

CONTRATOS DE ADESAO: O REGIME JURÍDICO
DAS CLAUSULAS CONTRATUAIS GERAIS
INSTITUÍDO PELO DECRETO-LEI N.º 446/85,
DE 25 DE OUTUBRO (*)

Pelo Dr. António Pinto Monteiro

INTRODUÇÃO

1. Há cerca de treze anos publicava MOTA PINTO, nas páginas da Revista de Direito e de Estudos Sociais ⁽¹⁾, um estudo sobre os *Contratos de adesão*, no qual impressivamente salientava aquele saudoso Mestre estar-se perante *uma manifestação jurídica da moderna vida económica* ⁽²⁾.

Estudo que constitui um marco assinalável, não se que- dando pela simples referência apressada à figura dos contratos de adesão, com intuítos meramente descritivos, antes elabo- rando, embora de forma sucinta, uma espécie de *teoria geral*. Analisando a *especificidade* desta nova realidade jurídico-nego- cial, em face do contrato tradicional ou «clássico»; explicando

(*) Publica-se, praticamente sem alterações, o texto de uma con- ferência pelo autor, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Católica Portuguesa, em 15 de Janeiro de 1986, a con- vite do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados.

⁽¹⁾ RDES, ano XX (1973), n.º 2, 3 e 4, pp. 119, ss.

⁽²⁾ Subtítulo do referido estudo, que corresponde ao texto de uma conferência proferida na Ordem dos Advogados, Conselho Distrital do Porto.

as causas da proliferação das «condições gerais» da empresa, à luz dos dados económicos e sociológicos da moderna sociedade industrial; pondo em destaque os *perigos*, para o aderente, deste novo, e bastante difundido, *modus* negocial, MOTA PINTO, feito o diagnóstico da situação, sugeria medidas de política legislativa capazes de superar os inconvenientes dos contratos de adesão, tendo em conta experiências de direito comparado, já registadas.

A doutrina veio acentuando, entretanto, a necessidade de uma intervenção legislativa neste domínio, ao mesmo tempo que dava conta de medidas que iam sendo tomadas por esse mundo fora, sobretudo a partir dos anos 70, no quadro de uma política de *tutela do consumidor* (variante moderna do postulado mais antigo de defesa da parte débil pelo direito), acentuada pela inadequação e insuficiência dos tradicionais meios de defesa, pensados que foram para situações e riscos diferentes, em muitos casos, dos que os contratos de adesão propiciam.

Não quer isto dizer que o controlo destes contratos se pautе, exclusivamente, por um critério *categorial e finalista*, de tutela do consumidor; antes, como veremos, o problema é mais geral — de que é testemunho o regime recém-instituído entre nós, como salientaremos mais à frente —, sendo certo, contudo, que o fenómeno assume particular gravidade quando o aderente é um mero consumidor final de produtos ou serviços fornecidos por uma empresa.

Sensibilizada pelos perigos específicos que a contratação com base em condições ou cláusulas contratuais gerais, unilaterial e previamente formuladas, envolve, a doutrina nacional, dizíamos, sobretudo a mais recente, passou a dedicar maior atenção ao problema, não raro apelando para a necessidade de uma intervenção legislativa.

Assim, partindo do princípio de que, como reconhece ANTUNES VARELA, «não há na legislação vigente nenhuma disposição especialmente destinadas a acautelar o perigo espe-

cífico dos contratos por adesão» (1), foi-se insistindo, com frequência, de vários lados, para a urgência de o problema ser equacionado e resolvido em sede legislativa, atenta a precaridade e insuficiência de um controlo judicial assente em preceitos formulados para esquemas contratuais diferentes.

É certo dispor o Código Civil de preceitos que, à falta de normas específicos, poderiam constituir importante apoio legal para uma actividade de fiscalização judicial do conteúdo dos contratos por adesão.

Com efeito, princípios como os da boa fé e da ordem pública e bons costumes, sobretudo (consagrados, entre nós, nos artigos 227.º, 762.º e 280.º), constituíram, durante largos anos, no sistema jurídico alemão, por exemplo, a base jurídico-legal de controlo, pelos tribunais, das condições gerais dos contratos.

O princípio da boa fé, em especial — a famosa *Mädchen für Alles* —, foi a base de construção, pela jurisprudência, de princípios e regras que, posteriormente, a lei alemã sobre o regime das condições gerais dos negócios (a modelar *AGB-Gesetz*) expresamente acolheu, sendo esta lei, por isso, no dizer de HANS STOLL, um «consolidation act» (2).

Ora, entre nós, quer o princípio da boa fé, no seu sentido objectivo ou normativo, como o da ordem pública — sobretudo se integrada esta à luz de preceitos constitucionais que definem, como «incumbências prioritárias do Estado», entre outras, as de «proteger o consumidor» e de «reprimir os abusos do poder económico» (3) — encerram, igualmente, potencialidades que, neste aspecto, a jurisprudência não terá sabido aprovei-

(1) *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 1982, pp. 236-237.

(2) Cfr. HANS STOLL, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, conferência proferida em Maio de 1977, no Instituto de Direito Privado da Universidade de Roma, e publicada na colectânea de estudos sob a responsabilidade de M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979 (pp. 269, ss.), p. 272.

(3) Cfr. artigo 81.º, als. e) e j) da Constituição.

tar, em toda a sua plenitude, a que acresce a inércia, em muitos casos, dos interessados, os quais, por falta de consciência dos seus direitos, por duvidarem do sucesso de uma afirmação judicial dos mesmos, ou da sua eficácia prática, raramente, solicitaram a intervenção dos tribunais, dentro de um panorama geral de alheamento, de resignação e de conformismo, no que vai sendo cantado, de longa data, como o *fado* português...

Dáí que o papel «motor» da evolução jurídica, em face da cada vez mais *acelerada* evolução económica e social, tenha sido desempenhado, neste caso, pela doutrina, num esforço de *rejuvenescimento* — se bem que, *mea culpa*, também nem sempre com a vitalidade e a preocupação actuante de que nos dá mostra a imensa produção doutrinária de outros países — *de quadros e de soluções*, de que os contratos de adesão constituem exemplo significativo.

Assim, para além das já referidas, vozes autorizadas da doutrina, analisando o fenómeno, concluíam pela necessidade de uma definição, por via legislativa, de uma política de controlo das condições gerais dos contratos.

Mostrando tratar-se de problema com «carisma próprio», ainda recentemente ALMEIDA COSTA acentuava que através de um controlo assente apenas em instrumentos genéricos da lei civil «nunca a doutrina e a jurisprudência conseguirão alcançar, facilmente, os resultados que obteriam com apoio em normas adequadas à questão» (1).

