

Contratação por cláusulas gerais (Contratos de adesão)

João Calvão da Silva*

Sumário: 1. Diversidade de operações da Banca, da Bolsa e dos Seguros: autonomia privada, liberdade contratual, liberdade de forma e transparência. 2. A massificação de operações da Banca, da Bolsa e dos Seguros: contratação estandardizada e formalizada. 3. Das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85) aos contratos de adesão (Directiva 93/13/CEE; Decreto-Lei n.º 249/99). 4. Controlo da inclusão das cláusulas (gerais ou individuais) nos contratos singulares; **4.1.** *Transparência no processo formativo do contrato por adesão.* **4.2.** *Dever de comunicação prévia e adequada.* **4.3.** *Deveres de informação e de esclarecimento.* **4.4.** *Dever de clareza e precisão: as cláusulas-surpresa.* **4.5.** *Exclusão de cláusulas opacas e subsistência do contrato singular.* 5. Interpretação e integração das cláusulas contratuais. 6. Controlo do conteúdo das cláusulas legitimadas pelo processo de inclusão nos contratos singulares. **6.1.** *Princípio geral da boa fé.* **6.2.** *As “listas negras” de cláusulas absolutamente proibidas, sem possibilidade de valoração judicial.* **6.2.1.** *Cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade; distinção das cláusulas delimitativas do risco segurado.* **6.2.2.** *Outras cláusulas.* **6.3.** *As “listas cinzentas” de cláusulas relativamente proibidas, com possibilidade de valoração judicial.* **6.3.1.** *A cláusula penal e outras cláusulas exemplificadas.* **6.3.2.** *Cláusulas financeiras.* 7. Redução do contrato parcialmente nulo; **8.** *Acção inibitória;* **8.1.** *Legitimidade processual.* **8.2.** *Conteúdo e eficácia da sentença inibitória.* **8.3.** *Sentença de condenação sob sanção pecuniária compulsória. Revogação do art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85 pelo art. 10.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96.*

1. Diversidade de operações da Banca, da Bolsa e dos Seguros: autonomia privada, liberdade contratual, liberdade de forma e transparência

I – Sangue da economia, o dinheiro e a actividade financeira são do interesse geral das pessoas, dos particulares e consumidores aos profissionais e empresas.

Assim, porque todos somos consumidores e muitos os profissionais e as empresas, as relações que uns e outros estabelecem ou concluem no dia a dia com as instituições financeiras configuram-se múltiplas e diversas, consoante os interesses e as necessidades díspares de cada um.

Destarte, sendo *múltiplas, diversas e evolutivas* as necessidades das pessoas – das pessoas singulares e das pessoas colectivas –, as instituições financeiras, no quadro concorrencial de uma economia crescentemente globalizada, carecem de constante *ars inveniendi* de novos e originais “produtos”

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ou serviços de qualidade atractiva e correspondentes instrumentos jurídicos da sua circulação para responder melhor aos reais interesses do público e da clientela.

Equivale isto a reconhecer, também nesta área, *a autonomia privada e a liberdade negocial*, liberdade de concluir não só contratos típicos ou nominados, mas também contratos atípicos ou inominados, contratos mistos, contratos coligados ou em união (art. 405.º do Código Civil). E como na coeva devoragem concorrencial da inovação financeira se densifica a complexidade de entrelaçamento de mecanismos contratuais de prestação de serviços – de que o mandato constitui arquétipo (art. 1156º do Código Civil) –, fala-se frequentemente de *operações financeiras*, seja de *operações bancárias* para referir os negócios das instituições de crédito com a clientela (veja-se o Título IX do Código Comercial – Das operações de Banco, e significativamente o (art. 363.º), seja de *operações de bolsa* (cfr. Título VIII do Código Comercial) para ter em vista as operações de investimento nos mercados de capitais ou contratos de intermediação financeira, seja de *operações segurativas ou contratos de seguro*.

II – Do mesmo modo, e em inferência do princípio da autonomia privada, deve reconhecer-se a *liberdade de forma dos actos bancários, da bolsa e dos seguros, salvo regra em contrário*: a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir (art. 219.º do Código Civil).

Tanto mais que o direito comercial – *e o direito da banca, como o da bolsa e o dos seguros, enquanto direito privado, constitui direito comercial* (cfr. art. 2.º, título VIII e arts. 362.º e 425.º do Código Comercial) – é em regra menos formalista ou de formalismo menos solene do que o direito civil, como sucede, por exemplo, no mútuo (cfr. art. 1143.º do Código Civil e art. 396.º do Código Comercial).

Só que, modernamente, em nome da tutela do cliente, destinatário e utente final de serviços financeiros, especialmente pessoa singular contratante fora da actividade profissional ou empresarial, ganha dimensão um *certo formalismo informativo como forma de garantir a transparência das instituições financeiras na contratação* (pense-se nos já vistos contratos à distância e contratos electrónicos; no crédito ao consumo, art.12º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 21 de Junho; no contrato de seguro, arts. 32º, nº 2, 34º, nº 1, e 34º, nº 6, do Decreto-lei nº 72/2008, de 16 de Abril; nos contratos de intermediação financeira, celebrados com investidores não qualificados (arts. 312º e 321º, do Código dos Valores Mobiliários) e no mercado em geral, proporcionando a comparabilidade dos produtos ou serviços, das taxas

de juro, dos prémios de seguros e outros custos ou encargos praticados pelos concorrentes.

