimento público que decorre da própria sentença (nos termos do Código de Processo Civil), muito menos serve para obter um mero fim de informação geral, tem antes como finalidade garantir que os consumidores tenham efectivo conhecimento das decisões que decretem a nulidade das cláusulas contratuais gerais.

5.2. A acção declarativa de condenação.

A acção declarativa de condenação é um meio de reacção exclusivo do aderente, que com base no disposto nos artigos 18º a 22º do RCCG, pode instaurar acção com vista à apreciação jurisdicional de uma ou várias cláusulas ínsitas no contrato, com vista à sua anulação ou declaração de nulidade.

De realçar que o n.º 3 do art.º 1º do Dec. Lei 446/85 coloca o ónus da prova de que a cláusula resultou de negociação prévia sobre a parte que pretende prevalecer-se do seu conteúdo.

Da mesma forma, o aderente pode defender-se, com fundamento em violação das regras contidas no RCCG, em acção que contra ele tenha sido interposta pelo proponente.

Com o objectivo de efectivar as proibições a que temos feito referência, o legislador consagrou no artigo 24º, o primeiro dos dispositivos de fiscalização das cláusulas contratuais gerais – a declaração de nulidade. Estabelece o artigo 24º que as nulidades previstas na lei das cláusulas contratuais gerais “são invocáveis nos termos gerais”. Com este preceito, a lei confere a qualquer interessado a faculdade de invocar a nulidade das cláusulas viciadas. Por outro lado, importa ter presente que, para além de ser do conhecimento oficioso, a nulidade pode ser invocada a todo o tempo. Em todo caso, há que ressaltar o regime especial consagrado nos artigos 12º, 13º e 14º. Ora, de acordo com este regime quem subscreva as cláusulas contratuais gerais pode decidir-se pela manutenção do contrato mesmo quando algumas dessas cláusulas sejam nulas (cfr. artigo 13º, n.º 1).

Importa referir, que se o aderente optar por esta via, as cláusulas nulas deverão ser substituídas pelas “normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos” (cfr. artigo 13º, n.º 2). Em contrapartida, se o aderente não optar pela manutenção do contrato o artigo 14º determina a aplicação do regime da redução dos negócios jurídicos.

5.3. Fiscalização pelo Banco de Portugal.

O Banco de Portugal exerce a supervisão – prudencial e comportamental – das instituições de crédito, das sociedades financeiras e das instituições de pagamento para garantir a segurança dos fundos que lhes foram confiados. Compete ao Banco de Portugal autorizar a constituição destas instituições, vigiar a observância das normas prudenciais e das regras de conduta que disciplinam a sua atividade, emitir recomendações e determinações específicas para que sejam sanadas as irregularidades detetadas, sancionar as infrações praticadas e tomar providências extraordinárias de saneamento.

O conjunto de instituições supervisionadas pelo Banco de Portugal é vasto e variado. Abrange, em primeiro lugar, as instituições de crédito (cuja actividade consiste em receber depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público com o objectivo de os aplicarem por conta própria, mediante a concessão de crédito), ou seja: os bancos, as caixas económicas, as caixas de crédito agrícola mútuo e a Caixa Central, as instituições financeiras de crédito, as instituições de crédito hipotecário, sociedades de investimento, as sociedades de locação financeira, as sociedades de factoring, as sociedades financeiras para aquisições a crédito, as sociedades de garantia mútua e as instituições de moeda electrónica. Engloba, em segundo lugar, as sociedades financeiras, conjunto formado pelas sociedades financeiras de corretagem, sociedades corretoras, sociedades mediadoras dos mercados monetário ou de câmbios, sociedades gestoras de fundos de investimento, sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito, sociedades gestoras de patrimónios, sociedades de desenvolvimento regional, agências de câmbio, sociedades gestoras de fundos de titularização de créditos e outras sociedades, como a Finangeste. Estão igualmente sujeitas à supervisão do Banco de Portugal as instituições de pagamento, bem como as sociedades gestoras de participações sociais, neste último caso quando as participações detidas, directa ou indirectamente, lhes confirmam a maioria dos direitos de voto em uma ou mais instituições de crédito ou sociedades financeiras. O Banco de Portugal pode sujeitar à sua supervisão outras sociedades gestoras de participações sociais,

quando detenham participação qualificada em instituição de crédito ou sociedade financeira.

O Banco de Portugal no exercício desse poder de supervisão, elaborou assim um código de conduta sobre a utilização de cláusulas contratuais gerais nos negócios bancários, nomeadamente sobre a utilização de cláusulas que permitam a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos.

Sendo proibidas as cláusulas contratuais gerais que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar livremente o contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado, entende-se que tal proibição não se aplica a cláusulas contratuais gerais que de acordo com o disposto no RCCG, “concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações de mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração”. Assim, de acordo com o disposto no RCCG, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva nº 93/12/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, a inclusão deste tipo de cláusulas – ditas de “jus variandi” – em contratos de crédito celebrados com consumidores não é proibida, desde que seja respeitado o princípio da boa fé e os requisitos legais.

