

Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil Brasileiro

Almeno de Sá

SUMÁRIO:

I. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

II. CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA RELAÇÃO BANCO-CLIENTE

1. Introdução
2. As diferentes concepções

III. PROJEÇÃO DA COMPREENSÃO CONTRATUALISTA NO PROBLEMA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E DA TUTELA DO CLIENTE

1. Traços caracterizadores do “contrato bancário”
2. Deveres gerais de conduta e deveres de “contratação”
3. Articulação com o problema das cláusulas contratuais gerais
4. Inclusão das condições gerais dos bancos no contrato singular
5. Critério geral de sindicância das cláusulas contratuais bancárias e sua aplicação prática
6. A *blue pencil rule* e sua incidência na relação banco-cliente

I. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1. A análise da literatura jurídica brasileira chamou-nos a atenção para a viva controvérsia que se vem verificando no Brasil em volta da submissão ou não submissão da actividade

bancária às normas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, em termos que levaram mesmo a Confederação Nacional do Sistema Financeiro a intentar junto do Supremo Tribunal Federal uma acção directa de inconstitucionalidade (ADIn nr. 2591/01), a qual, todavia, segundo informações recentes, ainda não chegou ao seu termo. Não é naturalmente nosso propósito falar desta polémica, nem tão-pouco do chamado Código de Defesa do Consumidor. A nossa preocupação exclusiva é o novo Código Civil brasileiro. Sucede que o problema de fundo pode hoje ser equacionado, segundo julgamos, de forma diversa, ou pelo menos complementar, pois o novo Código surge marcado por um espírito de “abertura” e por princípios informadores que parecem permitir alcançar respostas adequadas para as principais questões que a actividade bancário-financeira vem colocando, nos tempos de hoje, à ordem jurídica, independentemente da veste ou qualidade do sujeito que estabelece relações com a instituição bancária.

Neste contexto, o objectivo da nossa intervenção é tentar estabelecer - sob o pano de fundo de um diálogo Portugal-Brasil - um intencional nexu dogmático-normativo, com projecções concretas no “serviço da vida” que é o direito, entre os principais vectores susceptíveis de ser convocados para a resolução das referidas questões: princípios informadores do direito contratual no novo Código Civil brasileiro, cláusulas contratuais gerais e relação banco-cliente. Tentemos então analisar como será possível “ler” essa articulação e que resultados daí poderão eventualmente advir.

O primeiro traço marcante que nos aparece no novo Código Civil, em sede contratual, traduz-se na solene proclamação da *função social do contrato* como limite e modelação da autonomia privada: nos termos do artigo

421, a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Embora o projecto do novo Código tenha sido elaborado e apresentado no início dos anos setenta, não deixa de ser interessante notar que o sentido implicado pela referida “função social” se aproxima irresistivelmente da intencionalidade pressuposta por uma recente tendência europeia, que pretende fazer do pensamento da *solidariedade contratual* a nuclear força estruturante de uma “nova” dogmática do contrato. Nesta perspectiva, trata-se da construção de um modelo evolutivo, que visa superar a compreensão formal-abstracta da relação contratual, ainda impregnada, apesar de significativos avanços, por representações tributárias da “velha” ordem liberal-individualista.

Podemos divisar na ideia de “função social do contrato” duas dimensões, intimamente interligadas: por um lado, pretende-se moldar e “vigiar” todos aqueles resultados que aparecem como expressão do livre exercício do poder de autodeterminação das partes - é a sua dimensão negativa; por outro, visa-se impulsionar condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato - está agora em causa a sua dimensão positiva.

Neste quadro global se insere, de corpo inteiro, a ideia de que a *lex contractus* não pode servir de instrumento para que um dos contratantes possa retirar vantagens de estipulações inequitativas, em detrimento da contraparte. O que assume, naturalmente, uma particular relevância no domínio das cláusulas contratuais gerais ou dos contratos de adesão. Neste novo envolvimento dogmático, o pensamento contratual

de “tutela” deixa de ser visto como uma *excepção*, para passar a ser compreendido e actuado como um *princípio*. Um princípio -acentue-se - não apenas dirigido a certos sujeitos jurídicos, definidos pelo seu *status* ou pertença grupal, mas antes um princípio próprio do direito contratual *geral*.

A verdade é que o sistema formal do direito contratual clássico acaba por produzir resultados socialmente não suportáveis para aqueles participantes no mercado que, de um modo ou de outro, não conseguem fazer uso da sua livre autodeterminação. Sucede, todavia, que a tendência das últimas décadas para “isolar” o direito contratual geral relativamente a certos valores ético-sociais de protecção, “desterrando-os” para leis especiais, deve ser abandonada. Só faz sentido a elaboração de uma nova dogmática jurídico-contratual que complete, desenvolva e aperfeiçoe, num todo intencional unitário, os princípios do clássico direito contratual geral. Designadamente, a estreiteza do princípio protectivo ligado ao sujeito jurídico designado como “consumidor” deve ser relativizada e superada, pois só assim será possível um desenvolvimento coerente e consistente de uma global ordem contratual justa. O que tudo implica uma *flexibilização e dinamização* do próprio conceito clássico de contrato – nem tudo o que surge como acordado se poderá manter como automática e imutavelmente vinculante.

Pois bem: é precisamente nesta direcção que “corre” o novo Código Civil brasileiro. O que se manifesta não apenas na referida consagração do princípio da função social do contrato, mas também noutros princípios, como veremos de imediato. Saliente-se ainda, como factor de relevo, a circunstância de se atribuir àquele primeiro princípio um área de incidência global, compreendendo todos os contratos e não apenas aqueles que se baseiem em condições negociais gerais ou se reconduzam ao conceito de contratos de adesão.

2. Intimamente ligada com este ponto está a recepção expressa, no texto do diploma civil fundamental, do *princípio da boa-fé*: é de acordo com ele que deve apreciar-se a conduta dos contratantes, tanto na formação do contrato, como na sua execução (artigo 422). Enquanto princípio normativo, a boa-fé surge como um critério norteador de comportamentos, impondo às partes uma conduta que possa valorar-se como honesta, correcta e leal. Pretende com tal fórmula exprimir-se a ideia de que não é legítimo defraudar aquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, tornando-se, por isso, necessário que os contratantes actuem tal como deve esperar-se que o faça qualquer pessoa que participe correctamente no tráfico jurídico. No que vai implicada a exigência fundamental de que cada uma das partes da relação negocial tome em consideração os legítimos interesses da outra. Daqui se infere, desde logo, que se trata de um “módulo” - ainda que de um “módulo” de sentido -, a postular um preenchimento que só na envolvência da situação considerada poderá lograr-se. Não está aqui em causa um conceito, antes um *princípio*, que não se mostra adequado a uma aplicação imediata em cada caso singular, implicando sempre uma particular tarefa de concreção. Vão desempenhar papel relevante nesta tarefa factores intermédios de valoração, de pendor mais objectivo, designadamente os usos do tráfico e os modelos entretanto elaborados pela jurisprudência e pela doutrina.

É este quadro de referência “aberto” que importa ter em consideração quando se trata de aplicar a intencionalidade normativa que atravessa o princípio às situações concretas da *praxis*. Acresce que, tendo presente tal intencionalidade, não suscitará qualquer dúvida o alargamento do âmbito aplicativo do preceito à fase dos *preliminares* do contrato (*culpa in*

contrahendo) e ao momento *pós-contratual* (*culpa post contractum finitum*), apesar de a letra da norma se referir apenas à conclusão do contrato e à respectiva execução (cfr. artigos 227, 239 e 762 do Código Civil português).

Saliente-se que, em relação à boa-fé, naturalmente na sua compreensão objectiva, o novo Código Civil não se limita a colocar a ordem jurídico-positiva brasileira em total consonância com os ordenamentos modernos no que concerne às diversas fases do processo contratual. Para além disso, o legislador faz de tal princípio o *critério hermenêutico central* do negócio jurídico: nos termos do artigo 113, é em conformidade com os ditames da boa-fé, em articulação com os usos do lugar da celebração, que devem ser interpretados os negócios jurídicos. O que, na prática, tem um relevo considerável quando se trata de procurar, na complexidade dos termos contratuais do massificado tráfico jurídico-negocial dos nossos dias, soluções ajustadas aos interesses de ambas as partes, sendo certo que tal só poderá lograr-se a partir da correcta definição dos direitos e deveres resultantes do regulamento contratual. É essa a função da hermenêutica dos negócios jurídicos - e aí a convocação das regras da boa-fé fornece-nos, à partida, uma utensilagem técnico-normativa susceptível de nos conduzir a resultados justos e adequados.

Ainda que à margem, não deixe de acentuar-se que, em sede de interpretação dos negócios jurídicos, uma aparentemente anódina alteração do artigo 85 do anterior Código Civil parece introduzir neste domínio um elemento objectivante: onde se dizia que, nas declarações de vontade, se atenderá mais “à sua intenção” do que ao sentido literal da linguagem, especifica-se agora que deve atender-se à “intenção *nelas consubstanciada*” (artigo 112). O que parece aproximar

substantivamente o preceito em causa do sentido subjacente à doutrina da impressão do destinatário, consagrada, aliás, no Código Civil português (artigo 236).

Como terceira directriz de fundo do novo direito contratual surge-nos o princípio da *legitimidade da intervenção controladora* nos contratos de adesão ou contratos baseados em cláusulas contratuais gerais, independentemente da veste ou *status* dos sujeitos jurídicos envolvidos. Tal intervenção opera a dois níveis: por um lado, ao nível da interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias, através da aplicação da regra *contra stipulatorem*, agora consagrada com alcance geral (artigo 423); por outro, ao nível do *controle directo do conteúdo*, declarando nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigo 424).

Parece-nos legítimo ver neste último preceito a consagração de um verdadeiro *princípio geral de controle*, susceptível de abarcar todas as cláusulas pré-elaboradas, não objecto de negociação individual, que se revelem *inequitativas, desrazoáveis* ou *abusivas*. Com efeito, a norma em causa aparece-nos moldada como uma “cláusula geral”, a convocar uma criadora e aberta actividade de concreção: se virmos bem, a ideia de “renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio” está implicada, no seu sentido último, em toda e qualquer estipulação que, de acordo com os parâmetros valorativos da generalidade dos ordenamentos, vem sendo considerada como “abusiva” ou “iníqua”. Na verdade, de um modo ou de outro, no núcleo central das chamadas “cláusulas abusivas”, está sempre um *desequilíbrio de direitos e deveres*, o que comporta em si, em última análise, uma *renúncia antecipada a direitos* que, segundo a correcta ordenação jurídica dos bens, na representação modelar do direito dispositivo, pertenceriam ao aderente.

Acresce que esta leitura da norma se fortalece se tivermos em conta, na respectiva interpretação, como não pode deixar de ser, o princípio da boa-fé, agora expressamente positivado no novo Código Civil. Na verdade, este princípio não deixa de assumir igualmente, em último termo, uma função legitimante da sindicância judicial de conteúdos contratuais. Deste modo, parece razoável atribuir ao preceito um sentido amplo, que abre a possibilidade de uma geral sindicância de todas as cláusulas pré-elaboradas, relativamente às quais a contraparte não pode exercer influência ou modelar o respectivo conteúdo.