Mas ainda assim os contratos bancários, da bolsa e dos seguros são via de regra consensuais, por oposição a contratos formais – há também contratos financeiros reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*, caso do depósito bancário.

Outras características dos contratos financeiros, além da já aludida comercialidade:

Contratos onerosos, próprio da natureza profissional da actividade em causa (cfr., p. ex., art. 395 do Código Comercial), onerosidade que se vem acentuando com as instituições financeiras a levarem *comissões* pelos serviços prestados, vários dos quais já foram prestados gratuitamente como forma de fidelizar a clientela;

Contratos duradouros, que se protelam no tempo, por exemplo, a abertura de conta corrente, como suporte de actos concluídos no dia a dia, no giro comercial e profissional; a gestão discricionária de carteira; o contrato de seguro;

Contratos padronizados, de conteúdo uniforme e normalizado destinado ao grande público através da técnica das condições negociais gerais, a que os clientes se limitam a dar a sua adesão.

2. A massificação de operações da Banca, da Bolsa e dos Seguros: contratação estandardizada e formalizada

I – Se a diversidade de interesses e necessidades das pessoas, das famílias e das empresas levam insito o reconhecimento da autonomia privada, da liberdade contratual e da liberdade de forma, já a repetição em massa de operações financeiras explica a técnica da *padronização* ou *normalização* e *formalização* dos correspondentes contratos.

Na verdade, a partir do momento em que certas operações se tornam correntes, realizadas diariamente por número indeterminado de pessoas humanas e pessoas jurídicas, *exigências de simplificação e racionalização de custos* (de tempo e pessoal) e de *eficiência, celeridade e segurança na contratação* levam os operadores financeiros a elaborar formulários ou impressos, com um conjunto de cláusulas que os clientes não estarão em condições de discutir, dada a desproporção de forças e assimetria de conhecimentos, formação e informação em que se encontram perante aqueles: “pegar ou largar”, concluir ou não o contrato, é a «liberdade» que

resta ao cliente... de bem ou serviço tantas vezes essencial e para si concretamente indispensável.

II – *A normalização e a formalização das condições ou cláusulas gerais contratuais têm na actividade financeira* – seja na actividade creditícia bancária, seja nos serviços de investimento financeiro (arts. 312º, nº 4, 321º, nº 2, etc., do Código dos Valores Mobiliários), seja nos seguros – *terreno de eleição para a sua prática, potenciadas pelas novas tecnologias electrónicas da sociedade da informação.*

Impõe-se, por isso, o estudo dos contratos de adesão a cláusulas unilateralmente redigidas e impostas, cujo regime legal se aplica às cláusulas contratuais gerais utilizadas na banca, na bolsa e nos seguros.

3. Das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85) aos contratos de adesão (Directiva 93/13/CEE; Decreto-Lei n.º 249/99)

I – As cláusulas ou condições contratuais gerais constituem parte essencial do direito bancário, da bolsa e dos seguros. Permitem a *racionalização* da contratação em massa com milhares de pessoas, ganhando tempo e poupando incomodidades aos clientes que desejam ser atendidos depressa e bem. Ponto é que essas cláusulas de antemão pré-elaboradas e utilizadas por bancos, empresas de investimento e seguradoras em contratos singulares, sem influência do cliente no respectivo conteúdo, sejam justas, equitativas e razoáveis.

Portugal, diferentemente da Alemanha¹, não possui cláusulas gerais dos bancos. Vale o regime geral do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro²,

1 Cfr. SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, *Bankrecht*, cit., p. 10 e segs.; KÜMPEL, *Bank-und Kapitalmarktrecht*, cit., p. 47 e segs. (*AGB der Banken*); FISCHER/KLANTEN, *Bankrecht*, cit., p. 113 e segs.

2 Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in “O Direito”, 1995, p. 297 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª ed., 1999; ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao DL n.º 466/85, de 25 de Outubro*, 1986; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4ª ed., 2010, págs.453 e segs.; *Idem*, *Tratado*, cit., p. 593 e segs.; A PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in “ROA”, 1996, p. 733; *Idem*, *Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 140 (Janeiro-Fevereiro de 2011), p.138 e segs.; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais* (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro), Coimbra, 1992; *Idem*, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in “ROA”, ano 60, II, p. 573 e segs.; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed., 2001; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, 3.ª ed., Coimbra, 2004, p. 128 e segs.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 157 e segs.; ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-lei nº446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 2010; JOSÉ MANUEL ARAÚJO BARROS, *Cláusulas contratuais gerais. Decreto-lei nº446/85 – Anotado. Recolha jurisprudencial*, Coimbra, 2010.

cujo âmbito de aplicação abrange, indiscutivelmente, as cláusulas gerais utilizadas na banca, na bolsa e nos seguros, não excepcionadas no art.3.º.

II – Desde o início, a nossa lei – o Decreto-Lei n.º 446/85, depois alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, com vista à sua adaptação à Directiva 93/12/CEE – rege as “cláusulas contratuais gerais”, vale dizer,

Cláusulas pré-formuladas pelo proponente ou por terceiro (v.g. Associação Portuguesa de Bancos; Associação Portuguesa de Seguradores, etc.) *para utilização geral* numa pluralidade ou série de contratos em massa de modo *rígido, inflexível*, destinadas a serem aceites sem negociação individualizada (art. 1.º, n.º 1).