E RUI ALARCAO, em termos bem expressivos, não deixava de referir mesmo constituir a regulamentação das condições gerais do contrato «uma das prioridades da acção legislativa no domínio do direito civil» (2).

(1) *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1984, p. 185.

(2) *Direito das Obrigações*, ed. policop., Coimbra, 1983 (texto elaborado pelos Drs. J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SA e J. C. PROENÇA. com base nas lições do Prof. Doutor RUI ALARCAO ao 3.º ano jurídico), p. 100.

Na mesma linha de preocupações, também MENEZES CORDEIRO reafirmava, muito recentemente, que «o problema posto em Portugal pelas *cng* e pelos abusos registados, a níveis cada vez mais extensos (...), exigem uma resposta jurídica», através de «uma intervenção legislativa cuidada» (1).

2. Correspondendo aos apelos que, com renovada insistência, ultimamente vinham fazendo-se sentir, decidiu-se o legislador nacional, finalmente, por instituir um *regime próprio das cláusulas contratuais gerais*: fê-lo, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Assim, desde logo, é de saudar a intervenção do legislador, dispondo o ordenamento jurídico português, a partir de agora, de meios próprios de combate aos abusos que a técnica de contratação mediante «condições gerais» fomenta.

Inserimo-nos, pois, na corrente doutrinária que vinha apelando para a necessidade de estabelecer por via legislativa um controlo dos contratos de adesão.

Ainda muito recentemente, com efeito, estranhávamos a inércia do legislador, em face, sobretudo, dos referidos imperativos constitucionais, de «reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral», e de «proteger o consumidor», enquanto «*incumbências prioritárias do Estado*» (als. e) e j) do art. 81.º da Constituição), pois a concretização de qualquer destes objectivos passa, sem dúvida, pela definição de um sistema de controlo eficaz ao nível dos contratos de adesão (2).

E acentuávamos ser em sede legislativa que o problema deveria equacionar-se, através de uma solução que, ponderando todos os interesses em jogo, pudesse constituir uma resposta segura e equilibrada às exigências de tutela da vontade do aderente e, sobretudo, às exigências de justiça comutativa e às conveniências práticas.

(1) *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I, Almedina Coimbra, 1984, p. 658, nota 430.

(2) Apesar de não se esgotar nele, evidentemente.

De resto, acrescentávamos, sendo o problema do controlo dos contratos de adesão uma faceta particular — mas bastante significativa — do postulado de tutela do consumidor, será acima de tudo, por isso, um problema de *política legislativa*, cuja solução dependerá de uma opção valorativa a tomar pelos órgãos estaduais competentes.

E concluíamos esse ponto, referindo expressamente: urge, por isso, que o legislador nacional encare esta questão e, à semelhança do que vem sendo feito em outros direitos, de há uma década para cá sobretudo, se consagrem sistemas e meios de controlo adequados à protecção do aderente (1).

Saber se o Decreto-Lei n.º 446/85, entretanto publicado, corresponde às preocupações e anseios anteriormente manifestados, é questão que analisaremos mais à frente.

Diploma que, apesar de ainda não ter entrado em vigor (2), se reveste já hoje, como é acentuado no seu próprio Preâmbulo, de uma importância, novidade e complexidade pouco comuns: daí, justamente, a consagração de um prazo de *vacatio legis* de 120 dias (art. 36.º), com a finalidade de possibilitar uma correcta compreensão das soluções legislativamente consagradas e da filosofia que lhes subjaz.

É neste contexto que situo a minha intervenção desta noite, ao aceder ao honroso convite que me foi formulado nesse sentido, procurando auxiliar-vos na compreensão da técnica de que se serviu o legislador nacional, na explicação dos modelos de controlo instituídos, e respectiva articulação, e na razão de ser das soluções consagradas.

Dentro deste espírito, e antes de entrar propriamente na análise directa das soluções consagradas pelo Decreto-Lei

(1) A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 369-372, especialmente.

(2) Recorde-se que o presente trabalho corresponde ao texto de uma conferência proferida em 15 de Janeiro de 1986, e que o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, entrou em vigor apenas em 22 de Fevereiro, por força do seu artigo 36.º — portanto, mais de um mês após a nossa conferência.

n.º 446/85, começarei por referir-me, em traços largos, à problemática os *contratos de adesão*.

É que só depois de compreendida a *especificidade* desta realidade negocial se estará em condições de compreender a correspondente intervenção legislativa e julgar da adequação e da idoneidade das medidas adoptadas. A eficácia destas tem de ser apreciada, na verdade, consoante os objectivos de política legislativa visados, tendo em conta, para esse efeito, os problemas que a contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais suscita.

Analisemos, pois, ainda que de forma breve e sucinta, as características essenciais dos denominados contratos de adesão, as suas causas e especificidade, bem como os meios de enfrentar os perigos que eles levantam, servindo-me, para este fim, de parte daquilo que eu próprio tive já ocasião de referir em oportunidade recente ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Seguimos de perto, portanto, nesta parte, aquilo que escrevemos, recentemente, na nossa dissertação sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 333 e ss.

I

CARACTERÍSTICAS, ESPECIFICIDADE E MEIOS DE CONTROLO

3. A contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais, previamente elaboradas, a que o cliente se limita a aderir, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de negociação imprescindível, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e respectiva distribuição de bens e serviços.

Um número significativo de contratos — utilizados, sobretudo, por companhias de seguros, bancos, empresas de transporte, de fornecimento de água, energia eléctrica ou gás, e em múltiplas formas actuais de transmissão de inúmeros bens, seja de maquinaria, de automóveis, de electrodomésticos, etc. —, em vez de serem precedidos de uma discussão prévia, em ordem a conformar o seu conteúdo à medida da vontade e dos interesses de ambos os intervenientes, passam a traduzir, *de facto*, a vontade e os interesses de um deles apenas, normalmente uma empresa, que *predetermina*, unilateralmente no todo ou em parte, o seu conteúdo, elaborando, para o efeito, *condições* ou *cláusulas contratuais gerais* destinadas a integrar o conteúdo dos múltiplos contratos a celebrar no futuro, mediante a sua oferta, *em massa*, ao público interessado.

A liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou a rejeitar, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto, visto que o emitente das «condições

gerais» não está disposto a alterá-las ou a negociá-las. Se o cliente decidir contratar, terá de se *sujeitar* às cláusulas previamente determinadas por outrem, no exercício de um *law-making power* de que este, de facto, disfruta, limitando-se aquele, pois, a *aderir* a um modelo pré-fixado.

Daí, justamente, a designação, por influência francesa, de «contratos de adesão», sendo certo que o mesmo fenómeno pode ser designado por formas diversas, nomeadamente «condições negociais gerais», «contratos standard», ou, segundo a terminologia adoptada pelo legislador português, *cláusulas contratuais gerais*.