Num plano que está para lá das meras relações contratuais - mas igualmente relevante para o propósito da nossa análise -, importa registrar que o Código Civil explicita agora, de forma autónoma, a figura do *abuso de direito*. O que, de resto, se concretiza em termos similares àqueles que modelam o instituto no Código Civil português: comete acto ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187). O abuso de direito pressupõe uma ilegitimidade radical do direito invocado, um uso para além do “modelo”, isto é, do “valor” ou intencionalidade que constitutivamente funda determinado direito, faculdade ou poder. A proibição do abuso assinala, em rigor, os limites imanentes de toda e qualquer “posição jurídica”, quer esta se baseie em normas, em actos unilaterais ou em relações emergentes de um contrato.

Deste modo, apesar de a letra da disposição legal em apreço se referir apenas a “direitos”, a previsão da norma não pode deixar de compreender, para lá dos tradicionais direitos subjectivos, todo e qualquer poder, faculdade ou posição jurídica susceptível de um exercício que ultrapasse a

respectiva intencionalidade fundante. Ora, a recepção expressa do abuso de direito, assim entendido, permite-nos esgrimir uma *razão suplementar*, em ordem a ter como consagrado no novo Código Civil brasileiro um princípio geral de controle de cláusulas unilateralmente pré-elaboradas por uma das partes: está em causa o exercício abusivo da liberdade contratual. Repare-se, todavia, que, nesta lógica argumentativa, já não estamos no campo do clássico abuso de direito de tipo *individual*, mas antes no domínio do abuso de direito *institucional*: é o instituto da “liberdade contratual” que é posto ao serviço da prossecução de fins ilegítimos por parte do utilizador de cláusulas contratuais gerais ou de estipulações predispostas, não objecto de negociação individual. O utilizador “aproveita” o princípio da liberdade contratual para concretizar uma ampla e desproporcionada transferência de riscos e encargos para os seus parceiros contratuais, para lá de toda a razoabilidade e limites inerentes ao instituto jurídico em causa.

3. Deste conjunto de “dados normativos” podemos extrair algumas ilações extremamente relevantes, como já resulta do que fomos dizendo, quer para o problema das cláusulas contratuais gerais, quer para o recorte de uma adequada e justa disciplina das relações entre banco e cliente. Desde logo, mesmo para quem entenda que a “cláusula geral” do artigo 424, relativo à renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio, no âmbito dos contratos de adesão, não é, por si só, suficiente, parece-nos razoável sustentar que no novo Código Civil brasileiro se incorpora um *princípio geral de sindicância* de todas as cláusulas elaboradas prévia e unilateralmente por uma das partes: é o que se pode inferir, a nosso ver, da intencionalidade axiológico-normativa que

articuladamente decorre do princípio da função social do contrato, como razão e limite da autonomia privada, do princípio da boa-fé, da referida proibição de renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio, do instituto do abuso de direito e ainda da consagração da regra *interpretatio contra stipulatorem*. Acentue-se, a este propósito, que o novo Código compreende tanto os contratos civis como os contratos comerciais, na linha do seu propósito de unificação das obrigações civis e comerciais, com simultânea regulação do direito da empresa.

Por outro lado, o referido princípio geral aparece modelado sobre a compreensão que nos parece a mais adequada do problema em causa: não se trata de proteger *certo* sujeito jurídico *a priori* definido como “débil”, mas antes de defender a *integridade da autonomia privada no plano global da contratualidade*, abarcando *todos* os sujeitos jurídicos potencialmente expostos aos perigos inerentes à utilização de cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas simplesmente pré-formuladas, sejam eles consumidores, empresários ou profissionais liberais. O que está em causa é, na realidade, um problema *do contrato*, não um problema - pelo menos, não um problema exclusivo - do pensamento da “defesa do consumidor”. Deste modo, o novo Código Civil brasileiro não deixa de estar em consonância com a *approach* mais correcta e dogmaticamente mais avançada do problema que as cláusulas contratuais não individualmente negociadas vêm colocando à ordem jurídica.

A *ratio* da intervenção sindicante radica naquela *típica necessidade de tutela do cliente* que decorre da *pura e simples utilização* de condições negociais gerais ou de cláusulas pré-elaboradas por uma das partes, sem

possibilidades de alteração. A significar que o controle de conteúdos contratuais está ao serviço da protecção da contraparte do utilizador, face aos perigos que resultam, sem mais, dessa utilização. Há aqui uma “superioridade situacional” daquele sujeito jurídico que recorre a estipulações pré-formuladas, superioridade que tem como contrapólo uma típica necessidade de tutela daquele que se vê constringido, de um modo ou de outro, a contratar na base de tais estipulações, independentemente da sua veste ou qualidade.

Mas não se esgota aqui o escopo último de uma lógica de “correção” dos resultados do contrato. Pretende igualmente impedir-se um *abuso de tipo institucional* do princípio da liberdade contratual. Por outras palavras, pretende controlar-se o *unilateral aproveitamento* do poder de autodeterminação por parte do utilizador. Está aqui em causa algo de mais *objectivo* do que a pura necessidade de tutela de um contraente: o objecto de protecção é agora, como já se referiu de passagem, a própria integridade da autonomia privada ou, se quisermos, a sua *função de ordenação* no quadro global do sistema jurídico.

Com o que se abre caminho à convocação do pensamento da *garantia de justeza* do contrato, no âmbito da legitimação da actividade judicial de correção ou fiscalização de acordos que, em princípio, deveriam estar cobertos pela *lex contractus*. Do que aqui se trata é de uma sistemática falha da garantia de justeza do contrato, determinada pela particular “situação de conclusão” em que tipicamente se encontram os intervenientes na contratação baseada neste género de cláusulas.

A função ordenadora da autonomia privada, que completa o seu indissociável momento de autodeterminação, é aqui posta em causa de modo tão reiterado que a ordem jurídica tem

de intervir para compensar a detectada ineficiência da garantia de justeza do mecanismo contratual e assim reconduzir a autonomia privada à sua *matriz originária*, pela “desautorização” do seu unilateral exercício. Em última análise, a intervenção da ordem jurídica vem evidenciar que o uso da liberdade contratual pelo utilizador de cláusulas unilateralmente pré-elaboradas não corresponde tipicamente aos *limites de tolerância* que a própria autonomia privada em si comporta, no jogo articulado dos seus dois momentos constituintes: o pensamento da autodeterminação e a sua função de ordenação no interior da ordem jurídico-privada.

Não se encontrando a contraparte do utilizador em situação de, auto-responsavelmente, num quadro de exigibilidade normativa, contrariar os riscos inerentes a estas técnicas de contratação, é a própria ordem jurídica que a si mesma se impõe a tarefa de introduzir mecanismos de compensação das ineficiências reveladas pela *praxis*, como que se repondo, desse modo, o quadro originário dos pressupostos da legítima “actuação” da autonomia privada – ou, mais rigorosamente, corrigindo-se os resultados decorrentes de um ilegítimo uso da liberdade contratual, o mesmo é dizer, resultados que, *in nuce*, a lógica da autonomia privada, na sua essência, não autorizaria.

No que especificamente concerne à relação banco-cliente, vem a revelar-se decisiva, como veremos, a ligação, agora solidamente apoiada no Código Civil, entre o princípio geral de controle acabado de referir e a necessidade de observância dos ditames da boa fé. É precisamente sobre este ponto que nos vamos agora debruçar.

II. CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA RELAÇÃO BANCO-CLIENTE

1. Introdução

Na sua modelação jurídico-positiva, o direito bancário encontra-se disperso, tanto no Brasil como na generalidade dos países, por uma pluralidade de fontes normativas, que vão dos tradicionais códigos de direito privado, como o Código Civil e o Código Comercial, a uma série infindável de leis avulsas. Deste ponto de vista, não pode dizer-se que exista um direito bancário como unidade jurídico-positiva, embora o possamos “construir” como ramo dogmático autónomo.

A esta diversidade de fontes normativas, acresce uma multiplicidade de negócios de tipo bancário, que a prática vai sucessivamente engendrando e que vai suscitando problemas cada vez mais complexos, face às inevitáveis lacunas do sistema legal e à dificuldade - se não mesmo impossibilidade - de rápida adaptação do legislador às constantes inovações da prática bancária.

Finalmente, é hoje inquestionável que o universo empresarial bancário só funciona, na imensa maioria das suas relações, com base nas condições negociais gerais do sector, elaboradas pelo correspondente organismo de representação de interesses, ou com base nas cláusulas predispostas por cada instituição financeira, sendo certo que umas e outras acabam por desempenhar um papel *absolutamente central* na definição dos direitos e deveres dos sujeitos jurídicos envolvidos.

Ora, da perspectiva de uma incessante procura de soluções justas para os problemas que a ordem jurídica tem de solucionar, a pergunta imediata traduz-se em saber qual o modo mais adequado de articular os interesses legítimos do

cliente com os interesses igualmente legítimos da estrutura organizada do universo bancário. Não se trata, neste plano, de identificar leis ou normas concretas, sempre necessariamente fragmentárias, mas antes de indagar se alguma resposta pode advir da consideração do *relacionamento estrutural e funcional* que tipicamente se estabelece entre banco e cliente.

A este nível, um primeiro problema de fundo surge diante de nós: o da necessidade de dilucidar e explicitar como é que, em última análise, se conforma juridicamente a relação entidade bancária-cliente. As razões de tal necessidade são as que sinteticamente acabam de expor-se: dispersão e fragmentariedade de fontes normativas, heterogeneidade de operações e negócios de tipo bancário e relevo fulcral das condições gerais dos contratos elaboradas pelos bancos ou pelas correspondentes associações representativas. Acresce que, a nosso ver, a melhor forma de contornar estes obstáculos e de fazer vingar, na prática, uma filosofia radicalmente comprometida com a justiça contratual, consiste precisamente em compreender *de um certo modo* - e já veremos qual - a relação entre banco e cliente. Analisemos, então, este aspecto.

2. As diferentes concepções

2.1. Determinar com rigor a conformação jurídica da mencionada relação constitui seguramente um questão complexa, susceptível de respostas diferenciadas. Numa extrema tentativa de simplificação, poderemos dizer que existem basicamente três modos de a configurar. Segundo uma certa concepção, a relação em causa analisa-se e esgota-se em *diversos negócios bancários* efectivamente celebrados, sem que o direito tenha que preocupar-se com outro tipo de

relações ou vinculações, para lá desse “dado real”. Os vários negócios ou contratos de tipo negocial com o banco correm de forma paralela, com independência e autonomia. Para além deles, existe uma *pura relação de facto*, incapaz de gerar quaisquer ulteriores direitos ou deveres.