Todavia, por exigência da *Directiva 93/13/CEE* do Conselho, de 5 de Abril de 1993, *relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*³, concretamente do seu art. 3.º, n.º 2,⁴ o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, introduz um novo n.º 2 no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, por força do qual este diploma se aplica igualmente

“As cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

Em face desta alteração, *é preferível a terminologia contratos de adesão, porque mais abrangente*: abarca o fenómeno das autênticas cláusulas gerais a utilizar sem discussão na generalidade dos contratos (*volonté générale*) e ainda as cláusulas redigidas previamente, sem negociação individual, inseridas em contratos individualizados, a que a contraparte (certa e determinada) só pode dar a sua adesão ou não contratar.

III – De sublinhar que a lei portuguesa tem um perímetro de acção maior do que a Directiva: esta visa só os contratos de consumo, celebrados entre profissionais e consumidores, *stricto sensu* – pessoas singulares que contratam para fins não profissionais (art. 2.º, *b*) –, ao passo que aquela atinge ainda as relações entre empresários ou entidades equiparadas (Capítulo V, Secção II – arts. 17.º a 19.º), na esteira da *AGB-Gesetz (Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, de 9 de

3 JOCE L95, de 21/4/93, p. 29; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, p.233 e segs.

4 Diz assim o art. 3.º, n.º 2, da Directiva: “Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido *redigida previamente* e, consequentemente, *o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo*, em especial no âmbito de um contrato de adesão”.

Dezembro de 1976⁵. Logo, *a lei portuguesa estatui a disciplina geral da contratação estandardizada ou contratação por adesão, em ordem a tutelar a pessoa (singular ou colectiva, consumidor ou profissional) que adere às condições (gerais ou singulares) unilateralmente predispostas e impostas pela contraparte.*

Por isso, porque regula o fenómeno da contratação por adesão em si e por si mesmo, independentemente de predisponente e aderente celebrarem o contrato no ou fora do exercício da sua actividade profissional, *a lei dos contratos de adesão* (a cláusulas gerais ou individuais) *tem o seu lugar natural no Código Civil*, diploma fundamental e central do direito privado, como acontece no Código Civil holandês de 1992, e no Código Civil alemão, sem esquecer a sua previsão nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, da comissão Lando.

4. Controlo da inclusão das cláusulas (gerais ou individuais) nos contratos singulares

4.1. Transparência no processo formativo do contrato por adesão

As cláusulas gerais ou individuais (pré-redigidas e que não tenham sido objecto de negociação individual) integram cada um dos concretos contratos concluídos se e só se *aceites* pela parte aderente.

Não nos esqueçamos do essencial: em causa tão-somente a liberdade de fixação do conteúdo contratual e não a liberdade da sua celebração pelo mútuo consenso.

Daí a necessidade de cautela com a *aceitação* das cláusulas propostas, pondo a lei cuidado especial na sua inserção ou inclusão em cada contrato: em nome da *transparência* e *publicidade*, impõe a sua (delas, cláusulas) *comunicação prévia* e adequada ao aderente, com especial dever de *informação* e *esclarecimento* (arts. 5.º, 6.º e 7.º), sob pena de se considerarem excluídas do

5 A *AGB-Gesetz* disciplinou o fenómeno da contratação padronizada, consagrando em lei princípios e regras elaborados pela jurisprudência teutónica ao longo de anos, em aplicação do §138 (bons costumes) e do §242 (boa fé) do *BGB*-Código Civil alemão. As normas substantivas da *AGB-Gesetz* (§§1 a 11 e 23 a 25) estão agora inseridas no Código Civil – no 2.º livro (Direito das Obrigações), na nova secção 2, §§305, 305.^a–305c, 306, 306.^a, 307 a 310 –, a partir da Lei de Modernização do Direito das Obrigações, de 26/11/2001, com entrada em vigor a 1/1/2002. Vide CANARIS (org), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, 2002; CANARIS, *Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts*, FS Ulmer (2003), p. 1073 e segs.; M. STOFFELS, *AGB-Recht*, München, 2003; J. BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum BGB*, II (*Schuldrecht Allgemeiner Teil*), München, 2003, §305 segs; HELMUT HEINRICH, in *Palandt- BGB*, 2003, 406 e segs.

contrato, a par das chamadas *cláusulas-surpresa* (art. 8, al. c)), em regra com subsistência do contrato singular em sede de integração (art. 9.º).

Todo este transparente procedimento fiscalizador da incorporação de cláusulas (gerais ou individuais) no contrato singular resulta da imposição feita pelo art. 4.º: *essas cláusulas incluem-se nos contratos singulares pela sua “aceitação, com observância do disposto neste capítulo”*.

Vejamos de perto a *sindicância da aceitação* das cláusulas que não tenham sido objecto de negociação individual – independentemente de inseridas em condições negociais gerais –, com vista à tutela do contraente que as subscreve por mera adesão, a qual não passa de concretização do princípio geral da boa fé na negociação e formação dos contratos (art. 227.º do Código Civil).

4.2. Dever de comunicação prévia e adequada

I – No regime especial de inclusão das cláusulas (não negociadas individualmente) em contrato singular, a lei começa por impor a sua *comunicação prévia e adequada* (art. 5.º) ao sujeito interessado em firmar um contrato cujo conteúdo será o resultante daquelas.

Nada mais natural: se uma entidade, como um banco, uma empresa de investimentos ou uma seguradora, quer, *legitimamente*, celebrar contratos regulados por condições ou cláusulas por si unilateralmente predispostas e impostas à contraparte, deve ser a primeira interessada em que esta as possa conhecer, de modo *integral* (art. 232.º do Código Civil), *claro e transparente*, sem nada a esconder, a fim de a relação contratual ser susceptível de se estabelecer com pleno conhecimento de causa e a indispensável confiança mútua que a deve nortear geneticamente e funcionalmente.