No primeiro caso, atende-se mais ao modo como se forma o acordo, numa relação jurídica concreta, evidenciando-se melhor o papel que resta à contraparte, de mera *adesão* a um modelo previamente elaborado; com a expressão «contratos standard», acentua-se o facto de se tratar de contratos *de massa, em série*; adoptando-se a terminologia condições ou «cláusulas contratuais gerais», atende-se ao modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unilateral e previamente definidas em termos gerais e abstractos, passando o controlo de cada um destes contratos pelo controlo, a vários níveis, das próprias condições gerais predispostas e do seu processo de integração numa concreta relação jurídico-negocial ⁽¹⁾.

As razões que explicam e legitimam este contrato «degenerado» — de cuja natureza contratual, aliás, se chega mesmo, por vezes, a duvidar — são manifestas, constituindo o contrato de adesão uma prática irreversível e ineliminável, destinada a satisfazer interesses objectivamente justificados da empresa.

Necessidades de *racionalização, planeamento, celeridade e eficácia* tornam as condições gerais do contrato um processo

⁽¹⁾ No sentido de que se trata de formas equivalentes de designar a mesma realidade, ver, por exemplo, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 176-177 e 183-184; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 235, n.º 2; MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 124, ss.

indispensável de negociação da empresa, podendo dizer-se que à produção e distribuição *standard* corresponde necessariamente a contratação *standard*, sendo impensável, na moderna estrutura industrial, um processo de negociação caso a caso, com cada um dos milhares (ou milhões) de utentes.

Esta prática negocial *uniformizada* ajusta-se, ainda, por outro lado, à sociedade de massas dos nossos dias, correspondendo estes *contratos em série*, no plano jurídico-negocial, ao *anonimato e despersonalização*, enquanto característica base das actuais relações sociais.

Acresce, por fim, que a regulamentação minuciosa do contrato, segundo as «condições gerais» formuladas de antemão, apresentará vantagens do ponto de vista do complemento e adequação da disciplina legal — por vezes lacunosa ou, em todo o caso, demasiado genérica — às especificidades da realidade sectorial a que o contrato se reporta.

4. Constituindo, pois, a contratação com base em cláusulas negociais gerais um esquema jurídico imprescindível, o que não pode deixar de sublinhar-se, em todo o caso, é a *especificidade* dos contratos por adesão, determinante de medidas adequadas para enfrentar com êxito os perigos que acarretam.

Estando deles ausente uma fase negociatória no «iter negotii», faltando, pois, um debate prévio com a função das negociações contratuais, é natural que o aderente *desconheça*, muitas vezes, aspectos importantes da regulamentação contratual.

E, mais grave do que isso, acontecerá frequentemente que a empresa, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como este contrato é estabelecido, aproveita para inserir cláusulas *abusivas* ou *injustas*, sem consideração pelos interesses da contraparte, *maxime* se o aderente não passa de simples consumidor final, explorando, assim, a situação débil deste.

Dáí que a necessidade de controlo sobre os contratos de adesão se faça sentir não só ao nível da *tutela da vontade* do aceitante, como também ao nível de uma *fiscalização do*

conteúdo das condições gerais do contrato, ditada por razões de justiça comutativa.

A resolução de qualquer destes problemas — conhecimento, e plena consciência, por parte do aderente, do sentido e alcance das cláusulas pré-fixadas; e carácter equitativo destas —, e do último sobretudo, à luz das soluções vigentes para o comum dos contratos negociados, implicaria desconsiderar a situação peculiar dos contratos de adesão e resultaria em prejuízo do consumidor, privado de tutela adequada, própria.

É que, se, num contrato negociado, o conteúdo deste beneficia da presunção de que corresponderá à vontade de ambas as partes, tal já não acontece, porém, em contratos de adesão, cujo conteúdo resulta, de facto, de uma vontade apenas, dispondo esta, para o efeito, de todo um arsenal de técnicas e de meios para se impor à contraparte. Esta, não tendo possibilidade de intervir na conformação do contrato, também não poderá, na maioria dos casos, recusar-se à sua celebração, carecendo de alternativa real para a aquisição do bem ou do serviço de que necessita.

5. Não surpreende, por isso, que em países de maior grau de evolução industrial e em que os cidadãos gozam de apurada consciência dos direitos que lhes assistem, e de vias da sua realização, se tenha assistido, inicialmente graças a um notável e engenhoso esforço pretoriano, e agora por iniciativa legislativa (sobretudo a partir da década de 70), à consagração de várias soluções, destinadas a estabelecer uma sindicância específica dos contratos de adesão.

Não temos em vista, ao fazer esta referência, uma solução como a do Código Civil italiano (expressa nos artigos 1341, 1342 e 1370), preocupada praticamente apenas com a tutela da vontade do aceitante—situando-se, assim, meramente ao nível do consentimento—, não exercendo qualquer controlo de fundo sobre as próprias condições gerais predispostas.

O que, todavia, não lhe retira o mérito de ter sido o Código italiano o primeiro corpo legislativo a tratar *ex professo* deste instituto; e apesar de as suas soluções estarem orientadas pra-

ticamente apenas para combater o risco de desconhecimento das condições gerais do contrato, especialmente das mais gravosas aos interesses do aderente (*clausole vessatorie* ⁽¹⁾), talvez fosse demasiado ousado, em 1942, avançar por outros caminhos.

Hoje, no entanto, vários ordenamentos jurídicos dispõem já de sistemas de controlo mais adequados e completos, apostados em enfrentar o problema de forma eficaz.

Assim, num simples lance de olhos a experiências do direito comparado — essa importante *geografia do direito* —, verifica-se que as soluções legislativamente consagradas, na linha, em muitos casos, de anterior direito jurisprudencial, visam satisfazer preocupações de duas ordens: por um lado, zelar pela obtenção, em cada caso concreto, de um *effectivo e real acordo*, quanto a todos os aspectos de regulamentação contratual; por outro lado, garantir, na medida do possível, a *justiça do contrato*, *proibindo* cláusulas que a prática já revelara particularmente *abusivas*.

Para alcançar o primeiro objectivo, estabelecem-se regras sobre a *inclusão* das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares; no cumprimento da segunda tarefa, declaram-se *ineficazes* as condições gerais *proibidas* pela lei.

Esta última modalidade de controlo, incidindo directamente sobre o *conteúdo*, constitui a vertente mais significativa da reacção contra cláusulas injustas e abusivas: enquanto umas são pura e simplesmente proibidas, a ineficácia de outras é relativa, dependendo das circunstâncias, completando o sistema uma cláusula geral, assente no princípio da boa fé, perante o qual todas as condições gerais predispostas terão de justificar-se.