Uma segunda perspectiva vê na ligação entre banco e cliente uma *relação obrigacional legal sem deveres primários de prestação*. De acordo com esta visão das coisas, a vinculação em causa não é mais do que uma simples *relação de confiança*, resultante de um anterior “contacto negocial”. Tal “contacto” é que vai “fundar” certos deveres de protecção; mas não se trata, de modo algum, de uma relação contratualmente motivada ou sustentada. Esta orientação traduz-se, afinal, em transpor para o sector bancário a figura, de carácter geral, da *responsabilidade pela confiança*, assente numa relação obrigacional resultante da *lei*. Para esta leitura, a responsabilidade desencadeada pelo contacto negocial com o banco não é nem uma responsabilidade contratual, nem uma responsabilidade delitual, mas antes uma categoria autónoma, situada entre aquelas duas primeiras categorias, com apoio directo na lei.

O fio condutor de toda esta “construção” assenta na ideia de que não existe qualquer contrato na vinculação que se estabelece, na prática, entre banco e cliente. Nesta visão das coisas, as obrigações da instituição bancária, a existirem, *constituir-se-ão não apenas como meros deveres ex lege*, mas também, tendencialmente, como meros deveres de *conservação*, só em casos excepcionais podendo ultrapassar este plano. Neste quadro de fundo, outras orientações se perfilam, com *nuances* próprias, partindo da figura-base da relação obrigacional sem deveres primários de prestação, como a *culpa in contrahendo* ou a teoria da “relação

corrente de negócios”, mas às quais, no âmbito deste esforço de simplificação, não podemos dedicar a atenção que, em rigor, merecem.

Para uma terceira leitura, a relação banco-cliente consubstancia, na generalidade das situações, um verdadeiro *contrato*, de carácter global, que se pode designar por *relação contratual bancária* ou simplesmente *contrato bancário*. Vector central desta orientação é a ideia de que tal contrato “fundamenta” *regras e princípios gerais* que vão disciplinar as futuras relações entre banco e cliente. Como a prática evidencia, nele se baseia, de forma prévia e simultaneamente aberta a ulteriores negócios singulares, a global “vinculação de negócios” entre os dois intervenientes. Na base da vinculação contratual assim constituída, poderão concretizar-se, futuramente, contratos singulares autónomos, meros actos jurídicos ou simples operações bancárias, que, todavia, se reconduzem à *unidade estrutural-funcional* que está na sua origem.

O escopo essencial do “contrato bancário” assim concebido consistirá, deste modo, em fundar e moldar as relações jurídicas que se dirigem, não à mera concretização isolada de um negócio singular, mas antes a uma *continuada utilização* dos serviços e estruturas operatórias da instituição bancária.

2.2. Sem entrar em excessivos pormenores - aqui de todo impossíveis por razões de oportunidade e tempo -, sempre se dirá que é esta última a compreensão do vínculo banco-cliente que nos parece mais correcta e adequada. Desde logo, por uma razão de fundo: é ela que, em rigor, corresponde à *configuração prática* que as duas partes envolvidas querem *tipicamente* atribuir à sua relação de negócios.

É óbvio que o cliente, em certas circunstâncias, pode pretender concluir com certo banco tão-só um isolado negócio jurídico ou uma simples e única operação bancária. Mas isto apenas sucede em casos excepcionais, como, por exemplo, quando o turista entra numa instituição de crédito para aquisição de divisas ou quando de antemão se torna manifesto que o cliente pretende exclusivamente concretizar um específico e concreto acto negocial bancário. Não é esta, todavia, a regra. Nas situações típicas da prática, em que, por exemplo, o cliente abre uma conta ou acede a um acordo de concessão de crédito, o problema da existência ou inexistência de um global “contrato bancário” é um problema de *interpretação* das declarações negociais. A pergunta adequada é, por isso, a seguinte: pretenderão as partes cingir-se exclusivamente àquele negócio ou operação bancária ou quererão antes fundar, desde logo, e de uma forma genérica, para lá da concreta operação, uma *imediata vinculação jurídico-negocial*, da qual resultam, também desde logo, imediatos direitos e deveres para ambas as partes, destinados a prolongarem-se no tempo?

Ora, quanto a esta alternativa, parece claro que a correcta aplicação das regras de interpretação do negócio jurídico nos conduz, na generalidade dos casos, a aderir à segunda hipótese. Vejamos. Como já se salientou, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (artigo 113 do novo Código Civil brasileiro). Por outro lado, acentua-se que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (artigo 112). Ora, no que respeita ao cliente, o seu propósito *típico*, quando entra em contacto com determinado banco, vai no sentido de que este, para lá do concreto negócio a realizar naquele momento, fique vinculado

a tomar em devida conta todos os seus interesses, *presentes e futuros*, envolvidos, de um modo ou de outro, na relação de negócios que pretende estabelecer. Por exemplo, que o banco coloque os respectivos serviços à sua disposição no âmbito das usuais operações bancárias; que lhe preste determinadas informações e esclarecimentos; que observe deveres de sigilo; que fique desde logo responsável por eventuais danos surgidos no quadro de futuras operações bancárias singulares; etc.

Por sua vez, no que concerne à instituição bancária, está inequivocamente subjacente à sua actuação, de forma igualmente *típica*, a intenção de *dar sequência* às mencionadas expectativas do cliente. Em primeiro lugar, os bancos sabem que os clientes esperam deles, tipicamente, uma *vinculação contratual continuada* e não meramente episódica. Simultaneamente, vêem nisso uma forma de concretizar o seu próprio interesse económico-empresarial, pois só têm a ganhar com uma relação comercial que se prolongue no tempo.

Em segundo lugar, é determinante a pura e simples *existência de cláusulas contratuais gerais*, sendo certo que todo e qualquer banco as prepara previamente, ou toma como suas aquelas que são predispostas pela associação representativa do sector, com o objectivo de disciplinar a globalidade das vinculações que estabelece com o público. Ora, essa pré-elaboração de condições gerais revela uma directa vontade de *contratualizar* a relação com os clientes. Em terceiro lugar, a intenção de vinculação contratual resulta igualmente do próprio *conteúdo típico* das referidas cláusulas contratuais gerais. Com efeito, aí se contêm, de forma sistemática, por exemplo, estipulações de alcance genérico relativas à limitação ou exoneração da responsabilidade do banco nas suas relações com o cliente; ou regras que definem a necessidade de observância de determinadas condutas por ambas as partes,

independentemente de qualquer específica operação concreta, designadamente em matéria de sigilo bancário ou de análise, por parte do cliente, dos diversos documentos enviados pelo banco. Com isto, a entidade bancária exprime inequivocamente uma propósito correspondente a uma relação de *tipo contratual*, de natureza duradoura.

Pode, assim, dizer-se, em síntese, que a correcta aplicação das regras de interpretação do negócio jurídico leva-nos a concluir que, na generalidade das situações, banco e cliente pretendem, desde logo, colocar a sua “relação de negócios” *sobre uma base contratual* e definir para esta, genericamente, direitos e deveres, em consonância com uma representação articulada e razoável dos respectivos interesses.

III. PROJECCÃO DA COMPREENSÃO CONTRATUALISTA NO PROBLEMA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E DA TUTELA DO CLIENTE

1. Traços caracterizadores do “contrato bancário”

1.1. Especificando um ponto acabado de referir, saliente-se que, na generalidade dos casos, o banco submete, à partida, a relação com o cliente à aplicação das condições gerais *elaboradas pela associação representativa do sector bancário-financeiro* – o que constitui na Alemanha, por exemplo, regra absoluta –, em termos correspondentes a um *contrato-quadro*. Todavia, mesmo quando isso não sucede, é inquestionável a intenção de dar início a uma relação contratual duradoura, sempre sob o manto regulativo de *condições negociais gerais*, ainda que preparadas pela própria instituição bancária em causa.. Trata-se de estabelecer, vinculativamente, para ambas as partes, os

princípios gerais de um projecto comum ou cooperação futura, ficando em aberto os desenvolvimentos e eventuais negócios singulares, que só mais tarde deverão ser especificamente concretizados.

O contrato-quadro tem uma autonomia e significado próprios, ao lado dos actos e negócios singulares concluídos futuramente no seu âmbito, não sendo afectado nem pelo problema da concretização destes últimos, nem pela eventual questão da respectiva validade. Funda uma relação obrigacional duradoura, com um ou várias vinculações de raiz, complementadas pelos deveres resultantes dos diversos negócios ou operações singulares que vierem a ser realizados. Ora, aquilo que aqui designamos por “contrato bancário” ou “relação contratual bancária” constitui precisamente, se não um verdadeiro contrato-quadro, pelo menos uma figura estrutural e funcionalmente similar. Recorde-se, de resto, que o recorte conceptual do chamado “contrato-quadro” é bastante fluído, nem sempre surgindo desenhado de forma homogénea pela doutrina.

Perguntar-se-á: como se inicia, afinal, esta relação contratual de que estamos a falar? Pois bem: na generalidade das situações, tal contrato inicia-se com a simples *abertura de conta*. É exactamente no quadro desta conta - ou das sucessivas contas posteriormente articuladas entre si - que se desenvolvem as várias operações efectuadas pelas partes no âmbito do seu relacionamento negocial. Todavia, não é forçoso que assim seja: pode, excepcionalmente, iniciar-se através da conclusão de um contrato singular específico, como, por exemplo, um contrato de concessão de crédito. Trata-se, em última análise, do encadeamento de actos e operações singulares, que evidenciam conexões de sentido, razões funcionais e sequências de causa e

efeito, no quadro de uma pluralidade sucessiva de eventos de tipo negocial. É neste encadeamento lógico-funcional que se corporiza o “contrato bancário”.

1.2. É natural que se pergunte que importância tem esta leitura para o propósito de uma adequada tutela do cliente nas suas relações com as instituições bancárias. Pois bem: a importância é verdadeiramente decisiva. A propósito de certos actos ou comportamentos do banco, prejudiciais para o cliente, quantas vezes se tenta encontrar um fundamento jurídico específico, eventualmente uma norma, capaz de sustentar uma censura jurídica relativamente a tais actos ou comportamentos e de fazer valer direitos que se julga assistirem à contraparte; ou quantas vezes se tenta provar que foi concluído determinado contrato singular entre banco e cliente, a fim de daí se fazerem derivar pretensões deste último, tidas como justificadas ou legítimas.

Ora, muitos dos problemas práticos que nos parecem difíceis ou insolúveis encontram uma resposta adequada a partir desta ideia-base, assente numa correcta hermenêutica jurídico-negocial, de que, desde a abertura de conta, existe, entre instituição bancária e cliente, uma *relação contratual*. Com todas as consequências que daí resultam: pense-se, designadamente, em toda a série de deveres que facilmente se conseguem fundamentar com base na existência de um vínculo contratual entre as partes envolvidas; ou em todas as questões ligadas, de um modo ou de outro, à execução menos correcta de certas operações bancárias. Isto mesmo nos parecerá evidente, desde logo, se começarmos por atentar nas características deste contrato. E, na verdade, estamos agora em condições de recortar, ainda que

brevissimamente, os principais traços caracterizadores da “relação contratual bancária”, tal como aqui vai entendida.