Porque, no plano dos princípios, é óptimo que a inclusão dessas cláusulas no contrato individual não ocorra sem o *consentimento são e consciente do aderente*, a sua *comunicação* deve ser realizada *de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne razoavelmente possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência* (art. 5.º, nº 2). Repare-se bem: ao proponente cabe a *comunicação prévia, adequada e efectiva das cláusulas* que regularão o contrato concreto, para assim *proporcionar* o seu conhecimento completo e efectivo por um normal e diligente aderente, sendo válido o consentimento por este dado nessas circunstâncias ainda que de facto as não tenha lido. Pense-se no envio da *minuta do contrato, com todas as cláusulas*: será comunicação idónea, para efeitos do art. 5.º.

II – Noutros termos: a lei quer garantir o consentimento de cada aderente, que por isso mesmo deve ser manifestado pelo aderente concreto na base de uma *comunicação individualizada*, prévia e adequada das cláusulas contratuais.

Se for provado pelo proponente o exacto cumprimento do encargo da comunicação imposto por lei (art. 5.º, n.º3), o consentimento dado pelo aderente de forma expressa ou tácita (art. 217.º do Código Civil) será válido e vinculativo, de nada adiantando este vir depois alegar não ter tido o conhecimento completo e efectivo das cláusulas que lhe foram comunicadas nos termos devidos.

Se, ao invés, o aderente alega não ter tido conhecimento completo e efectivo das cláusulas por si subscritas e o proponente não logra provar ter observado o ónus da sua prévia comunicação individualizada, integral e efectiva, a lei considera essas cláusulas (gerais ou individuais não negociadas) não escritas e excluídas do contrato (art. 8.º, al. a))⁶.

4.3. Deveres de informação e de esclarecimento

A fim de possibilitar o consentimento são e consciente do aderente, a lei impõe ainda ao proponente dois deveres: o *dever de informar* aquele dos aspectos compreendidos nas cláusulas cuja aclaração se justifique, de acordo com as circunstâncias (art. 6.º, n.º 1) – dever pró-activo; o *dever de esclarecer* todas as questões colocadas pelo aderente (art. 6.º, n.º 2) – dever reactivo.

Quer dizer, o contratante que predisponha e imponha cláusulas contratuais deve: por um lado, *sponte sua, informar*, de acordo com as circuns-

6 No sentido da idoneidade da remessa da minuta do contrato, com todas as cláusulas, cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/05/2007 (processo n.º07A1337) e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/3/11 (processo n.º1582/07-ITBAMT-B.P1.S1); no sentido de que a simples publicação em Diário da República das cláusulas gerais não satisfaz os requisitos da comunicação exigidos pelo art.5.º do Decreto-Lei n.º446/85, cfr. ac. STJ de 2/7/91, proc. n.º80715, *apud* Almeno de Sá, *cit.*, p. 278 e segs. Vejam-se, também, os acórdãos do STJ de 24/02/2005 (processo n.º04B4826) e de 24/6/2010 (processo n.º5611/03.DTVLSB.L1.S1) que põem em evidência o ónus de o aderente alegar não lhe terem sido previamente comunicadas ou devidamente esclarecidas as cláusulas para que o proponente tenha de cumprir o *onus probandi* referido no art. 5.º, n.º 3.

Naturaliter, discutida a questão no processo, quando não se tenha provado que determinadas cláusulas foram comunicadas, o tribunal decidirá contra quem tinha o ónus da prova, ou seja, contra o predisponente (art.5.º, n.º 3) – neste sentido, ac. STJ de 11/04/2000, Processo n.º 240/00. *Vide*, ainda, acórdãos do STJ de 18/4/06 (processo n.º06A818), de 28/6/05 (processo n.º05B4052), de 2/11/04 (Colectânea Jurisprudência/STJ XII, III, p. 104), de 29/3/2011 (processo n.º313/07.OTBSJM.P1.S1), de 11/3/10 (Processo n.º1860/07.OTVLSB.S1), de 8/4/2010 (processo n.º3501/06.3TVLSB.C1.S1), de 1/6/2010 (processo n.º600/05.2TCFUN.L1.S1).

tâncias subjectivas e objectivas do contrato concreto, *o aderente de aspectos complexos e aclará-los* – pense-se em fórmulas matemáticas complexas, por exemplo, de cálculo da Taxa Anual de Encargos Efectiva Global-TAEG, imposta pela Directiva 2008/48/CE no crédito ao consumo e transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho; por outro lado, *responder às dúvidas, questões ou interrogações do aderente, prestando os esclarecimentos, explicitações ou esclarecimentos razoáveis que lhe são solicitados*; o não cumprimento de informação e esclarecimento devidos, em termos de não ser esperável o seu conhecimento efectivo, leva a lei a considerar excluídas dos contratos singulares essas cláusulas (art. 8.º, al. b)).

Deste modo, pelo descrito procedimento complexo da comunicação-informação-esclarecimento das cláusulas contratuais a inserir em contratos singulares, procura a lei salvaguardar a possibilidade de um consentimento do aderente com conhecimento de causa, num clima de total transparência da formação do contrato concreto conforme o princípio da boa fé (art. 227.º do Código Civil).