Este, no essencial, designadamente, o modelo da lei alemã

(1) Indicadas na 2.ª parte do artigo 1341 do *Codice*.

(*AGB-Gesetz*) ⁽¹⁾, de que se aproxima, em alguns pontos, a lei inglesa (*Unfair Contract Terms Act*) ⁽²⁾, embora sem o rigor da primeira.

Mas um *controle judicial* apenas, mesmo que fundamentado em lei própria, é, por si só — apesar de insubstituível —, insuficiente, tendo-se concluído pela necessidade de complementar o sistema com medidas de outra natureza, actuando *preventivamente*, integradas, de modo vário, naquilo que se tem designado por *controle extra-judiciário* ⁽³⁾.

É que um controle estritamente judicial exercido nos moldes habituais, está dependente, como se sabe, da *iniciativa* processual do lesado, que poucas vezes *ousará* expor-se a um litígio judicial com o empresário, dotado de meios que escasseiam em larga medida ao consumidor final. Além de que, mesmo o aderente decida correr esse risco, a decisão do tribunal, ainda que lhe seja favorável, só produzirá efeitos para o caso concreto que suscitou a sua intervenção.

Dáí que, como referimos, se tenha avançado para outra forma de controle: nuns casos, confiando a órgãos próprios a tarefa de fiscalizar preventivamente as minutas das «condições negociais gerais» que a empresa pretende impor nos contratos que vier a celebrar no futuro — controle *administrativo*; noutros, porém, confiou-se essa tarefa aos tribunais, podendo estes interditar, *para futuro*, a requerimento de certas entidades, o emprego ou a utilização de condições gerais proibidas.

⁽¹⁾ *Gesetz zur Segelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, de 9 de Dezembro de 1976, tendo entrado em vigor em 1 de Abril de 1977. Lei que pode consultar-se em alemão e em tradução portuguesa, feita por HEINRICH HÖRSTER e JORGE SINDE MONTEIRO, na Revista de Direito e Economia, ano V, 1979, pp. 417, ss.

⁽²⁾ De 26 de Outubro de 1977.

⁽³⁾ Cfr. *Les conditions générales du contrat*, Actes du 8.^o colloque de droit européen, Université de Neuchâtel, 6-8 juin 1978, Strasbourg, 1979, esp. o «rapport» de JAN HELLNER, *Le controle extra-judiciaire des conditions générales*, pp. 44 e ss.

Exemplos da primeira atitude, são os sistemas israelita — desde 1964, com a publicação da *Standard Contracts Law*, modificada posteriormente, em 1969 — e o sistema sueco. Este último, sobretudo, oferece-se como um sistema bastante aperfeiçoado e eficaz, confiando-se, desde 1971, ao Tribunal do Comércio amplas funções e, particularmente, delegando no Provedor do Consumidor (*Konsumentombudsman*) poderes e formas de actuação de grande eficácia, na fiscalização das condições negociais gerais.

Exemplo da segunda posição, têmo-lo na lei alemã e, hoje, também no regime jurídico recentemente instituído entre nós, inspirado no modelo germânico.

Estamos, agora, em melhores condições, creio, a fim de poder avançar para a análise das soluções consagradas pelo legislador nacional e, bem assim, para julgar da sua adequação à realidade negocial a que se reportam e aos perigos específicos que visam combater.

II

BREVE ANÁLISE DAS SOLUÇÕES CONSAGRADAS PELO DECRETO-LEI N.º 446/85

6. Como acabamos de ver, os contratos de adesão colocam, sobretudo, dois tipos de problemas: por um lado, sujeição a cláusulas contratuais *desconhecidas*; por outro, sujeição a cláusulas *abusivas*.

Além disso, como referimos também, um controlo assente exclusivamente nos mecanismos processuais tradicionais, dependente, em cada caso concreto, da iniciativa do lesado, e com a sua eficácia restrita a determinada relação jurídica, é, por si só, insuficiente. Daí, a necessidade de *complementar* o normal *controlo judicial*, de tipo *repressivo*, com medidas de outra natureza, determinadas pela necessidade de exercer uma fiscalização preventiva das cláusulas contratuais gerais.

O legislador português foi sensível a todos estes problemas, procurando enfrentá-los com medidas adequadas, apoiando-se, para o efeito, nos ensinamentos da *AGB-Getz*, sobretudo; o que, desde logo, é motivo de satisfação, visto ser a lei alemã normalmente apontada, de vários lados, como exemplo e modelo a seguir.

Analisemos, pois, as soluções consagradas pelo Decreto-Lei n.º 446/85, cujo Anteprojecto foi elaborado por uma comissão presidida por ALMEIDA COSTA, da qual fazia também parte MENEZES CORDEIRO, com a colaboração, no aspecto processual, de TAVARES DE SOUSA.

7. Estabelece a lei, no capítulo I, algumas disposições gerais sobre o seu âmbito de aplicação.

Embora não defina *cláusulas contratuais gerais* — certamente por entender não caberem ao legislador tarefas deste tipo —, as notas por que se lhes refere, no artigo 1.º, mostram não se desviar o legislador da caracterização comum do fenómeno, não importando, em princípio, a sua forma de divulgação, a extensão, o conteúdo ou o facto de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros, como preceitua o artigo 2.º

Exceptuam-se apenas, compreensivelmente, os casos referidos no artigo 3.º, não se aplicando este diploma: a cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; a cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; a cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada; a contratos submetidos a normas de direito público; a actos do direito da família ou do direito das sucessões; e a cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Nuns casos, a confiança no legislador ou, em geral, no poder de fiscalização prévio de certas entidades públicas, correlativo ao seu *imperium*; noutros, a natureza pessoal de certos actos; ou, enfim, a participação prévia, no momento da sua elaboração, de representantes idóneos dos futuros visados, justificam, em geral, as excepções abrangidas pelo artigo 3.º

8. Seguidamente, estabelece a lei, a partir do artigo 4.º — norma com que abre o capítulo II —, regras sobre a *inclusão* de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares.

E principia aqui a parte fundamental do regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85: na verdade, à excepção do capítulo I, em que se começa por definir o seu âmbito de aplicação, e dos capítulos VII e VIII, com as tradicionais normas de conflitos e as disposições finais e transitórias, os restantes capítulos estabelecem, no essencial, formas de controlo dos contratos de adesão.

Sendo este, como vimos, o seu problema fulcral, não é de estranhar tal atitude do legislador: controlo que se exerça, tanto ao nível da *formação do acordo*, como no plano da justiça intrínseca do *conteúdo* contratual, completando o sistema uma acção *inibitória*, com finalidades *preventivas*.