Em primeiro lugar, como já se referiu, trata-se de um *contrato-quadro*, ou de um contrato *similar* a um contrato-quadro, que fornece a base ou o fundamento dos diversos actos e negócios singulares, a realizar futuramente. Nele radica, ainda que de forma aberta, a global relação de negócios entre banco e cliente. Em segundo lugar, o seu conteúdo essencial projecta-se num *dever de prestação de serviços*, com toda a densificação de sentido inerente a esta tradicional categoria jurídica. Como se compreenderá, a afirmação deste dever será, em muitos casos, determinante para a correcta resolução de certo tipo de litígios, frequentes na prática. Saliente-se, de modo particular, que faz parte do referido dever, na leitura aqui sustentada, a obrigação da entidade bancária de colocar à disposição do cliente a respectiva *estrutura organizativo-funcional*, em ordem à execução de tarefas de tipo variado, ligadas, de um modo ou de outro, à actividade bancário-financeira.

Em terceiro lugar, este contrato faz nascer, para a instituição bancária, em razão da sua profissionalidade e competência específica, uma *obrigação de acautelamento de interesses do cliente*, no que respeita a todos os assuntos de carácter bancário-financeiro. Esta obrigação implica, não uma pura atitude passiva, mas antes uma actividade de continuada *promoção e vigilância* dos interesses do cliente, no particular domínio considerado. Em quarto lugar, desta compreensão contratualista resulta que *também* a relação de confiança inerente a toda a vinculação bancária é colocada num *plano contratual*, e não meramente *legal*, com todas as implicações dogmático-práticas que daí necessariamente resultam. Finalmente, pode dizer-se que é

com base nesta global dimensão contratual que se “mede” e se conforma o *dever geral* do banco de executar as diversas operações solicitadas pelo cliente ao longo do tempo, e mesmo os singulares negócios bancários acordados, os quais, a serem isoladamente considerados, poderiam eventualmente ter um “tratamento” jurídico menos favorável aos interesses patrimoniais deste último.

2. Deveres gerais de conduta e deveres de “contratação”

2.1. Vemos, assim, que esta visão contratualista, para além de corresponder inequivocamente à típica vontade das partes envolvidas, acaba por fornecer um *fundamento jurídico-dogmático seguro* para diversas questões e problemas que de há muito vêm sendo discutidos pela doutrina e pela jurisprudência. Na verdade, se afirmamos a existência, *ab origine*, de uma vinculação contratual entre banco e cliente, a partir da abertura de conta, então isso significa, em termos jurídico-dogmáticos, que o banco *promete* ao cliente acautelar os seus interesses, ao longo da relação negocial, num quadro de razoável compatibilidade com os seus próprios interesses empresariais. Por isso se pode dizer que o contrato bancário constitui um típico contrato de salvaguarda de interesses. Ora, em caso de conflito, as consequências práticas que daqui resultam são evidentes.

Por outro lado, é no quadro desta leitura que encontram a sua adequada explicação e fundamentação os relevantes *deveres gerais de conduta e de protecção* que recaem sobre a entidade bancária. Se de facto se iniciou uma relação contratual, tais deveres resultam *directamente* dessa relação, e não de uma hipotética relação *legal* de confiança. Ora, isto torna-se decisivo não apenas para a identificação

concreta, em cada caso, dos referidos deveres, como também para a sua particular modelação e alcance.

Acresce que com isto de afasta o problema da sempre difícil *prova* do surgimento de vínculos pré-negociais *ex lege* ou a questão da muito discutida e controversa *responsabilidade pela confiança*. Por fim, a relevância torna-se ainda mais evidente, se acrescentarmos que, dos mencionados deveres de conduta, fazem parte os *deveres gerais de informação*, no seu sentido mais amplo, aí incluindo deveres de esclarecimento, de aviso e de conselho. Ora, se tivermos presente a extraordinária frequência com que este tipo de deveres surge na prática bancária, bem como a considerável projecção económica, para o cliente, da respectiva violação, compreenderemos a importância deste enquadramento dogmático-normativo.

Em última análise, a consideração desta “unidade” dinâmica e englobante que é o “contrato bancário” vem a desempenhar um papel decisivo tanto na interpretação como na valoração dos diversos actos e negócios singulares que se vão sucedendo ao longo do tempo, na relação entre banco e cliente. Por outras palavras: a melhor forma de proporcionar ao cliente uma protecção efectiva e justa no intrincado universo bancário-financeiro é interpretar adequadamente os “dados” que a *praxis* expõe e ver, na típica relação banco-cliente, um verdadeiro *contrato*, que poderemos designar por “contrato bancário” *tout court* ou “relação contratual bancária”.

2.2. Muito discutida é a questão de saber se do contrato bancário resultam, para o banqueiro, singulares deveres de contratar, isto é, a necessidade de aceitar ou consentir em ultteriores relações negociais, como, por exemplo, abertura de

conta-poupança, entrega de livros de cheques ou execução de negócios sobre títulos. Ora, em primeiro lugar, é indiscutível que está fora de causa um *geral* dever de contratar, com base no contrato bancário. Isso seria de todo incompatível com a autonomia privada e teria consequências economicamente insustentáveis, ou mesmo absurdas, como sucederia, por exemplo, na concessão de crédito a um cliente que não preenche os requisitos razoavelmente exigíveis para tal tipo de operação. Do que se trata é antes, e tão-só, de saber se o banco, em caso de uma continuada relação contratual com determinado cliente, terá legitimidade para *excluir* tal cliente dos seus serviços próprios, por livre e arbitrária decisão. Aqui importa distinguir dois grandes grupos de situações: a área dos chamados negócios *neutrais* e o sector dos restantes negócios, designadamente os negócios de *risco*. Se determinado cliente, que está ligado ao banco por uma continuada relação contratual, pretende concretizar um negócio “neutral”, no sentido de um negócio usual neste domínio, sem particulares riscos, como, por exemplo, a abertura de uma conta a prazo ou a execução de negócios sobre títulos, então parece que o banco não poderá *arbitrariamente* recusar tais operações. A livre exclusão do cliente de negócios neutrais parece incompatível com o contrato bancário, enquanto relação contratual de prestação de serviços próprios do sector. É certo que o banco, tal como qualquer outro empresário, tem a liberdade de escolher os seus parceiros negociais. Todavia, a liberdade contratual do banco deve ter-se como restringida pelo simples mas significativo facto de que, em momento anterior, aceitou iniciar com o cliente uma continuada relação de tipo negocial. Se não houver *fundamentos objectivos* contra a conclusão destes singulares actos bancários, então a existência da referida relação negocial parece obrigá-lo a concretizar tais operações.

Pode estabelecer-se, a este propósito, uma linha de orientação: com base na relação contratual bancária, deve partir-se da ideia de que o banco promete, *objectivamente*, colocar-se à disposição do cliente para concretizar aquelas operações que se inscrevem no giro normal e sem particulares riscos da actividade em causa ou, no mínimo, a fornecer explicações razoáveis e fundadas para a respectiva recusa. De todo o modo, é indubitável que se mantém a possibilidade de o banco pôr termo à vinculação que vem mantendo com o cliente, com observância das regras comuns que impõem um prazo razoável de pré-aviso ou denúncia.

Pelas mesmas razões de fundo, e no que respeita aos típicos e habituais “negócios de massa”, parece que o banco não poderá tratar determinado cliente de modo arbitrariamente diverso daquele de que faz uso em relação à generalidade dos clientes. Por exemplo, em caso de uma geral redução de encargos ou comissões para certo tipo de actos bancários, parece que cada cliente poderá legitimamente esperar que tal redução também lhe seja aplicada: o cliente deve poder contar que, no que concerne aos serviços bancários prestados de forma massificada, o banco não o trate arbitrariamente de modo diferenciado. Esta exigência de “tratamento igual” parece resultar da “promessa” que está subjacente à vinculação negocial estabelecida: o banco não poderá negar a um cliente, *sem justificação plausível*, algo que assegura, genericamente, aos restantes sujeitos jurídicos que com ele mantêm relações negociais.

De forma totalmente diversa se passam as coisas em relação a *negócios de risco*: o banco não está de modo algum vinculado a aceitar negócios que envolvam algum identificado perigo ou risco. Designadamente, não existe, a todas as luzes, qualquer dever de concessão de crédito ou de aceitação de certa garantia

oferecida pelo cliente. Todavia, em casos excepcionais, pode recair sobre a entidade bancária um dever de prorrogação do crédito, por força da relação contratual anteriormente iniciada e das legítimas expectativas que essa relação e a continuada atitude do banco foram criando, relativamente a uma concreta operação de financiamento delineada em comum.

3. Articulação com o problema das cláusulas contratuais gerais

3.1. Como se articula o que vem de dizer-se com o problema das cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro? Partindo da exposição anterior, algumas “pontualizações” são já possíveis, a este propósito.

Em primeiro lugar, constitui um dado absolutamente seguro, como já se referiu de passagem, que os bancos não estabelecem relações com os seus clientes sem que esteja presente a intenção de as subordinar às condições negociais gerais do sector ou às suas próprias condições gerais. Pode mesmo dizer-se que a submissão da global vinculação de negócios ao regulamento pré-elaborado contido nessas cláusulas constitui um *elemento integrante* – e mesmo *definidor* – do “contrato bancário”. Sendo assim, não será possível ter uma ideia fidedigna e correcta da estrutura e funcionamento da relação banco-cliente sem entrar em linha de conta com a problemática das condições gerais dos contratos.

Por outro lado, face à inexistência de um direito bancário positivamente unificado, à fragmentariedade das soluções legais e à complexidade da própria actividade bancária, as cláusulas contratuais gerais acabam por assumir um relevo a todos os títulos decisivo na relação banco-cliente, funcionando, na prática, como a principal “fonte normativa”.

Pode estabelecer-se, a este propósito, uma linha de orientação: com base na relação contratual bancária, deve partir-se da ideia de que o banco promete, *objectivamente*, colocar-se à disposição do cliente para concretizar aquelas operações que se inscrevem no giro normal e sem particulares riscos da actividade em causa ou, no mínimo, a fornecer explicações razoáveis e fundadas para a respectiva recusa. De todo o modo, é indubitável que se mantém a possibilidade de o banco pôr termo à vinculação que vêm mantendo com o cliente, com observância das regras comuns que impõem um prazo razoável de pré-aviso ou denúncia.

Pelas mesmas razões de fundo, e no que respeita aos típicos e habituais “negócios de massa”, parece que o banco não poderá tratar determinado cliente de modo arbitrariamente diverso daquele de que faz uso em relação à generalidade dos clientes. Por exemplo, em caso de uma geral redução de encargos ou comissões para certo tipo de actos bancários, parece que cada cliente poderá legitimamente esperar que tal redução também lhe seja aplicada: o cliente deve poder contar que, no que concerne aos serviços bancários prestados de forma massificada, o banco não o trate arbitrariamente de modo diferenciado. Esta exigência de “tratamento igual” parece resultar da “promessa” que está subjacente à vinculação negocial estabelecida: o banco não poderá negar a um cliente, *sem justificação plausível*, algo que assegura, genericamente, aos restantes sujeitos jurídicos que com ele mantêm relações negociais.