Contudo, e embora pertença aos tribunais a apreciação da validade das cláusulas contratuais, o Banco de Portugal tem vindo a acompanhar a prática das instituições neste domínio.

O quadro de actuação do Banco de Portugal nesta matéria ficou reforçado com a instrução nº 24/2010, de 14 de Outubro, que veio impor às instituições de crédito o reporte a este Banco das minutas de contratos de crédito à habitação e de crédito aos consumidores, bem como das suas posteriores alterações. Com esta nova exigência de prestação de informação, o Banco de Portugal passou a dispor de mecanismos que lhe permitem, no quadro das suas atribuições legais, a realização de acções sistemáticas e transversais de fiscalização do teor dessas minutas, complementando a actuação que a este respeito já vinha desenvolvendo no âmbito da apreciação de reclamações e de acções inspectivas.

A análise sistemática e transversal a que o conjunto das minutas reportadas tem vindo a ser sujeito permitiu ao Banco de Portugal concluir pela frequente inclusão de cláusulas de “jus variandi” nesses modelos contratuais, quer nos relativos a contratos de crédito à habitação, quer nos que se referem a contratos de crédito aos consumidores.

O Banco de Portugal, no quadro das suas atribuições legais enquanto entidade responsável pela fiscalização da actuação das instituições de crédito, e sem prejuízo da assinalada competência dos tribunais para a apreciação da validade das referidas cláusulas, tendo em conta os resultados da análise a que as minutas de contrato se encontram a ser sujeitas, entendeu divulgar orientações sobre as boas práticas que as instituições de crédito devem acolher e seguir sempre que decidam incluir, em contratos de crédito, cláusulas de “jus variandi”. Essas orientações, transmitidas através da Carta-Circular n.º 32/2011/DSC, têm em vista promover a transparência, objectividade e proporcionalidade da actuação das instituições de crédito nesta matéria, fixando boas práticas quanto à redacção e conteúdo dessas cláusulas e estabelecendo princípios a observar pelas instituições de crédito no âmbito do eventual exercício das prerrogativas contratuais que as mesmas lhes conferem.

No que respeita à redacção destas cláusulas, o Banco de Portugal entende que: 1. Apenas os factos externos ou alheios à instituição de crédito que sejam relevantes, excepcionais e tenham subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objectivo devem ser considerados “razão atendível”, ou ser indicados como correspondendo a “variações de mercado”, para os efeitos previstos na alínea c) do n.º 1 e na alínea a) do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, devendo os mesmos ser convenientemente detalhados nas cláusulas; 2. Os consumidores devem dispor de pelo menos 90 dias para, após a comunicação das alterações por parte da instituição de crédito, ponderar o exercício do seu direito de resolução do contrato; 3. Deve ser especificado o momento a partir do qual as alterações introduzidas unilateralmente pela instituição de crédito produzem efeitos, entendendo este Banco que essas alterações apenas deverão produzir efeitos no período de contagem de juro imediatamente seguinte ao termo do prazo de exercício do direito de resolução do consumidor; 4. Deve ser prevista a reversão das alterações introduzidas quando e na medida em que os factos que as tenham

justificado deixem de se verificar e estabelecidos os procedimentos necessários para a respectiva produção de efeitos. Sempre que, de acordo com o disposto na lei e no contrato de crédito, as instituições de crédito estejam legitimadas a alterar a taxa de juro ou outros encargos de contratos de crédito, o exercício dessa faculdade deve obedecer ao princípio da proporcionalidade e assentar numa relação de causalidade entre, por um lado, o evento invocado e, por outro, o teor e alcance da alteração contratual que a instituição de crédito pretende introduzir. Adicionalmente, o exercício do direito de alteração unilateral do contrato deve ser precedido de comunicação escrita ao consumidor, em que sejam claramente indicados os motivos subjacentes à decisão de alterar o contrato, as condições contratuais objecto de alteração, o prazo e a forma de exercício do direito de resolução e a data prevista para a produção dos efeitos da alteração. Por último, o Banco de Portugal considera que as instituições de crédito também devem seguir estas orientações e princípios sempre que entendam incluir cláusulas que lhes permitam alterar as condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de quaisquer encargos aplicáveis, em contratos de crédito celebrados com outros clientes, designadamente clientes empresariais.

6. Conclusões.

Pode dizer-se que a utilização das cláusulas contratuais encerra em si um conjunto de vantagens e desvantagens quer do ponto de vista do utilizador, quer sob o prisma do aderente.

Na verdade, se por um lado se permite às empresas que coloquem no mercado os seus bens e serviços em conformidade com as necessidades próprias dos mercados actuais; por outro, verificam-se situações abusivas para a outra parte, que normalmente não tem outra alternativa que não seja a de submeter-se a esses constrangimentos.

No entanto, não podemos deixar de notar que sem a existência destes modelos contratuais, não seria possível às grandes massas acederem em tempo útil a todo um conjunto de bens e serviços essenciais.