9. Assim, no que respeita ao primeiro ponto, para combater o risco de *desconhecimento* de aspectos significativos do contrato, tendo em conta o modo peculiar como o acordo é obtido em contratos desta índole, impõe a lei, no artigo 5.º, o *dever de comunicação prévia*, e na *íntegra*, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que se pretenda fazer inserir em contratos singulares.

Comunicação que deve ser feita de modo *adequado* e com a devida *antecedência*, requisitos cuja satisfação terá de aferir-se em função da sua idoneidade a um conhecimento completo e efectivo, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, por um aderente de normal diligência.

Não está, assim, excluído, parece-nos, o recurso a cartazes ou avisos, desde que esta forma de comunicação das cláusulas contratuais gerais satisfaça os requisitos do artigo 5.º, designadamente a sua adequação à natureza do negócio e a um conhecimento efectivo por um aderente medianamente diligente.

Em qualquer caso, recai sobre o contratante determinado que utilize ou se sirva das cláusulas contratuais gerais o ónus da prova de ter feito, nos seus devidos termos, a referida comunicação.

Procura o legislador, deste modo, *possibilitar* ao aderente o conhecimento antecipado da *existência* das cláusulas contratuais gerais, que irão integrar o contrato singular, 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 em 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 *integrando* o contrato celebrado as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos da sua *inclusão* em contratos singulares; 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 contratantes (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.

Trata-se, creio, de impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitem, justificadamente, *reações de surpresas* (serão as *Überraschende Klauseln*», da lei alemã, em termos semelhantes à «*Ungewöhnlichkeitsregel*», do direito suíço), por não lhe ser exigível — pela forma artilosa 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 dispôs 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 singular as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos necessários à sua inclusão, mantendo-se o contrato na parte restante, com recurso às normas subjectivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no artigo 239.º do Código Civil.

É a solução ditada pelo artigo 9.º, 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 insuportável de aspectos essenciais» ou a «um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé».

10. Completando, de certo modo, o controlo efectuado ao nível da formação do acordo, o capítulo III, sobre a «interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais», depois de consagrar, no artigo 10.º, como princípio geral, o recurso às regras sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos (arts. 236.º e ss. do Código Civil), atende, de imediato, às particularidades da situação.

Assim, desde logo, a aplicação do referido princípio geral não se faz um abstracto, considerando as condições gerais em

si mesmas, desligadas do contrato singular em que se integram; ao invés, manda-se interpretá-las e integrá-las sempre «dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam», solução que nos parece efectivamente mais adequada aos interesses e às expectativas do aderente.

Por outro lado, estabelecem-se no artigo 11.º duas regras, a respeito das cláusulas ambíguas: a primeira, consagrada no n.º 1, parece-nos ser uma aplicação da doutrina da impressão do destinatário; a segunda, acolhe o conhecido princípio *in dubio contra stipulatorem*.

11. Numa breve apreciação sobre o sentido destas medidas, diremos que elas 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.

Garantem o aderente contra a inserção, mais ou menos subreptícia, de cláusulas prejudiciais aos seus interesses, contribuindo para evitar decisões precipitadas, pouco reflectidas, *despertando* 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 não o protege de cláusulas inequitas 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.

Consciente desta realidade, a jurisprudência de vários países, numa fase recuada, em que mais timidamente abordou o problema, escudou-se sob o controlo do consenso para impedir cláusulas inequitas, afastando-as do contrato por ale-

gado 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 consenso.

Não significa isto, no entanto, que as medidas, acabadas de analisar, 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.

O legislador, não descurando este aspecto, teve consciência, porém, de que havia que fiscalizar directamente o conteúdo dos próprias cláusulas contratuais gerais. Fê-lo de duas formas: por um lado, cominando a sanção da *nulidade* para certo tipo de cláusulas, que expressamente *proíbe*, nulidade essa invocável nos termos gerais (arts. 12.º e 23.º); por outro lado, consagrando uma acção *inibitória* (arts. 24.º e ss.), com finalidades *preventivas*.

Começemos pelo primeiro ponto.

12. O legislador adoptou, no essencial, como já referimos, o modelo alemão, enumerando uma série de cláusulas, que proíbe em termos *absolutos*, ao lado de outras, cuja proibição é *relativa*, completando o sistema com a consagração de uma *cláusula geral*, 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, operada pelo legislador, reside no seguinte: enquanto, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, nos termos do artigo 15.º, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que

constam, respectivamente, dos artigos 18.º e 19.º, além da referida cláusula geral sindicante, consagrada no artigo 16.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 (secção II), como, igualmente, as cláusulas proibidas pela secção anterior. *Cumulam-se*, pois, as proibições constantes de ambas as secções: é a solução ditada pelo artigo 20.º

Compreende-se esta atitude do legislador, evidenciando especial sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir, porém, a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector, antes mostrando que o problema é mais geral, não descurando, por isso, a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

13. Não me sendo possível analisar aqui, naturalmente, uma a uma, as cláusulas proibidas nessas longas *listas negras* — as quais, noutros sistemas, são elaboradas com base em anteriores experiências judiciais —, limito-me a chamar a atenção para alguns aspectos, em ordem a facilitar a compreensão do *modelo* instituído.

Assim, em primeiro lugar, parece-nos importante esclarecer o sentido da distinção entre *cláusulas absolutamente proibidas* — 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,

as outras são proibidas em termos *absolutos*, ou seja, em qualquer caso.

Quer dizer: enquanto 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, ao *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 pradronizado* (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 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.

É que, como já foi referido, dispõe a lei 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.

É por essa razão, creio, que nos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, ao enunciar-se as cláusulas especificamente proibidas, se utiliza o termo *designadamente*: parece-me, com efeito, pretender o legislador advertir que *outras* cláusulas poderão ser proibidas, em cada caso concreto, por aplicação do referido *princípio geral*, consignado no artigo 16.º

Assente na *boa fé*, este princípio apresenta, assim, as vantagens e os inconvenientes comuns a um critério deste tipo, procurando o legislador fornecer alguns índices a ter em conta, como sejam, os «valores fundamentais do direito», a «confiança suscitada», o «objectivo» das partes e o «tipo de contrato utilizado» (artigo 17.º).

Estes índices são um mero critério geral de orientação, em face da situação concreta, cuja indeterminação talvez seja inevitável, sob pena de, de outro modo, se frustrar, porventura, a *abertura* pretendida pelo legislador, num domínio em que a *aceleração* histórica, por um lado, e o engenho dos interessados, por outro, poderiam vir a contornar habilmente as proibições expressas, tornando-as letra morta.

Quanto às cláusulas relativamente proibidas, é de realçar a utilização generalizada de conceitos de conteúdo indeterminado — v. g., «excessivos», «injustificadamente», «interesses sérios» —, evidenciando o papel concretizador a desempenhar, em cada caso, atentas as circunstâncias adjacentes, pelo tribunal, à luz do padrão de referência a considerar.