De forma totalmente diversa se passam as coisas em relação a *negócios de risco*: o banco não está de modo algum vinculado a aceitar negócios que envolvam algum identificado perigo ou risco. Designadamente, não existe, a todas as luzes, qualquer dever de concessão de crédito ou de aceitação de certa garantia

oferecida pelo cliente. Todavia, em casos excepcionais, pode recair sobre a entidade bancária um dever de prorrogação do crédito, por força da relação contratual anteriormente iniciada e das legítimas expectativas que essa relação e a continuada atitude do banco foram criando, relativamente a uma concreta operação de financiamento delineada em comum.

3. Articulação com o problema das cláusulas contratuais gerais

3.1. Como se articula o que vem de dizer-se com o problema das cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro? Partindo da exposição anterior, algumas “pontualizações” são já possíveis, a este propósito.

Em primeiro lugar, constitui um dado absolutamente seguro, como já se referiu de passagem, que os bancos não estabelecem relações com os seus clientes sem que esteja presente a intenção de as subordinar às condições negociais gerais do sector ou às suas próprias condições gerais. Pode mesmo dizer-se que a submissão da global vinculação de negócios ao regulamento pré-elaborado contido nessas cláusulas constitui um *elemento integrante* – e mesmo *definidor* – do “contrato bancário”. Sendo assim, não será possível ter uma ideia fidedigna e correcta da estrutura e funcionamento da relação banco-cliente sem entrar em linha de conta com a problemática das condições gerais dos contratos.

Por outro lado, face à inexistência de um direito bancário positivamente unificado, à fragmentariedade das soluções legais e à complexidade da própria actividade bancária, as cláusulas contratuais gerais acabam por assumir um relevo a todos os títulos decisivo na relação banco-cliente, funcionando, na prática, como a principal “fonte normativa”.

Por outras palavras: as primeiras “regras” que se invocam quando ocorre qualquer evento perturbador da normalidade do desenvolvimento e execução da relação negocial estabelecida são precisamente aquelas que se encontram recolhidas nas “condições gerais” da instituição bancária.

O que, a bem ver, nada tem de surpreendente. Na modelação jurídica do moderno tráfico de massa, compete às condições gerais dos contratos, em praticamente todos os sectores da actividade económica, um papel determinante, pois a economia exige standardização, tipificação e racionalização das relações negociais. Sucede é que, no sector bancário, toda esta lógica adquire uma *acuidade exponencial*, face à especificidade da área económica em causa. Com efeito, o sistema legal-positivo é aqui impressivamente lacunoso, não ajustado às particularidades dos negócios bancários e mesmo incapaz de oferecer uma regulação minimamente adequada aos crescentes imperativos de inovação da moderna prática bancária. Pois bem: são as cláusulas contratuais gerais dos bancos que pretendem preencher, em primeira linha, esse “vazio”. Por isso mesmo é absolutamente decisiva a possibilidade e legitimidade de uma intervenção judicial para *controlar a razoabilidade ou correcção* dessas cláusulas, tal como a admite e legitima, de forma genérica e aberta, o novo Código Civil brasileiro.

Na prática, não é possível estabelecer uma vinculação de negócios com determinado banco sem que nisso se interponha o problema das cláusulas contratuais gerais. O perigo decorre da circunstância de os bancos se aproveitarem destas cláusulas para *transferir riscos*, de forma sistemática, para a contraparte: tudo ou quase tudo o que, na relação bancária, pode implicar encargos, custos ou deveres acaba por ser transferido para a esfera jurídica do cliente. Esta “deslocação”

unilateral de responsabilidades, bem como o desconhecimento, por parte do cliente, do instrumento jurídico que a suporta, são de tal modo omnipresentes na prática que, hoje em dia, tentar resolver um conflito com determinado banco significa equacionar os problemas de vigência, interpretação ou validade das condições gerais desse banco.

Importa reconhecer que, para concretizar os seus negócios diários, os bancos não podem prescindir de utilizar textos pré-formulados. Com efeito, em quase todas as áreas, dentro da actividade bancária, estão em causa negócios massificados, a significar que os singulares actos e operações se repetem de forma permanente e uniforme. Um tratamento homogéneo das questões é, por isso, necessário, tanto por razões económico-organizatórias, como por razões jurídicas, correspondendo a uma legítima lógica de racionalização da actividade empresarial bancária. Mas a verdade é que, do ponto de vista da possível conflitualidade de interesses entre os dois sujeitos jurídicos envolvidos, surgem aqui diversos tipos de problemas. Atendendo à prática bancária, importa saber, em primeiro lugar, se as cláusulas contratuais gerais de determinado banco devem fazer parte integrante da relação negocial que estabelecem com os seus clientes. Acresce o problema da interpretação de tais cláusulas, sendo certo que o novo Código Civil brasileiro impõe que, nos contratos de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas da forma mais favorável ao cliente. Finalmente, é necessário determinar se as cláusulas invocadas pelo banco merecem ou não a aprovação do ordenamento, considerado no seu todo.

A resposta a estas questões torna, porém, necessário dilucidar um ponto prévio: o da identificação exacta do *quid* sujeito à sindicância da ordem jurídica. O que constitui um ponto relevante para a prática bancária, face à tendência para o

alargamento do âmbito objectivo de protecção, que se vai manifestando e impondo um pouco por todo o lado. Vejamos.

3.2. O novo Código Civil brasileiro não fala de “cláusulas contratuais gerais” ou de “condições gerais dos contratos”. Recorre antes a uma terminologia de origem francesa, com tradição no Brasil: a de “contratos de adesão”. O problema não é, todavia, terminológico, importando antes determinar o que verdadeiramente se pretende abranger com tal designação. O Código Civil não fornece, a este propósito, quaisquer elementos: limita-se a utilizar a referida expressão, sem indicar dados que permitam caracterizar a figura contratual em causa. Na ausência de tais elementos, teremos de lhe conferir um *sentido amplo*, em consonância com o que já se encontra consagrado na ordem jurídico-positiva brasileira, designadamente no Código de Defesa do Consumidor (artigo 54), e igualmente em conformidade com as mais recentes tendências europeias.

No espaço europeu, quando se fala de “cláusulas contratuais gerais” ou de “condições gerais dos contratos” pretende referenciar-se *estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de destinatários, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares*. Estão aqui presentes as características essenciais do conceito: *pré-elaboração, generalidade e imodificabilidade*. Tais características não devem, porém, ser tomadas como elementos autónomos ou isolados, antes como aspectos parcelares de um todo, que só na unidade conceitual ganham sentido: em rigor, todas elas reciprocamente se implicam.

Esta recíproca imbricação é particularmente notória no que concerne aos dois primeiros vectores: pré-formulam-se cláusulas negociais *porque* se tem em vista uma *série* de contratos homogéneos. Decisiva, neste contexto, é, por isso mesmo, a *intenção de uma utilização múltipla ou reiterada*: se forem pré-elaboradas cláusulas negociais sem esta intenção de emprego generalizado, não se trata de “cláusulas contratuais gerais”. A significar que não basta a mera pré-elaboração em si própria; é ainda necessário que se trate de uma pré-formulação para uma pluralidade de contratos ou uma generalidade de futuros contratantes. Se certas estipulações forem prévia e unilateralmente elaboradas para concluir um único contrato, não estamos perante “condições negociais gerais”. O que releva é, portanto, a finalidade intencionada com a pré-formulação, o propósito de uma utilização reiterada e múltipla.

Por seu turno, a imodificabilidade ou rigidez traduz a ideia de que as cláusulas não se destinam a ser negociadas individualmente, antes a ser aceites, sem discussão, pela contraparte do utilizador. Globalmente, visa-se criar um regulamento negocial uniforme, que irá formar o conteúdo de diversos contratos futuros. O cliente é confrontado com cláusulas que devem servir para uma multiplicidade de negócios homogéneos e que por isso não comportam uma lógica de alterabilidade ou adaptação ao caso singular. Trata-se de um intencionado pré-condicionamento do programa contratual, que afasta, de raiz, a ideia de qualquer negociação, capaz de influir na modelação do respectivo conteúdo. O que está, de facto, em consonância com os propósitos de racionalização, certificação e uniformização que marcam a essência do fenómeno das cláusulas contratuais gerais, em harmonia com a lógica tipicamente empresarial subjacente a este particular modo de contratação.

Tendo em conta a prática bancária, importa salientar, neste contexto, dois pontos. É frequente, em certos países, um conjunto de bancos pertencentes ao mesmo grupo económico chegar a acordo com um organismo representativo de certo sector da actividade empresarial – por exemplo, uma associação de comerciantes de determinado ramo –, sobre as cláusulas contratuais a utilizar por esse grupo no seu relacionamento com os clientes integrados no referido sector. Ora, nem por isso fica afastada a legitimidade do controle judicial de tais cláusulas. Com efeito, os contratos-modelo *negociados* entre organismos representativos dos dois lados contrapostos de certo sector económico não deixam de ser constituídos por verdadeiras cláusulas contratuais gerais. O evento da elaboração “colectiva” é, por si só, irrelevante para este efeito, uma vez que não se verifica, na hipótese, qualquer negociação das partes *efectivamente intervenientes* na conclusão do acordo contratual. Para determinarmos se existe ou não imodificabilidade das cláusulas em análise importa considerar as reais partes contratantes.

A negociação a nível colectivo não retira, portanto, ao contrato-modelo, no dominante entendimento europeu, o seu carácter de acordo estandardizado. Sendo certo que as condições gerais negociadas a nível associativo não se tornam, só por isso, parte integrante do contrato, mas antes tal só pode verificar-se por força de ulterior aceitação *individualizada*, então só relativamente a este momento tem sentido equacionar se as cláusulas foram ou não negociadas.

O segundo ponto diz respeito aos contratos-formulário, largamente difundidas na prática bancária. Se certo formulário utilizado por uma instituição financeira contém várias estipulações *alternativas*, com a indicação de que o cliente deve riscar aquela ou aquelas que não lhe interessem,

não pode considerar-se que existe aqui uma *negociação individual*, em ordem a tentar excluir a possibilidade de uma intervenção judicial controladora. A verdade é que o cliente tem de mover-se no quadro de determinadas opções predispostas pelo banco, o que representará sempre e apenas um simulacro de negociação.

3.3. É altura de introduzir um elemento perturbador neste quadro conceptual aparentemente estabilizado. Acabámos de ver que, se as cláusulas forem pré-elaboradas apenas para uma única utilização, por exemplo, apenas para um concreto contrato, falta a característica da *generalidade* ou *pluralidade*, com a consequência de que já não se tratará de “cláusulas contratuais gerais” – o que, por seu turno, implicará a não aplicação do sistema de controle pensado para este tipo de cláusulas.