4.4. Dever de clareza e precisão: as cláusulas-surpresa

I – Aos sobrevivistos deveres de comunicação (art. 5.º, n.º 1) e de informação e esclarecimento (art. 6.º), em ordem ao conhecimento completo e efectivo das cláusulas por um aderente concreto que use de comum diligência (art. 5.º, n.º 2), acresce a obrigação de “*redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares*” (art. 9.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 24/96, de 31 de Junho – Lei de Defesa do Consumidor).

Desta sorte, pelo princípio da transparência, procura a lei potenciar a *compreensibilidade* das condições negociais gerais logo em face do próprio texto, um texto que se quer conciso e não prolixo, tendo em vista a possibilidade do seu “conhecimento completo e efectivo”.

II – Precisamente em igual sentido, no sentido da sua *cognoscibilidade formal e material pelo aderente enquanto condição da sua aceitação e inclusão no contrato individual, as cláusulas não negociadas e propostas que (pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica) passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real, consideram-se também não escritas e excluídas do contrato singular* (art. 8.º, al. c)). São as chamadas “*cláusulas-surpresa*”: porque “ocultadas” ou não colocados na epígrafe apropriada, fora do contexto sistemático e racional, ou porque redigidas dissimuladamente, estas e outras cláusulas similares acabam por passar despercebidas a um aderente que “use

de comum diligência” (art. 5.º, n.º 2) e assim *surpreender o aderente real* que, por isso mesmo, não ficará sujeito a essas *cláusulas opacas e surpreendentes, tidas como não aceites e não incluídas no regulamento contratual por si concluído*. Afinal, delas não pôde razoavelmente tomar conhecimento efectivo e completo (art. 5.º, n.º 2).

III – *Igualmente violadoras do princípio da transparência* — princípio que a lei visa assegurar, impondo um procedimento de formação de cada contrato concreto por adesão a cláusulas não negociadas que quer *cognoscíveis, acedíveis, legíveis e compreensíveis* por um aderente normal – *são as chamadas cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contratantes* (art. 8.º, al. d)). Aqui, a lei parte do princípio de que as cláusulas de formulários que se seguem à assinatura de um dos contraentes – com manifesto relevo para a assinatura do aderente – não são atempadamente cognoscíveis e compreensíveis em termos da sua válida aceitação e inserção no conteúdo do contrato. Quem conclui um contrato, subscrevendo um documento, deve assinar no fim de todo o seu conteúdo, com o seu potencial conhecimento *prévio, completo e efectivo* (art. 5.º, n.º 2)⁷, sem correr o risco de acrescentos unilaterais, de resto proibidos pelo art.406.º do Código Civil. Ainda e só a forma de controlo de inclusão das cláusulas no contrato individual, por maneira a observar-se a desejável transparência e reflexão (traduzida na assinatura) no seu processo formativo. Veja-se, também, o art.5.º da Directiva 93/13/CEE, que estatui assim:

7 O citado ac. do STJ, de 2/7/91, considerou não satisfazer os requisitos da comunicação, exigidos pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, a transcrição no verso do contrato das condições negociais gerais, referidas na última linha do documento já depois do lugar das assinaturas, porque o proponente não fez a prova de que o aderente havia tido conhecimento delas. Mais impressivamente, o acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 2005 (processo 04B3874): “Nos termos do art. 8.º, al. d) do Decreto-Lei n.º 446/85, devem considerar-se excluídas as cláusulas contratuais gerais constantes da segunda página do documento formalizador de um contrato de mútuo, assinado pelos contraentes só na primeira página do mesmo documento, aplicando-se, nesta parte, o regime legal supletivo, nos termos do art.9.º do mesmo diploma”. Ainda mais impressivamente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/01/2010 (processo n.º08B3798): “Nos termos da al. d) do citado art.8.º do Decreto-lei n.º446/85, têm-se como *não escritas as cláusulas contratuais que fisicamente se encontram no verso do documento, após as assinaturas dos contraentes, ainda que, antes dessas assinaturas, haja uma cláusula no sentido de que o mutuário declara ter tomado conhecimento e dado o seu acordo às que constam do verso*”.

No mesmo sentido, acórdãos do STJ de 6/2/07 (processo n.º 06A4524), de 3/5/07 (processo n.º 06B1650), de 12/1/06 (processo n.º 05B756), de 7/03/06 (processo n.º 06A038), de 20/6/06 e de 27/2/2004; na doutrina, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., p. 623; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso de resolução do contrato*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140 (Maio-Junho 2011), págs. 316 e 317; ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, cit. p.280; JOSÉ MANUEL ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais*, cit., p. 115.

“No caso dos contratos em que as *cláusulas propostas* ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, *consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível*”.

O objectivo é óbvio: *oportunidade de o aderente tomar conhecimento de todas as cláusulas predispostas e impostas pelo proponente, num imperativo de contratação clara, transparente e reflectida, com as cláusulas especificamente acordadas a prevalecerem sobre aquelas mesmo que constantes de formulários assinados pelas partes (art. 7.º);* afinal, as cláusulas especificamente negociadas e acordadas traduzem melhor a vontade real das partes resultante de uma genuína autodeterminação ou autonomia contratual.

4.5. Exclusão de cláusulas opacas e subsistência do contrato singular

O efeito da adesão a cláusulas que o aderente, usando de comum diligência, não teve realmente oportunidade de conhecer de modo completo e efectivo antes da celebração do contrato é o de considerá-las excluídas do contrato individual (art. 8.º).

De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 9.º, em lugar das excluídas cláusulas opacas ou não transparentes aplicar-se-ão as normas legais supletivas, com recurso, se necessário, às (demais) regras da integração dos negócios jurídicos (art. 239.º do Código Civil).