Neste elenco de cláusulas *suspeitas* está incluída, designadamente, a *cláusula penal*, quando desproporcionada aos danos a ressarcir (art. 19.º, al. c)). Parece-me acertada a sua inserção na lista de cláusulas apenas *relativamente* proibidas, pois as circunstâncias podem justificar, em certos casos, o seu montante elevado, salvaguardando, assim, o legislador, a finalidade compulsória da cláusula penal.

Numa breve referência, por último, às cláusulas absolutamente proibidas, tanto em relações com empresários, como em relações com consumidores finais, parece ter-se pretendido, fundamentalmente, interditar cláusulas que, *logo à partida*, se mostrem especialmente gravosas aos interesses do aderente, favorecendo, de modo unilateral, os interesses do predisponente.

De entre o vasto elenco de cláusulas proibidas, em termos absolutos, sobressaem as que, de modo vário, estabelecem, em favor de quem delas se serve, limitações ou exclusões de responsabilidades, ou de direitos do aderente.

E não resistimos em chamar a atenção para um ponto que nos é particularmente caro, e sobre o qual nos pronunciamos recentemente ⁽¹⁾: o artigo 18.º, als. c) e d), proíbe as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por não cumpri-

(1) Referimo-nos à nossa dissertação sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, já anteriormente citada.

mento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, trate-se de actos praticados pelo devedor ou de actos de representantes ou auxiliares, *apenas em caso de dolo ou de culpa grave* — o que significa, «a contrario sensu», não serem proibidas, em princípio, cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade em situações de não cumprimento («lato sensu») devido a simples *culpa leve*.

Dizemos em princípio, porque o facto de uma cláusula exoneratória escapar à proibição constante do artigo 18.º significa apenas não ser ela proibida nos termos em que o faz esta norma; mas pode vir a sê-lo, atentas as circunstâncias concretas, por aplicação do princípio geral da boa fé, nos termos dos artigos 16.º e 17.º

É a solução da lei alemã e, no tocante a este ponto, como demonstrámos em outra oportunidade, a solução igualmente seguida pela generalidade dos direitos de outros países, fora do quadro dos contratos de adesão.

Ora, esta solução, consagrada hoje também pelo legislador nacional, embora restrita a este sector contratual, vem reforçar, parece-nos, a nossa opinião, sobre o sentido e o alcance do artigo 809.º do Código Civil.

Na verdade, além dos argumentos então apresentados, desenvolvadamente, que nos permitiram concluir não ser proibida por aquela norma, à partida, uma cláusula exoneratória em caso de simples culpa leve do devedor — porque, como então demonstrei, ela não representa, nestes limitados termos, uma *renúncia* do credor à indemnização, esta sim, proibida pelo artigo 809.º —, o legislador acaba de consagrar uma solução que vem reforçar, parece-nos, as nossas conclusões, não só *de iure condendo*, como, igualmente, *de iure condito*.

Efectivamente, sendo permitidas, em princípio, cláusulas desta índole, desde que condicionadas à culpa leve, em contratos de adesão, parece — *a fortiori* — não se justificar a sua proibição radical, em termos absolutos, em contratos negociados.

Assim, se, de acordo com CASTANHEIRA NEVES, a interpretação jurídica é um «momento do *continuum* de reali-

zação do direito» (1), e se, nas palavras de BAPTISTA MACHADO, há que «ajustar o próprio significado da norma à evolução entretanto sofrida (pela introdução de novas normas ou decisões valorativas) pelo ordenamento em cuja vida ela se integra» (2), é de concluir, parece-nos, fornecer o actual artigo 18.º, als. c) e d), do Decreto-Lei n.º 446/85, um novo e importante factor, de natureza *sistemática*, a considerar na interpretação do artigo 809.º do Código Civil.

É que, numa palavra, um *novo* sentido poderá ser imposto — como nos parece suceder neste caso — pela necessidade de *harmonizar* a norma anterior (artigo 809.º) com a intencionalidade normativa do ordenamento jurídico, entretanto insuflado de um novo espírito pelo legislador actual.

Assim, para concluir, a nossa posição sobre este ponto, divergindo da orientação generalizada a respeito do alcance do artigo 809.º — posição que, e muito nos honra, pouco tempo depois MOTA PINTO subscrevia (3) —, encontra hoje, no Decreto-Lei n.º 446/85, um novo e importante apoio legal. As soluções consagradas nas als. c) e d) do artigo 18.º, não só estão de acordo com aquela que pensamos ser a melhor doutrina, como, repete-se, fornecem um importante apoio, de índole *sistemática*, para interpretar o artigo 809.º do Código Civil no sentido por nós já antes defendido. De outro modo, seria flagrante a contradição no seio do ordenamento jurídico, passando as partes a dispor de maior liberdade em contratos de adesão do que em contratos negociados, no que concerne às possibilidades de autodisciplina dos efeitos do não cumprimento. Ora, como é necessariamente reconhecido, é em relação ao primeiros, pela sua especificidade, que as necessidades de tutela do aderente justificam um maior cerceamento da auto-

(1) *Interpretação Jurídica*, na Enciclopédia Polis, 3, p. 697 (III, n.º 2).

(2) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 191.

(3) Na 3.ª ed. da *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1986, pp. 591, ss., especialmente pp. 594-596.

nomia privada. Por isso dissemos que a solução consagrada no artigo 18.º, al. c) justifica, *a fortiori*, a validade de princípio da cláusula de exclusão de responsabilidade por simples culpa leve, em contratos negociados. Contra esta solução não depõe, como demonstrámos anteriormente (no referido estudo sobre o problema), o artigo 809.º, nem na sua letra, nem na sua *ratio*.

Também a solução consagrada na al. a) do artigo 18.º (onde se proíbe, em termos absolutos, ou seja, independentemente do grau de culpa do lesante, cláusulas limitativas ou de exclusão em caso de ofensa a bens da personalidade) corresponde à doutrina por nós perfilhada. Quanto à solução consagrada na al. b), compreende-se a atitude do legislador uma vez que se trata de contratos de adesão. Em contratos negociados, porém, desde que não esteja em causa a ofensa da ordem pública, já essa proibição radical se não justificará.

14. Posto isto, e para terminar esta parte, dedicada à análise do controlo directo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, importa dizer que, fazendo parte de um contrato singular uma cláusula *proibida* pela lei, a sanção é a *nulidade* dessa cláusula nos termos dos artigos 12.º e 23.º

Declarada a nulidade, o aderente pode optar pela *manutenção* do contrato, o que implica a vigência, neste caso, em relação à parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras gerais de integração dos negócios jurídicos (artigo 13.º).