Todavia, a Comunidade Europeia decidiu intervir neste domínio, através da publicação da directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, numa altura em que diversos Estados-membros, como Portugal, já tinham adoptado a sua própria disciplina legal sobre o problema em causa. O modo como o fez veio suscitar diversas dificuldades na transposição para a ordem interna de alguns Estados dos princípios consagrados naquela directiva, por força da diferente filosofia inspiradora dessas intervenções entretanto já concretizadas.

Para a questão que aqui nos interessa, a divergência tem a ver com a delimitação subjectiva e objectiva do âmbito de aplicação do diploma comunitário e das leis nacionais internas, restringindo agora a análise, por razões de oportunidade, ao sistema português. Do ponto de vista subjectivo, a directiva foi concebida originariamente como instrumento de protecção

do consumidor, tendo mantido até ao fim essa autolimitação. Saliente-se, todavia, que tal atitude se ficou mais a dever a razões de praticabilidade, ligadas à necessidade de conseguir a aprovação de todos os Estados-membros e de apresentar finalmente um texto definitivo, depois de um processo legislativo longo e conturbado, do que propriamente a razões de convicção profunda da bondade da opção tomada.

Seja como for, a verdade é que, para a directiva, estão em causa, exclusivamente, contratos celebrados entre um profissional e um consumidor, pelo que se encontram fora do seu âmbito aplicativo quer as relações negociais entre consumidores, quer aquelas que se estabelecem entre empresários ou profissionais liberais ou entre uns e outros. Por outro lado, segue-se também aqui a representação modelar comunitária da figura do “consumidor”, com o que se referencia aquele sujeito que actua com fins que não pertencem ao âmbito da sua actividade profissional. Tal categoria funciona, assim, como *duplo simétrico* do conceito de “profissional”, isto é, qualquer pessoa física ou jurídica que actue no âmbito da respectiva actividade profissional, seja ela pública ou privada. Assinale-se que apenas as pessoas físicas podem ser consideradas, para este efeito, como consumidores, a significar que as pessoas jurídicas, independentemente do seu particular tipo, não fazem parte das preocupações do legislador comunitário europeu, relativamente à possível utilização de cláusulas abusivas por parte dos profissionais.

Quanto a este aspecto do âmbito de aplicação subjectivo, a transposição para a ordem interna portuguesa não suscitou qualquer problema, pois ele estava, à partida, solucionado. Com efeito, a lei já então em vigor em Portugal visava – e continua a visar – instituir um sistema de tutela de *todos* os contraentes,

independentemente da sua qualidade ou estatuto, no que naturalmente vai implicado o sujeito jurídico “consumidor”.

Do ponto de vista objectivo, o propósito da Comunidade Europeia é syndicar todas as cláusulas que *não tenham sido objecto de negociação individual*, não se limitando ao campo das condições pré-elaboradas para uma pluralidade de contratos. Com efeito, o legislador comunitário pretende igualmente submeter a uma intervenção fiscalizadora as cláusulas inseridas em *contratos individualizados*, desde que não tenham sido negociadas. Deste modo, a ideia de um controle exclusivamente dirigido a cláusulas pré-formuladas para uma *pluralidade de contratos* ou uma *generalidade de destinatários* é recusada pela directiva europeia. Ora, é seguro, como vimos, que a característica da generalidade constitui um elemento essencial do conceito de “cláusulas contratuais gerais” ou “condições gerais dos contratos”, tal como o vem integrando e explicitando a legislação de certos países europeus, designadamente a Alemanha e Portugal.

3.4 A necessidade da manutenção deste conceito é inquestionável, desde logo por força de toda a lógica subjacente ao sistema de *controle abstracto*, destinado a erradicar do tráfico jurídico condições gerais inequitativas, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares ou da celebração de qualquer contrato. Todavia, tornou-se imperioso adaptar as leis internas, de modo a incluir no âmbito de protecção estas cláusulas “individuais”. Naturalmente que as “condições gerais dos contratos” não deixam de estar compreendidas no âmbito objectivo do diploma comunitário – desde logo porque se trata do caso mais frequente de cláusulas não negociadas. Mas o que

importa neste momento salientar é que o propósito regulativo se estende a cláusulas que não se deixam encerrar no quadro definitório daquela categoria legal-doutrinal. Por outras palavras, estão agora em causa não apenas as denominadas *condições negociais gerais*, como ainda toda e qualquer cláusula *não individualmente negociada*. Deste modo, estão também abrangidas pela lei comunitária europeia cláusulas que se destinem a uma única utilização.

A legislação portuguesa já está actualmente em consonância com esta exigência do legislador europeu. Fazendo gora a ponte com o novo Código Civil brasileiro, o sentido amplo que acima referenciámos como estando implicado no conceito de “contratos de adesão”, a que se referem os artigos 423 e 424, é aquele que corresponde ao que acaba de expor-se: nele se compreendem não apenas os contratos concluídos com base nas clássicas “cláusulas contratuais gerais”, como também aqueles que incluem qualquer outra cláusula estabelecida prévia e unilateralmente por um das partes, o mesmo é dizer, *não individualmente negociada*.

De todo o modo, não deixe de salientar-se que estão em causa duas distintas filosofias de regulação: a concepção originária da lei portuguesa – tal como a da lei alemã – estava marcada pela compreensão das “condições gerais” como fenómeno global da contratualidade, em que o traço essencial passa pela intenção de pré-elaborar unilateralmente um regulamento uniforme para uma *pluralidade* de contratos, seja qual for o sujeito jurídico afectado por esse regulamento; diversamente, a concepção do legislador comunitário parte antes da ideia de proteger *uma só categoria de sujeitos* – o consumidor –, mas, relativamente a este, ultrapassa a lógica das “condições gerais” e invade o espaço dos simples contratos *individualizados*, desde que não tenham sido objecto de negociação.

O novo Código Civil brasileiro, ao centrar a sua preocupação de controle na figura dos contratos de adesão, tal como os definimos acima, segue correctamente a lógica de proteger todos os sujeitos jurídicos potencialmente expostos aos perigos inerentes à utilização de tais contratos, não se restringindo à pura lógica de tutela do consumidor.

Tendo especificamente em conta a *relação banco-cliente*, esta disposição do Código Civil brasileiro tem efeitos práticos imediatos, uma vez que se torna irrelevante, no domínio dos contratos de adesão, discutir se a actividade bancário-financeira está ou não submetida ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Ora, se tivermos em conta, como já se salientou, que um dos traços característicos do global “contrato bancário” reside na circunstância de se basear em cláusulas contratuais gerais ou em cláusulas simplesmente não negociadas, estabelecidas unilateralmente pelo banco, compreenderemos a extrema importância do regime instituído pelo Código Civil para se alcançarem soluções justas e adequadas, no domínio dos problemas quotidianamente suscitados pelas relações que se estabelecem entre as instituições bancárias e os seus clientes.

Por outro lado, a circunstância de o Código Civil permitir a sindicância de cláusulas de *carácter individual*, dirigidas para uma hipótese negocial concreta, desde que tenham sido pré-elaboradas pelo banco, tem igualmente consequências relevantes, face a uma certa prática das instituições financeiras. Com efeito, a partir do momento em que se foram generalizando, no espaço europeu, leis tuteladoras do cliente perante os perigos resultantes de “cláusulas contratuais gerais”, algumas daquelas instituições, com base na tecnologia dos computadores, passaram a substituir os antigos formulários, previamente *impressos*, por documentos

pretensamente individualizados ou *personalizados*, entregues no momento ao cliente concreto.

O objectivo desta técnica – que podemos designar por *falsa individualização* – era, naturalmente, tentar impedir a aplicação das normas protectoras das referidas leis sempre que, no caso em análise, tal fosse favorável aos interesses do banco. Na verdade, com aquela técnica, eliminava-se pré-ordenadamente um dos requisitos básicos do conceito de “cláusulas contratuais gerais”: a pré-elaboração em vista da conclusão de uma *pluralidade* de contratos uniformes.

Pois bem: tanto no âmbito da directiva europeia, como da actual lei portuguesa, como ainda do novo Código Civil brasileiro, a técnica da “falsa individualização” deixa de ter interesse prático para as instituições bancárias. A intervenção sindicante não se restringe às clássicas “condições gerais”, onde o elemento da intenção generalizadora é fundamental, mas alarga-se a todas as cláusulas formuladas prévia e unilateralmente pelo banco, sem que o cliente tenha possibilidades de influir na modelação do respectivo conteúdo.

4. Inclusão das condições gerais dos bancos no contrato singular

4.1. Não obstante a “abertura” que acaba de expor-se, é indubitável que a situação bancária típica é aquela que se baseia em condições negociais gerais, elaboradas por um organismo representativo do sector ou pelo próprio banco em causa. Ora, neste contexto, a primeira questão que nos surge é a de determinar quais os pressupostos necessários para que as cláusulas possam considerar-se parte integrante da relação contratual bancária ou, se for caso disso, do particular tipo de contrato singular em análise.

Sucedo que o novo Código Civil brasileiro não se preocupou com este problema. A lei portuguesa, todavia, contém sobre o ponto uma disciplina pormenorizada. Aqui, a comparação pode servir como explicitação das questões que, neste contexto, se tornam relevantes. As condições gerais, apesar da sua especificidade, não deixam de ser estipulações jurídico-negociais, pelo que a sua vigência pressupõe a aceitação da contraparte do utilizador. Contudo, esta aceitação, justamente por força daquela especificidade, não é por si só suficiente, tornando-se necessária a observância de outros requisitos.

A ideia central aqui em causa é a de que as condições gerais devem ser *transmitidas* à contraparte, num duplo sentido: por um lado, o cliente tem de ter notícia da *existência* de condições gerais, como base do contrato; por outro, é imperioso que lhe seja proporcionada a *possibilidade* de uma exigível tomada de conhecimento do respectivo conteúdo. Neste contexto particular, a filosofia tuteladora que inspira os preceitos do Código Civil relativos aos contratos de adesão, mormente o artigo 424, não pode permitir a aplicação incondicionada da regra geral sobre o silêncio, constante do artigo 111, integrado na parte geral do negócio jurídico: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Estando em causa estipulações pré-elaboradas, de que o cliente do banco não teve sequer oportunidade de tomar conhecimento ou de cuja existência ignorava, representaria uma contradição valorativa com as mencionadas normas de protecção admitir que o silêncio legitimasse, sem mais, a integração de tais cláusulas no contrato bancário.

Por isso mesmo, a única solução razoável é considerar essas cláusulas, na hipótese de o utilizador não ter observado as referidas exigências, como não fazendo parte integrante do

contrato em apreço – o mesmo é dizer, tê-las como não escritas. Em seu lugar, aplicar-se-ão as normas e princípios próprios do direito dispositivo, com recurso, se necessário, às regras de interpretação e integração do negócio jurídico. Vem a propósito lembrar, como já se salientou, que o novo Código Civil brasileiro erige a boa-fé em critério hermenêutico central dos negócios jurídicos (artigo 113).