Porém, o contrato será nulo se, apesar do recurso às normas supletivas, vontade hipotética das partes e boa fé, ocorrer uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (art. 9.º, n.º 2). Não se nos afigura de verificação plausível esta última hipótese, porque e na medida em que em última instância a integração do contrato se dá de acordo com os ditames da boa fé quando, em nome da justiça comutativa actual e não frustração do fim negocial, se justifique e imponha arredar a lei supletiva ou mesmo a vontade conjectural das partes.

Termos em que dificilmente se antolha a não conservação do contrato, caindo na sua nulidade, a qual seria via de regra gravemente prejudicial para o aderente.

5. Interpretação e integração das cláusulas contratuais

I – Como interpretar e integrar o contrato de adesão, olhando às cláusulas nele incluídas e que não hajam sido excluídas?

Estatui o art. 10.º:

“As cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios ju-

rídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam”.

A primeira parte do preceito limita-se a reenviar para as regras gerais da interpretação e da integração do negócio jurídico (art. 236.º e segs. do Código Civil). Vale, por conseguinte, a *teoria da impressão do destinatário razoável* (art. 236.º do Código Civil), em sede interpretativa.

Já a segunda parte do artigo tem alcance decisivo: *vale o sentido normal apurado no contexto do contrato singular em apreço*, e não o sentido das cláusulas em si e por si, desencarnadas (fora do *contexto* de cada um) dos contratos concretamente concluídos por adesão às mesmas. Trata-se, portanto, de uma *interpretação individual*, singular, *não aplicável no âmbito das acções inibitórias de tutela preventiva e abstracta*, destinadas a decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo e, sendo caso disso, proibir a sua utilização.

II – Em consonância, as cláusulas ambíguas valem segundo o sentido que lhes daria um aderente normal, colocado na posição do real aderente (art. 11.º, n.º 1). E em ordem a evitar maravilhosas ambiguidades de redacção, *em caso de dúvida prevalece o sentido mais favorável ao aderente: in dubio contra stipulatorem* (art. 11.º, n.º 2).

Naturalmente, a regra “*ambiguitas contra stipulatorem*” também não se aplica no âmbito das acções inibitórias (art. 11.º, n.º 3; art. 5.º da Directiva), tendo em conta a sua natureza de fiscalização geral e abstracta: decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, revestem ou não carácter abusivo e aplicar os meios adequados e eficazes para impedir a utilização daquelas que interpretadas em si mesmas seriam injustas e abusivas para o aderente de todo e qualquer contrato em que se incorporassem.

6. Controlo do conteúdo das cláusulas legitimadas pelo processo de inclusão nos contratos singulares

I – Observado o descrito processo formativo do contrato por adesão (a cláusulas gerais ou individuais não negociadas), fica assegurado o imperativo da transparência na indispensável aceitação da proposta para que se conclua um concreto negócio jurídico. Em razão do que as cláusulas assim subscritas integram o conteúdo do contrato celebrado através desta técnica negocial, legitimadas pelo processo de adesão nos termos *impostos ex lege* com vista à *possibilidade* do seu conhecimento efectivo e completo por um aderente que use de normal diligência (art. 5.º).

Na prática, porém, as mais das vezes a *possibilidade* não significa conhecimento real e efectivo: a *adesão formal* não assenta numa análise cuidada do conteúdo material das cláusulas ou condições negociais. Pelo que, *partindo do arquétipo de aderente passivo e acrítico na contratação estandardizada, a lei impõe ainda um segundo controlo: o controlo do conteúdo* das cláusulas que passaram – e passaram bem – no filtro da sua válida incorporação no regulamento contratual, legitimadas por um processo legal imperativo conducente à sua correspondente subscrição ou adesão.

II – Noutros termos: apesar de pelo processo terem sido legitimamente aceites e incorporadas no negócio jurídico celebrado, respeitando-se formalmente a liberdade de celebração e as regras formativas do contrato – a proposta e a correspectiva aceitação –, a lei quer ainda e sobretudo fazer incidir os seus holofotes sobre o conteúdo dessas cláusulas, impondo restrições e limitações à liberdade de estipulação, vertente da liberdade contratual mais impressivamente posta em causa pela técnica da contratação por adesão a condições unilateralmente predispostas e impostas pela contraparte que assim pode abusar da liberdade de organização racional e eficiente da alienação dos seus produtos e da prestação dos seus serviços em massa.

Neste segundo (lógico-cronológico) plano de protecção do aderente, a lei, por um lado, proíbe as cláusulas contrárias à boa fé (arts. 15.º e 16.º), e, por outro, consagra duas “*listas negras*” de cláusulas absolutamente proibidas (arts. 18.º e 21.º), sempre nulas sem mais consideração (art. 12.º), e duas “*listas cinzentas*” de cláusulas relativamente proibidas (arts. 19.º e 22.º), estas só indiciariamente ou presuntivamente nulas consoante o quadro negocial padronizado a valorar pelo julgador.

6.1. Princípio geral da boa fé

I – No plano da fiscalização directa do conteúdo das cláusulas incorporadas, pela sua aceitação, no contrato singular celebrado vale o *princípio geral da boa fé*, expressamente consagrado no art. 15.º:

“São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé”.

Logo, são proibidas – e portanto nulas (art. 12.º) – também as cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (art. 1.º, n.º 2).