Vigorar, porém, o regime da *redução* dos negócios jurídicos — que pode implicar, como se sabe, a invalidade de todo o negócio (artigo 292.º do Código Civil) — nas hipóteses referidas no artigo 14.º, designadamente no caso de a subsistência do contrato se traduzir num desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé.

Um problema se pode pôr, nesta sede, e que consiste em saber se uma cláusula proibida poderá ser parcialmente salva,

desde que *corrigida* em termos de se adequar à disciplina normativa instituída na lei: por exemplo, poderá *aproveitar-se* uma cláusula de irresponsabilidade nula, por abranger hipóteses de não cumprimento doloso ou gravemente culposo (art. 18.º, als. *c*) e *d*)), para, com base nessa mesma cláusula, se exonerar o devedor nos limites da culpa leve?

A solução consagrada, em termos gerais, no artigo 13.º, n.º 2, apelando às regras de integração dos negócios jurídicos, poderá justificar, *em certos casos*, uma resposta afirmativa, no quadro do artigo 239.º do Código Civil, designadamente para evitar, da parte do credor, uma inadmissível *venire contra factum proprium*. A questão é, no entanto, muito delicada, limitando-me aqui a chamar a atenção para o problema.

15. O legislador consagrou, igualmente, já o dissemos, como forma complementar de tutela do aderente, uma *acção inibitória* — prevista no artigo 24.º, incluída, pois, no capítulo dedicado às *disposições processuais* —, com finalidades *preventivas*.

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 (arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º), 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. 25.º).

Esta acção pode ser intentada quer contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, quer contra quem apenas as recomende a terceiros (art. 26.º).

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, 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; opção que nos parece fundada, e mais adequada à realidade portuguesa, por razões que facilmente se intuem. Quer dizer: embora nos parecesse mais adequado, em abstracto, que fosse um órgão especificamente criado para esse efeito a controlar as cláusulas contratuais gerais que a empresa pretende utilizar — cuja utilização futura dependeria, pois, de uma aprovação prévia das mesmas, por parte desse órgão —, cremos que, em face da concreta realidade nacional, tribunais oferecerão melhores garantias para exercer esta função sindicante.

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, no artigo 31.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 justifica 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.

Quer dizer: se o demandado, vencido na acção inibitória, continuar a utilizar cláusulas contratuais gerais proibidas nesta acção, pode o aderente, num contrato singular, invocar a decisão inibitória, conseguindo, assim, automaticamente, a nulidade dessas cláusulas. Porém, se quem se serve das cláusulas contratuais gerais não for a mesma empresa, o aderente já não pode valer-se da anterior decisão inibitória — ainda que as cláusulas incluídas no seu contrato sejam iguais ou do mesmo tipo das que foram objecto da proibição na acção inibitória —, correndo, assim, o risco de um novo controlo, que pode mesmo vir a ser decidido em termos diferentes.

Por outro lado, um outro inconveniente se nos depara, em virtude de a eficácia da decisão inibitória pressupor, um aderente informado, o que frequentemente não acontece, porém, até porque não existe um serviço de registo das cláusulas contratuais gerais proibidas, duvidando que este inconveniente possa ser totalmente superado pela impossibilidade, prevista no artigo 29.º, n.º 2, de vir a ser dada publicidade à sentença de proibição.

Na verdade, não tendo sido conferida ao tribunal a possibilidade de invocar *oficiosamente* a declaração de nulidade, contida em anterior decisão inibitória, a eficácia, desta sentença pode acabar por vir a ser diminuta, sempre que o aderente a ignore.

O legislador consagra ainda, como importante meio de *pressão* sobre o demandado, vencido na acção inibitória, em ordem a *incentivar* o respeito pela sentença, uma *sanção pecuniária compulsória* (art. 32.º).

Assim, infringindo a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas proibidas por decisão inibitória, fica o demandado sujeito a uma *sanção pecuniária compulsória*,

que pode ir até mil contos por infracção, montante que se destina, em partes iguais, ao requerente e ao Estado.

É este, como se sabe, um meio de coerção, destinado a assegurar, simultaneamente, o cumprimento das obrigações e o prestígio da justiça, recentemente consagrado, entre nós, em termos gerais, por inspiração do modelo francês da *astreinte*, no artigo 829.º-A do Código Civil (norma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho), e que o legislador oportunamente acaba de acolher, no domínio dos contratos de adesão, como forma de reforçar a eficácia da decisão inibitória.

Resta-me, antes de concluir, chamar a atenção para um ponto: intentada uma acção inibitória, nos termos dos artigos 24.º e ss., visando a interdição de determinadas cláusulas, o insucesso desta acção não obsta, parece-me, a que, no futuro, numa concreta relação jurídico-contratual, possam vir a ser proibidas essas mesmas cláusulas.

É que pode não se justificar, *a priori*, a interdição de certas cláusulas contratuais gerais, mas justificar-se já, no entanto, a sua nulidade, em determinado contrato singular, concluído posteriormente, em face das circunstâncias.

16. Incluída no capítulo das «disposições finais e transitórias», dispõe a lei de uma norma, o artigo 35.º, que *ressalva* todas as disposições legais que, *em concreto*, se mostrem mais favoráveis ao aderente que subscreva ou aceite propostas que contenham cláusulas contratuais gerais.

O que evidencia, uma vez mais, que o escopo fundamental do regime instituído é o de favorecer o aderente, deixando esse consequentemente de ter aplicação, se em determinado caso concreto as suas prescrições viessem, afinal, a diminuir a tutela que lhe é conferida por outras disposições legais.

Solução diferente, neste aspecto, da consagrada pelo § 8 da *AGB-Gesetz*, nos termos do qual a doutrina contida nos seus §§ 9 a 11 (normas que estabelecem, como se sabe, o controlo sobre o conteúdo) apenas se aplica a cláusulas através das quais se derroguem ou integrem preceitos legais.

Pode, assim, determinada cláusula contratual geral ser válida, apesar de contrária à doutrina contida nas referidas normas da *AGB-Gesetz*, desde que esteja conforme a outros preceitos legais. Entre nós, porém, só prevalecem as disposições legais que, em concreto, *favoreçam* o aderente, aplicando-se sempre, de contrário, o regime específico das cláusulas contratuais gerais.

CONCLUSÃO

17. Acabamos de analisar, nos seus aspectos mais significativos, o Decreto-Lei n.º 446/85.

Depreende-se, da análise a que procedemos, o nosso juízo favorável, saudando a intervenção do legislador, em si mesma, e nas soluções que, globalmente, consagrou.

Na verdade, e como já referimos, sendo o postulado da tutela do consumidor um *imperativo constitucional*, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, agora instituído, constitui, sem dúvida, um passo importante no sentido da sua concretização.