Se, no decurso do global “contrato bancário”, as condições gerais da instituição financeira sofrerem alterações, o problema reaparece. Por isso mesmo não é bastante o recurso a uma certa cláusula, muito utilizada pelos bancos, que aparece formulada, com variações, do seguinte modo: “No restante, valem as condições gerais do banco na versão em vigor no momento considerado”. Decorre manifestamente do que se disse que as alterações em causa não podem ter-se como incorporadas na relação contratual bancária estabelecida com o cliente. O que significa que devem considerar-se como não escritas.

Similar a esta situação é o caso das remissões genéricas para documentos ou índices de referência exteriores ao contrato bancário. A título de exemplo, pode mencionar-se uma cláusula do seguinte tipo, também muito frequente na prática: “As comissões a cobrar serão aquelas que forem comunicadas ao Banco Central e em cada momento tornadas públicas”. De novo aqui deve entender-se que o banco não cumpre o pressuposto de transmitir ao seu parceiro negocial as estipulações que pretende fazer valer perante ele. Trata-se de cláusulas que, por sua natureza, não conferem ao cliente a razoável possibilidade de um conhecimento individualizado, o que, na intencionalidade normativa aqui implicada, é de todo essencial.

As razões de fundo acima apontadas levam-nos ainda a recusar qualquer efeito às chamadas “cláusulas de confirmação”, a que as instituições bancárias igualmente recorrem de forma sistemática. Referimo-nos àquelas estipulações, normalmente vertidas em documento autónomo e pretensamente individualizado, em que o cliente “confirma” terem-lhe sido entregues as condições gerais do banco ou delas ter tomado conhecimento efectivo. O que normativamente importa é saber se, *de facto*, foi proporcionada ao cliente a *possibilidade* de uma exigível tomada de conhecimento das condições gerais em causa. Ora, o que as referidas cláusulas tentam fazer, na prática, é eliminar a exigência de proporcionar aquela possibilidade ao cliente, instituindo uma verdadeira ficção de aceitação. Trata-se, em rigor, de um ilegítimo *Ersatz* do núcleo de sentido implicado pela necessidade de comunicar à contraparte as condições gerais dos bancos.

5. Critério geral de sindicância das cláusulas contratuais bancárias e sua aplicação prática

5.1. O novo Código Civil brasileiro não se debruça especificamente sobre os critérios gerais de controle dos contratos de adesão. Todavia, a articulação entre a ideia de sindicância destes contratos, implicada no Código, e os princípios informadores do direito contratual nele corporizados, tal como os explicitámos no início deste trabalho, fornece-nos algumas indicações relevantes sobre a melhor forma de “construir” e desenvolver tais critérios,

O escopo fundamental de um sistema de controle de cláusulas unilateralmente pré-elaboradas traduz-se em tentar assegurar um *adequado equilíbrio de interesses* dos dois contratantes.

Para isso, importa recorrer a padrões jurídico-materiais que nos permitam analisar e valorar o conteúdo regulativo das cláusulas em apreço. Ora, a consagração expressa do princípio da boa-fé no novo Código, a proclamação da função social do contrato como limite da liberdade contratual e ainda a proibição de cláusulas que impliquem renúncia antecipada do cliente a direito resultante da natureza do negócio fornecem-nos dados bastantes para podermos apreciar, em cada caso, se determinada estipulação merece ou não ser tida como válida, no contexto do tipo de contrato em que se insere.

No quadro axiológico-normativo assim desenhado, o princípio da boa-fé surge como o eixo fulcral. Por isso mesmo, na concretização prática do mecanismo de sindicância, um papel nuclear está reservado à *avaliação dos interesses contrapostos* do banco e do cliente: é isso que justamente decorre da intencionalidade pressuposta por aquele princípio. No processo de ponderação aqui implicado, podem ser convocados, a favor da entidade bancária, os seus legítimos interesses de racionalização, certificação e execução uniforme dos contratos que celebra ou pretende celebrar. Sucede, todavia, que tais interesses podem ter de ceder perante interesses do cliente de valia superior. Como regra, podemos dizer que uma cláusula é inequitativa - e, por isso, nula - se o banco tiver exclusivamente em vista, na respectiva concepção e formulação, os seus próprios interesses, sem atender, de forma minimamente razoável, aos legítimos interesses do cliente.

Deste modo, perante as cláusulas contratuais gerais de certa instituição bancária, importa averiguar, como ponto prévio, qual o concreto interesse do banco na regulação em causa. De seguida, será necessário perguntar que interesse do cliente pode ser afectado ou prejudicado e que relevo ou “peso” competirá a tal interesse, no quadro do tipo negocial

envolvido. Finalmente, impor-se-á uma adequada ponderação dos interesses assim identificados. Em termos finais, a cláusula deverá considerar-se como nula se implicar uma *relevante desvantagem* para o cliente, que não possa normativamente justificar-se pela convocação de um interesse de igual ou similar “valor” da instituição bancária.

Numa outra perspectiva: no quadro do novo Código Civil brasileiro, em inteira consonância com o sistema português, o propósito nuclear da intervenção judicial no contrato bancário deverá ser o de evitar uma *desrazoável e desproporcionada repartição de riscos ou de direitos e deveres*, em prejuízo do cliente, sendo certo que este tem de submeter-se, de um modo ou de outro, às cláusulas unilateralmente pré-elaboradas que prevalecem, de forma generalizada, em todo o universo bancário-financeiro.

5.2. Neste processo de ponderação de interesses - e tendo especificamente em vista as condições gerais dos bancos -, assume particular importância um critério instrumental, directamente inferido do princípio da boa-fé. Referimo-nos à consideração autónoma do *objectivo negocial* visado pelas partes, no âmbito do global contrato bancário ou da específica operação bancária em causa. A razão é simples. O “contrato bancário”, com a conformação e o sentido que acima lhe atribuímos, não se encontra, naturalmente, regulado na lei, como igualmente o não está a maior parte das operações e negócios singulares, criados e desenvolvidos por força das sempre renovadas necessidades práticas das instituições financeiras. Por essa razão, não existem, em regra, preceitos legais que funcionem como padrão de medida, na complexa tarefa de ponderar e valorar interesses conflitantes.

Isto significa que não pode aqui fazer-se apelo, em muitas situações, pelo menos de forma imediata, ao direito legal dispositivo e à *função-modelo* que neste contexto lhe compete. Sendo assim, o mencionado critério suplementar ou instrumental vem a desempenhar, neste domínio, um papel extremamente relevante: a convocação do tipo de operação ou de negócio envolvido, mesmo que se trate de uma simples *tipicidade social*, funcionará como elemento esclarecedor do escopo concreto visado pelas partes e permitir-nos-á determinar se, pela via da inclusão de certa cláusula, não se frustrará, afinal, aquilo que legitimamente se pode pressupor como intencionado pelo cliente ao decidir concretizar certa operação bancária.

Este critério aparece, na prática, intimamente relacionado com o problema da determinação dos *direitos e deveres essenciais* que resultam de um certo tipo de negócio ou acto bancário. Se as condições gerais do banco limitarem esses direitos e deveres numa dimensão tal que fique *em risco* a própria finalidade da operação singular considerada, haverá seguramente razão para as declarar nulas. Neste contexto, torna-se importante atender às “expectativas de justiça” imperantes no sector bancário-financeiro, relativamente ao tipo de operação ou negócio em causa. A convocação da ideia de “deveres essenciais” remete-nos, de forma particular, para aquela espécie de obrigações das quais depende, de modo incontornável, a correcta execução do negócio ou acto solicitado ao banco, o que torna normativamente fundada a *expectativa do cliente* no seu rigoroso cumprimento. Qualquer cláusula que, directa ou indirectamente, acabe por defraudar aquela expectativa não poderá ser tida como válida pelo tribunal.

5.3. No domínio da relação banco-cliente, estas linhas de orientação levam-nos a questionar a validade de certas cláusulas, amplamente difundidas na prática. Salientem-se alguns exemplos. Em formulários relativos a ordens de transferência, aparece frequentemente uma estipulação comumente designada como “cláusula facultativa”. Através de tal cláusula, o banco reserva-se o direito de creditar o montante em causa numa outra conta do destinatário, diversa daquela que é indicada pelo cliente. Ora, a estipulação deve ter-se como nula, por pôr em risco o fim negocial visado pelo cliente, em razão, designadamente, do especial regime a que essa outra conta pode estar submetida (por exemplo, uma conta “cativa”). No quadro da operação em apreço, o banco deve concretizar a transferência para a conta do destinatário especificamente indicada, pois só desse modo estará assegurada a eficácia do cumprimento junto do beneficiário e se poderá evitar um eventual prejuízo do cliente.

Em rigor, a mencionada cláusula faz recair sobre o cliente o risco de realizar a prestação devida *sem eficácia de cumprimento* e, conseqüentemente, o risco de ter de pagar segunda vez. Ora, a verdade é que as razoáveis expectativas do cliente vão no sentido de o banco se manter estritamente dentro dos limites das instruções formalmente comunicadas. Se o banco, apesar disso, se reserva a possibilidade de efectuar a transferência para uma outra conta do destinatário, estamos perante um “poder” que não é mais compatível com os legítimos interesses do cliente, nem com as suas fundadas expectativas. Acresce que o “desvalor” da cláusula se intensifica se tivermos presente que, à grave desvantagem daí potencialmente resultante para o cliente, apenas corresponde, em regra, a ilegítima pretensão do banco de tentar “contornar” a responsabilidade que pode decorrer das suas próprias deficiências internas de organização e funcionamento.

Igualmente difundida na prática é a cláusula que, em ordem a excluir a responsabilidade do banco, faz prevalecer o *número da conta* sobre o *nome do destinatário*, em operações de transferência. Por outras palavras, tal cláusula determina que, numa ordem de transferência, só é decisivo o número da conta, não o nome do destinatário. Deste modo, o risco de transferências erradas é inteiramente transposto para o cliente, que terá então de suportar as consequências de que elevados montantes sejam atribuídos a uma terceira pessoa, exclusivamente por causa de um simples erro de escrita, ao transcrever o número da conta, apesar de *indicar correctamente o nome do destinatário*.

Ora, a verdade é que *também* o banco deve, por seu turno, adoptar medidas internas adequadas para evitar lançamentos errados, em situações como aquela que acaba de descrever-se. Com efeito, os bancos dominam a conformação do processo de transferência e podem, por isso, evitar com facilidade o risco de transferências erradas, através de uma simples *comparação*, por via informática, entre o nome do destinatário e o número da conta. O que naturalmente já não sucede com o cliente. Aquilo que este legitimamente espera, no quadro da operação em causa, é que o banco adopte razoáveis providências de funcionamento que evitem ou corrijam lapsos deste tipo.

Por isso mesmo, também aqui a cláusula deve ser considerada nula, atendendo ao critério do fim negocial, no contexto do tipo de acto bancário em apreço. A verdade é que, em caso de contradição entre o número da conta e o nome do destinatário, é decisivo, na lógica interna da ordem de transferência, o segundo “dado”, pois só este é que possibilita, de forma adequada, a correcta execução da ordem. Isto vale independentemente de os bancos envolvidos

renunciarem, entre eles, à comparação do nome do destinatário e do titular da conta, pois o modo como estão reguladas ou acordadas as suas relações recíprocas não pode “legitimar” uma desvantagem causada ao cliente.