Iniciámos este relatório com a descrição e a caracterização do princípio da autonomia privada enquanto princípio basilar e estruturante do direito privado português. Todavia, o princípio da autonomia da vontade, de onde decorre a liberdade contratual, encontra-se em crise devido às profundas transformações sociais e económicas que levaram a uma mudança do paradigma contratual.

Actualmente, as empresas carecem de formulações contratuais tendencialmente rígidas, previamente elaboradas e destinadas à generalidade das pessoas, de forma a imprimir rapidez, racionalização e normalização no comércio jurídico. Os contratos de adesão surgem assim como a melhor resposta para alcançar estes fins. São igualmente o terreno fértil à inclusão de cláusulas que favorecem apenas o predisponente, logo iníquas para o aderente, que se encontra assim numa posição vincadamente desigual em termos materiais.

A tutela da posição do consumidor reclama, assim, a consagração legal de instrumentos que permitam excluir e atenuar os efeitos perversos de uma contratação que subtrai consideravelmente ao aderente a liberdade contratual tão defendida no direito privado clássico.

Impõe-se o estabelecimento de um quadro normativo que possibilite a restauração da justiça substancial destes contratos, designadamente através do elenco geral e aberto de cláusulas típicas, assim como a definição dos termos de efectivação da comunicação e informação ao consumidor.

Por outro lado, verificamos que as restrições à liberdade de estipulação consagradas no RCCG nem sempre representam inovações legislativas. Mas, apesar de haver muitos casos onde apenas se afloram normas do regime comum, outros há em que se estabelecem restrições indispensáveis à tão desejada paridade contratual efectiva.

Contudo, a realização de qualquer regime normativo depende necessariamente da susceptibilidade da sua aplicação. Na verdade, a tutela da parte constringida passa não só pelo conteúdo material das normas de

protecção, mas também por factores como a celeridade do sistema judicial, os custos da justiça e os incómodos que normalmente caracterizam o recurso aos tribunais. Daí que possamos defender que o sistema funcionaria melhor com uma fiscalização apriorística.

BIBLIOGRAFIA:

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE
Contratos I - Conceito. Fontes. Formação, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013.
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Almedina, Coimbra, 1992.
- AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS,
- “*A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*”, Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS
Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA,
- *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2012.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA
“*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*”, Revista da Ordem dos Advogados, 2000, págs. 573 ss.
Direito Civil - Teoria Geral, Acções e factos jurídicos, vol. II, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2003.
- “*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná 39 (2003): 5-22.
- BETTI, Emilio,
- *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1993 (em co-autoria com MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA)

Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

Manual de Direito Bancário, 4.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012

- CRANSTON, R.,

- *Principles of Banking Law*, Oxford, 1997, p. 137 ss;

- ELLINGER's *Modern Banking Law*, 4ª ed., Oxford, 2006, p. 117 ss.

- FACHIN, LUIZ EDSON

- O 'aggiornament' do direito civil brasileiro e a confiança negocial, In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) "*Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*". Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 119.

- FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO,

- *A relação negocial bancária – Conceito e estrutura*, Lisboa, Quid Juris, 2005.

- FIGUEIREDO, ANDRÉ

"O poder de alteração unilateral nos contratos bancários celebrados com consumidores", Sub judice, Cláusulas contratuais gerais abusivas, Abril-Junho 2007, págs. 9-39

- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA

Contratos Comerciais, Almedina, Coimbra, 2012

- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL

As transferências electrónicas de fundos e os cartões de débito, Almedina, Coimbra, 1999.

- JOSSERAND, LOUIS,

- (préf. David Deroussin), *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.

- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES
Direito das Obrigações, vol. I, 10.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- MACHADO, MIGUEL NUNO PEDROSA
Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO
“*O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*”,
Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, Janeiro 2002, pág. 111-142.
- NUNES, PEDRO CAETANO
“*Comunicação de cláusulas contratuais gerais*”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, págs. 507-534.
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO
“*Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993*”, Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 303, Julho/Setembro 2005, págs. 527-558.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA
- “*Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*”,
in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX (1973), n.ºs 2, 3 e 4, pág. 124.
Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PRATA, ANA
Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, Almedina, Coimbra, 2010.
- ROPPO, ENZO,
- “*O contrato*”, Coimbra, Almedina, 2009 (tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes).
- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA
O problema do contrato - As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Almedina, Coimbra, 1999.

- SÁ, ALMENO DE
Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2001 .

- SARMENTO, DANIEL,
- “*Direitos Fundamentais e relações privadas*”, 2.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 155.

- SAVATIER, RENÉ,
- “*Evolution contemporaine du droit des contrats*”, Presses Universitaires de France, 1986.

- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO “*Das condições gerais dos contratos e da Directiva Europeia sobre as cláusulas abusivas*”, *O Direito*, 127, 1995, pág. 297-314.

- VARELA, António Antunes,
- “*Das Obrigações em Geral*”, Vol. I, 9.^a Edição, Coimbra, Almedina, 1996.

- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Margarida de Menezes Leitão
Juíza de Direito

Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