É certo que a protecção do consumidor — «uma das *cruzadas* dos tempos modernos», como observa ALMEIDA COSTA (1) — é uma problemática de grande amplitude, não se esgotando, naturalmente, na actividade de controlo das cláusulas negociais gerais.

Para além de uma eficaz sindicância sobre os contratos de adesão, a protecção do consumidor passa, igualmente, pela consagração legislativa, em certos termos, da responsabilidade *objectiva* do produtor ou fabricante, pelo controlo eficaz da publicidade enganosa, das vendas a prestações, das vendas agressivas (ao domicílio, saldos, etc.); isto, sem menosprezar a necessidade de outras formas de intervenção, ao nível da qualidade dos produtos, da higiene e acondicionamento, etc.,

(1) *Direito das Obrigações, cit.*, p. 179.

através de uma regulamentação *interdisciplinar*, convocando, designadamente, os direitos civil, penal e administrativo.

Ora, se é certo que, para além da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto—onde se prevêem, generosamente, importantes direitos do consumidor—, várias medidas legislativas foram já tomadas, em vários sectores, em ordem a uma concretização desses direitos, não é menos certo, todavia, ocupar, a partir de agora, na ordem jurídica portuguesa, o Decreto-Lei n.º 446/85, um lugar proeminente, na hierarquia das normas sobre a protecção do consumidor.

Acompanha, assim, o nosso direito o vasto movimento legislativo que vem tendo lugar no direito comparado, quer ao nível do direito interno de outros países, quer no seio de organizações internacionais, como a CEE e o Conselho da Europa.

E se é certo que os consumidores não constituem uma categoria homogénea, existindo, ao lado de consumidores mais informados, outros a que poderemos chamar, com GUIDO ALPA, *consumidores de ghetto* ⁽¹⁾, os termos em que o legislador instituiu o controlo das cláusulas contratuais gerais, mormente a *acção inibitória*, permitem confiar numa tutela adequada aos interesses e à situação de particular debilidade cultural e económica de vastas camadas de consumidores.

Competirá às associações de defesa do consumidor e às associações sindicais, sobretudo, zelar pelas tarefas de promover a referida acção, para a qual gozam de legitimidade processual, como vimos, competindo-lhes, da mesma forma, divulgar, junto dos consumidores menos informados o conteúdo das decisões inibitórias já proferidas.

Vimos, porém, que o problema do controlo das cláusulas contratuais gerais, sendo embora uma faceta importante da protecção do consumidor, não se reduz a este plano. E o legislador teve consciência disso, como mostrámos, não descurando

(1) *Consumatore (tutela del)*, apêndice ao *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1981, p. 62.

as relações *entre* empresários ou entidades equiparadas — atitude que é também de aplaudir.

Em suma, e para concluir esta já longa intervenção, a abertura evidenciada pelo legislador, os modelos de controlo instituídos e o apuro técnico das soluções consagradas, permitem encarar este diploma com fundadas expectativas, sobretudo se vier a ser criado, como se prevê, um serviço de registo das cláusulas contratuais gerais, por razões de publicidade das mesmas.

Compete à jurisprudência e à dogmática jurídica, em geral, confrontar o regime jurídico recém-instituído com as realidades práticas da vida, cabendo-lhes a última palavra sobre os méritos deste diploma.

Poderia apontar-se-lhe, é certo, uma relativa imprecisão e fluidez, o apelo, mais ou menos frequente, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais, elementos que poderão introduzir alguma perturbação do ponto de vista da segurança e certeza jurídicas. As vantagens que esta formulação técnico-legislativa apresenta, em termos de abertura, de maleabilidade, de adaptação do direito à situação concreta, para mais num domínio em que a aceleração histórica se faz sentir de modo particular, compensam, porém, a nosso ver, aquele inconveniente. Sobretudo se a jurisprudência, *viva vox iuris*, souber aproveitar as possibilidades de intervenção que este diploma lhe confia.

Como «*auxiliar pensante*» do legislador (no cansagrada da expressão da «Jurisprudência dos Interesses»), compete ao Juiz e, em geral, a todos quantos colaboram na tarefa de realização histórica do direito, extrair da lei todas as suas virtualidades, *concretizando-a*. E se o direito, como ensina ORLANDO DE CARVALHO, «é sempre alguma coisa *in fieri*»⁽¹⁾, ninguém pode demitir-se desta nobre missão de

(1) *A Teoria Geral da Relação Jurídica (seu sentido e limites)*, 2.ª ed., Coimbra, Centelha, 1981, pp. 50-51.

servir a vida, pois verdadeiro jurista, recordando CASTA-NHEIRA NEVES, «não é aquele que ‘conhece’ o direito conseguido, mas aquele que, assumindo a *intenção do direito*, colabora no acto do seu histórico constituir-se» (1).

Gostaria de manifestar-vos, antes de concluir, ter aceite o honroso convite da Secção Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados para proferir esta conferência, dentro daquele espírito de *solidariedade institucional* a que, ainda recentemente, o Reitor desta Universidade, RUI ALARÇAO, se referia (2).

E apesar de o tema me ser familiar, não deixei de meter ombros a uma tarefa algo melindrosa, por ser a primeira intervenção pública (que seja do meu conhecimento) sobre o Decreto-Lei n.º 446/85. Deixei, assim, o habitual plano *de iure condendo*, em que o problema dos contratos de adesão tem sido tratado, para me pronunciar sobre direito já constituído, analisando as suas soluções (3).

E como entre as minhas «condições», ao aceitar este convite, não inseri qualquer cláusula de exclusão de responsabilidade, de que pudesse agora aproveitar, temo ser vosso devedor, por ter abusado do meu direito de conferencista, esgotando a paciência do auditório ao ter de ouvir-me durante todo este tempo!

(1) Nas *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, ed. policop., Coimbra, 1968-69, p. 18.

(2) Na sessão solene de homenagem ao Supremo Tribunal de Justiça, em 6 de Julho de 1985 — ver a *Tribuna da Justiça*, n.º 8/9, p. 5 (e hoje, também a *Colectânea de Jurisprudência*, ano X, t. 3, p. 57).

(3) Recorde-se, de novo, que o presente trabalho corresponde ao texto de uma conferência proferida em 15 de Janeiro de 1986. Só posteriormente, em finais de Março, foi publicado, em *anotação* ao Decreto-Lei n.º 446/85, um estudo sobre as *Cláusulas Contratuais Gerais* (Almedina, Coimbra, 1986), da autoria de M. J. ALMEIDA COSTA e A. MENEZES CORDEIRO.

Acreditem, no entanto, na minha boa fé e no desejo de poder contribuir para o vosso esclarecimento.

Obrigado pela vossa atenção

António Pinto Monteiro