O mesmo se poderá dizer a propósito de uma conta poupança-habitação: o cliente deve poder confiar que as suas “entregas” pecuniárias sejam creditadas segundo a finalidade visada e indicada e que o banco não se oriente exclusivamente por um certo número de conta. Deste modo, impõe-se considerar nula a cláusula de limitação de responsabilidade, mesmo que tão-só por culpa leve, que contrarie aquela natural e fundada expectativa do cliente. A obrigação de adequada contabilização e controle dos diversos depósitos do cliente, em harmonia com os diferenciados objectivos de cada um deles, constitui um daqueles deveres cujo cumprimento é de todo imprescindível para a devida execução da operação solicitada e no qual, por isso mesmo, o cliente confia e deve poder confiar.

6. A *blue pencil rule* e sua incidência na relação banco-cliente

6.1. No âmbito do controle do conteúdo, o novo Código Civil brasileiro sanciona com a nulidade a cláusula controvertida, tal como sucede com a lei portuguesa. É, todavia, possível que certa cláusula viole *só em parte* o comando imperativo da lei ou infrinja apenas uma *dimensão particular* do âmbito aplicativo da norma considerada. Teremos então um problema para resolver: deve considerar-se nula toda a cláusula ou poderá “salvar-se” uma parte dessa cláusula, “comprimindo-a” em termos tais que nela se descubra um conteúdo ainda admissível?

No campo especificamente bancário, podemos lembrar uma estipulação apreciada pela jurisprudência alemã, onde se dispunha que a instituição de crédito recebia um mandato irrevogável para realizar transferências de fundos a cargo do cliente. Partindo da ideia de que a cláusula, suprimindo o carácter de irrevogabilidade, era considerada válida, colocava-se a questão de saber se era legítimo ao tribunal *reduzir o alcance da cláusula*, de modo a “salvá-la” no respeitante à sua parte *ainda admissível*, isto é, como simples estipulação de outorga de mandato. Em termos dogmático-práticos, e de forma genérica, trata-se de saber se será ou não possível recorrer, neste contexto, a uma *redução conservadora da validade* ou, em terminologia anglo-saxónica, fazer uso da *blue pencil rule*, “riscando” ou eliminando da cláusula a sua parte ou dimensão ilícita.

Este problema surge, de modo particular, no âmbito de dois grupos de estipulações: estão em causa, por um lado, cláusulas ditas *indiferenciadas*, com o que se pretende referenciar estipulações que estabelecem certa consequência jurídica para uma determinada situação de facto, descrita de modo genérico e indiferenciado, embora seja aí possível distinguir, idealmente, diversas hipóteses ou previsões com regime jurídico diferente - é o caso paradigmático das estipulações genéricas de limitação do *quantum* indemnizatório; por outro, temos as cláusulas *excessivas*, isto é, aquelas que ultrapassam os limites admissíveis, do ponto de vista quantitativo ou temporal - por exemplo, cláusulas que fixam prazos demasiado longos para certos efeitos, como a denúncia de um contrato em vigor.

Uma resposta afirmativa à questão colocada significa levar o tribunal a “integrar” a cláusula, dividindo-a idealmente em segmentos ou parcelas, a fim de encontrar uma parte

do seu conteúdo que seja ainda legalmente admissível. Pois bem: parece-nos que a resposta correcta consiste em recusar a ideia de uma redução conservadora da validade. Por diversas ordens de razões.

Em primeiro lugar, por um fundamento básico de *prevenção*: a ordem jurídica deve impedir que os bancos utilizem, *sem qualquer risco*, cláusulas inequitativas, formuladas de forma demasiado ampla – em regra, intencionalmente –, o que lhes permite esperar, tranquilamente, que sejam os tribunais a decidir, eles próprios, o conteúdo normativamente admissível de tais cláusulas. Um dos propósitos essenciais dos sistemas de controle é o de fazer com que as condições gerais utilizadas na prática sejam reconduzidas a um conteúdo *adequado e justo*. Ora, tal propósito certamente se malogrará, se for permitido aos bancos avançar, sem perigo, até ao limite daquilo que pode ainda ser alegado em seu favor, libertando-os assim do *risco de nulidade total* da cláusula.

Em segundo lugar, tal orientação implicaria fazer do juiz uma espécie de *procurador* ou *representante* dos bancos, ao qual competiria a tarefa de “salvar” a cláusula no interesse da própria instituição financeira. Por outras palavras, o tribunal deverá encontrar uma formulação da cláusula que, por um lado, *favoreça o mais possível* o banco e, por outro, *se mantenha ainda dentro dos limites do admissível*. Entretanto, enquanto a cláusula não for judicialmente posta em causa, o banco irá beneficiando de todo o seu efeito “favorável”, mesmo naquela parte que frontalmente viola as exigências de correcção, razoabilidade e adequação que as condições gerais dos contratos devem respeitar.

Em terceiro lugar, o banco retiraria desta leitura das coisas um forte *estímulo* para inserir, nas suas condições gerais,

cláusulas claramente contrárias às regras legais de sindicância do conteúdo, pois saberia de antemão que, uma vez reduzida judicialmente a cláusula, se manteria, de qualquer modo, numa posição *mais benéfica* do que aquela que em princípio resultaria da aplicação do *direito dispositivo*.

Acresce que a atitude de aceitar a redução da cláusula *iludiria* a ordenação legal do *efeito jurídico das proibições*, que aponta, na generalidade dos ordenamentos, para a aplicação do *direito dispositivo* como consequência normal da nulidade. Com efeito, isso impediria, na maior parte dos casos, que surgisse uma lacuna, necessitada de preenchimento através da aplicação das regras e princípios próprios da ordem jurídico-dispositiva.

Finalmente, tal solução redundaria em uma forma de *revisão* ou *adaptação judicial* do contrato, de carácter conformador, beneficiando o banco que faz uso de condições *ilegais*, em clara violação do espírito subjacente aos sistemas de controle das cláusulas contratuais pré-elaboradas. Na verdade, este controle surge marcado pela vinculação do tribunal a uma sindicância *meramente negativa* das cláusulas proibidas: tarefa do tribunal é, tão-só, *declarar válida ou inválida* determinada cláusula, com a consequente aplicação do direito dispositivo convocável, se o tribunal se pronunciar pela invalidade, e não a de *ajustar* os termos do contrato, no interesse do banco, em ordem a definir *ex novo* uma autónoma e diferente composição negocial.

Uma versão tão-só aparentemente menos prejudicial para o cliente - ou aparentemente mais anódina - é-nos oferecida por aquelas cláusulas que procuram atenuar os efeitos da inobservância de normas legais de controle, mediante a utilização de *fórmulas de salvaguarda*. É o caso das

estipulações que prescrevem determinado regime para a situação de facto descrita, acrescentando algo do género: “salvo o disposto na lei”; ou: “na medida legalmente admissível”. O que se pretende, com este tipo de aditamentos, é tentar “salvar” cláusulas, pelo menos em parte proibidas, através da relativização do “excesso” que lhes é inerente. A verdade, porém, é que tais cláusulas suscitam, em última análise, as mesmas objecções de fundo que as anteriormente expostas. Precisamente por isso, devem também considerar-se nulas, independentemente da circunstância de ser aqui igualmente equacionável a possibilidade de as excluir *in limine* do contrato celebrado, por infracção das exigências específicas referentes à incorporação das cláusulas contratuais gerais no contrato singular. A verdade é que, neste plano, torna-se de todo ininteligível, para o cliente, o verdadeiro alcance de uma cláusula que comporte um aditamento formular do tipo descrito.

BIBLIOGRAFIA SUMÁRIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto, *As condições abusivas na concessão de crédito bancário*, Revista de Direito do Consumidor, nº 40, pp. 35 ss.

AMARAL, Francisco, *As cláusulas contratuais gerais, a protecção do consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria*, Revista de Informação Jurídica, 1988, pp. 242 ss.

_____. *Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos de Homenagem ao Prof. Ferrer Correia, 1989, pp. 5 ss.

_____. *A descodificação do direito civil brasileiro*, Direito e Justiça, 1999, pp. 129 ss.

_____. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, O Direito, 1994, pp. 63 ss.

ASCENSÃO, J. Oliveira, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, Revista da Ordem dos Advogados, 2000, pp. 573 ss.

- BENJAMIN, António Herman, *Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 1991.
- CAMPOS, Diogo Leite de Campos, *A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito*, Revista da Ordem dos Advogados, 1986, pp. 49 ss.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, vol. I, 3ª ed., Berlin-New York, 1988.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros*, Revista de Direito do Consumidor, nº 34, pp. 102 ss.
- CLAUSSEN, C. Peter, *Bank-und Börsenrecht*, München, 1996.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- COSTA, Judith Martins, *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projecto do Código Civil brasileiro*, "Jus Navigandi", Teresina, a.4, n. 41, 2000.
- COSTA, M. J. Almeida, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2ª ed., Lisboa, 1999.
- COSTA, M. J. Almeida / CORDEIRO, A. Menezes, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação*, Coimbra, Almedina, 1986.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio J., *Direito do consumidor e serviços financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias*, Revista de Direito do Consumidor, nº 27, 1998, pp. 7 ss.
- FACHIN, Luiz Edson, *Sobre o projecto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, pp. 129 ss.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 18ª ed., 1999, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior.
- _____. *Contratos de adesão*, São Paulo, 1972.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojecto*, 5ª ed., Rio, Forense, 1998.
- HOPT, Klaus J., *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, München, 1975.
- MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1999.

MONTEIRO, A. Pinto, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85*, Revista da Ordem dos Advogados, 1986, pp. 733 ss.

_____. *La directive clauses abusives, 5 ans après – A transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 93/13/CEE*, Bol. da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999, pp. 523 ss.

_____. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, Estudos em Homenagem ao Prof. Rogério Soares, 2001, pp. 1103 ss.

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

MONTEIRO, Jorge Sinde / SÁ, Almeno de, *Das portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge*, Karlsruher Forum, 1997, pp. 121 ss.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 5ª ed., São Paulo, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. III, 10ª ed., 1999.

PHILIPOWSKI, Rüdiger, *Die Geschäftsverbindung, Tatsachem und rechtliche Bedeutung*, Heidelberg, 1963.

PINTO, Carlos Alberto Mota, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, Rev. de Direito e Estudos Sociais, 1973, pp. 119 ss.

RIBEIRO, J. Sousa, *O problema do contrato*, Coimbra, Almedina, 1999.

SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

_____. *Responsabilidade bancária*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

_____. *Liberdade no direito de autor: a caminho das condições gerais do contrato*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1994, pp. 407 ss.

_____. *Discursificação do consumo e emergência do problema do consumidor no direito*, Coimbra, 1988.

TELLES, I. Galvão, *Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre cláusulas abusivas*, O Direito, 1995, pp. 297 ss.

WIDER, Roberto, *A protecção do consumidor de serviços financeiros*, Coimbra, 2002.