II – Na aplicação da boa fé como critério e princípio geral de controlo do conteúdo das cláusulas (gerais ou individuais) predispostas e impostas unilateralmente pelo seu utilizador, manda a lei (art. 16.º) ponderar os “*valores fundamentais do direito*”, relevantes em face da situação considerada, e em

especial: “a confiança suscitada nas partes pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis” (art. 16.º, al. a)); “o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado” (art. 16.º, al. b))⁸.

Um desses valores fundamentais do direito é o da justiça contratual, o da justiça comutativa ou equilíbrio (equivalência) justo e razoável das prestações e das contraprestações emergentes do contrato, por maneira que “quem diz contratual, diz justo”. É em nome do princípio da justiça contratual que a boa fé aparece como critério de controlo directo do conteúdo das cláusulas unilateralmente predispostas e impostas pelo utilizador, a fim de evitar que, tendo em conta o fim contratual e a legítima confiança das partes, essas cláusulas sejam abusivas e draconianas, dando origem a um *desequilíbrio significativo, em detrimento do aderente, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato*⁹. Sem esse controlo directo do conteúdo das cláusulas incorporadas nos contratos por adesão, não se evitaria o risco de excesso de zelo dos interesses dos predisponentes com graves, desrazoáveis e injustificados inconvenientes para os aderentes. Por forma a evitar “quem diz contratual, diz injusto”, nesta técnica especial de contratação por adesão, são proibidas as cláusulas contrárias à boa fé. Nas palavras do art. 9.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor):

“Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo *desequilíbrio em detrimento do consumidor*”.

Vale dizer: são nulas as cláusulas que, contra as regras da boa fé, prejudiquem desproporcionadamente ou desrazoavelmente o aderente, de sorte que (só) se tenham como válidas as cláusulas que realizem de modo justo e adequado os interesses típicos prosseguidos pelas duas partes mediante o (*tipo de*) contrato utilizado.

8 Pelo art. 4.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE, o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objecto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearem a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa”. Nada que não esteja contemplado nos arts. 15.º e 16.º da lei portuguesa, na boa fé como critério geral de controlo e na sua precisão ou concretização através do princípio da confiança e do fim contratual.

9 Diz assim o n.º 1 do art. 3.º da Directiva 93/13/CEE:

“Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um *desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato*”.

Não surpreenderá, por isso, que a razoável e justa ponderação de interesses dos contraentes, coenvolvida na aplicação da boa fé como princípio geral do controlo directo do conteúdo das cláusulas, tenha como referência o critério de justiça enformador das normas legais supletivas – neste sentido, abertamente, as “*listas negras*” (arts. 18.º e 21.º) e as “*listas cinzentas*” (arts. 19.º e 22.º) – em ordem a apurar se a sua derrogação não prejudica significativamente (leia-se, de maneira desproporcionada, inadequada ou desrazoável) os interesses típicos dos aderentes e não favorece desmesurada, desnecessária ou injustificadamente os do utilizador.

III – No fundo, sempre o princípio da justiça comutativa, ancorado na ideia de equilíbrio e justa medida, a perpassar nos critérios de controlo do conteúdo das cláusulas que por adesão ingressam nos contratos concluídos:

São contrárias à boa fé e, portanto, proibidas (arts. 15.º e 16.º), as cláusulas que originem “*significativo desequilíbrio*” (art. 9.º, n.º 2, al. b), da Lei n.º 24/96 de Defesa do Consumidor; art. 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE), “*prejuízo inadequado*” ou “*desvantagem irrazoável*” (*unangemessene Benachteiligung* – §307 do BGB) para o aderente, em resultado do abuso da liberdade de fixação do conteúdo contratual predisposto e imposto unilateralmente pelo utilizador em injustificado e desproporcionado benefício próprio.

6.2. As “listas negras” de cláusulas absolutamente proibidas, sem possibilidade de valoração judicial

Em concretização da proibição das cláusulas contrárias à boa fé (arts. 15.º e 16.º) a lei elenca duas “*listas negras*” (arts. 18.º e 21.º), em que *se tipificam a título exemplificativo cláusulas absolutamente proibidas, com o juiz a ter de declarar sempre a sua nulidade sem possibilidade de valoração (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit* – §309 do BGB).

As cláusulas absolutamente proibidas e exemplificadas – atente-se no advérbio designadamente – nas alíneas do art. 18.º são de aplicação geral, tal como o princípio da boa fé (arts. 15.º e 16.º), porquanto valem não só nas relações entre empresários ou entidades equiparadas (art. 17.º) como ainda nas relações com os consumidores finais e, genericamente, em todas as relações não abrangidas pelo artigo 17.º, conforme estatui de modo claro e inequívoco o art. 20.º.

Já de aplicação restrita às relações com os consumidores finais – não valendo, por conseguinte, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas – são as normas que catalogam o “*numerus apertus*” das cláusulas absolutamente proibidas no art. 21.º. Naturalmente, através do princípio geral da boa fé não se afigura de todo impossível atingir nas relações entre empresários

o resultado de uma proibição especificada no art. 21.º, com a cláusula a merecer tratamento idêntico: proibição por contrariedade à *boa fê* (arts.15.º e 16.º), *rede de justiça última* que captura as cláusulas abusivas não previstas nas malhas de segurança das listas negras e da listas cinzentas catalogadas por lei.

6.2.1. Cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade; distinção das cláusulas delimitativas do risco segurado

I – Na nutrida lista de cláusulas absolutamente proibidas pelo art. 18.º, as primeiras quatro respeitam à exclusão ou limitação da responsabilidade civil.

Quanto às cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade civil extracontratual pelos danos pessoais (al. a)) ou pelos danos patrimoniais (al. b)), nenhuma dúvida séria acerca da sua proibição absoluta e correspondente nulidade, tanto na responsabilidade objectiva ou pelo risco, como na responsabilidade subjectiva, independentemente do grau de culpa ou de dolo.

No tocante às *cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade civil contratual* (als. c) e d)), *nenhuma dúvida consistente pode haver também quanto à sua proibição absoluta em caso de dolo ou culpa grave* – logo, é nula a cláusula que exclua ou limite, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade do devedor por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, ou pelos actos dos seus representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou culpa grave.

II – Do mesmo modo, *deve considerar-se absolutamente proibida a cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual do devedor* (pelo não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, ou pelos actos dos seus representantes ou auxiliares) *que não diga nada acerca da culpa ou do dolo*. Porquê?

Pela simples mas decisiva razão de que essa cláusula em si e por si, tão amplamente formulada, contém no seu seio também a eliminação ou limitação convencional da responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave – logo, sendo esta nula de plano, por força da lei, sem possibilidade de apreciação, não deve o juiz valorá-la *a posteriori* de acordo com a prova feita no caso concreto, para eventualmente concluir pela sua validade havendo mera culpa ou culpa leve do devedor, seus representantes ou auxiliares.

Enquanto tal, na virtualidade da abrangente formulação, uma cláusula do teor em apreço não pode deixar de ser em absoluto proibida, porque o seu conteúdo objectivo dentro do *contexto* de cada contrato singular em que pode incluir-se (art. 10.º), ou à luz do tipo de contrato utilizado (art. 16.º, al. b)), se subsume à al. c) ou d) do art. 18.º. Ao tribunal não resta, pois, outro *spatium deliberandi* senão o de declarar a nulidade de tal cláusula, com a consequência de, transitada

em julgado a sentença, não poder aquela ser incluída em contratos que o utilizador (demandante) venha a celebrar (art. 32.º, n.º 1) e de quem seja parte num contrato com o demandado poder invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração *incidental* de nulidade contida na decisão inibitória (art. 32.º, n.º 2).

Em conformidade – *et pour cause* – uma cláusula com conteúdo geral e abstracto como o referido pode ser proibida por decisão judicial proferida em acção inibitória, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares (art. 25.º), a confirmar que o controlo do conteúdo das cláusulas se faz em abstracto, *ex ante* e não *ex post*¹⁰.

III – Já uma *cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade civil contratual* (do devedor, seus representantes ou auxiliares) *em caso de culpa leve* exige análise mais pormenorizada.

À partida semelhante cláusula não cai na alçada das als. c) e d) do art. 18.º, não sendo, por conseguinte, nula de plano.

Logo, à luz da lei especial da contratação estandardizada, e não sendo essa cláusula das catalogadas nas proibições específicas, só se não passar no filtro da boa fé é que será nula. O que pode acontecer porque, por exemplo, o não cumprimento de deveres principais resultantes da natureza do contrato põe em perigo o fim contratual e a eliminação convencional da responsabilidade desfiguraria o sentido jurídico da obrigação, traduzindo-se num “significativo desequilíbrio” em detrimento do aderente (art. 9.º, n.º2, al. b) da Lei n.º 24/96; art. 3.º, n.º 2, da Directiva 93/13/CEE). Nas palavras impressivas do §307(2).2 do BGB:

“Uma desvantagem irrazoável é admitida, em caso de dúvida, quando uma cláusula limita de tal modo direitos ou deveres essenciais, decorrentes da natureza do contrato, que a realização do fim contratual é posta em perigo”¹¹12.

10 Cfr. JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, cit., p. 562 e segs.; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 263 e segs.

11 Veja-se o acórdão da Relação do Porto, de 21 de Outubro de 1993, in “BMJ” n.º 430, p. 510, que declarou nulas cláusulas de cartão de pagamento por serem contrárias à boa fé. Recurso directo à boa fé pode ver-se igualmente no acórdão do STJ de 4/11/2004 (Processo n.º04B062). Para a proibição das cláusulas de responsabilidade nas als. a) a d) do art. 18.º, vejam-se o acórdão do STJ de 6/5/93, in “BMJ” 427 (1993), p. 509, e o acórdão do STJ de 27/4/99, in “BMJ” n.º 486 (1999), p. 291. O acórdão do STJ de 19/9/06 (processo n.º06A2616) considerou nula, por violar a al. c) do art. 18.º, a cláusula geral, inserida em contrato de aluguer de longa duração (ALD), segundo a qual a imobilização da viatura locada por qualquer causa não dispensa o locatário do pagamento pontual dos alugueres nem vincula o locador a substituí-la – pense-se na imobilização devida a dolo ou culpa grave do locador.

12 Cfr. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 38 e segs., em que analisa factores justificativos da nulidade de cláusulas de exclusão da responsabilidade por culpa leve através do princípio geral da boa fé.

Não sendo proibida especificamente no círculo concêntrico das als. c) e d) do art. 18.º e se não ficar capturada na rede do círculo concêntrico externo da boa fé, a *cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual em caso de culpa leve* (quer do devedor, quer dos seus representantes ou auxiliares no cumprimento) *deverá considerar-se válida?*

A resposta à interrogação colocada não pode deixar de ter em atenção o direito comum, concretamente o art. 809.º do Código Civil. Tanto mais quanto dispõe como segue o art. 37^{o13}:

“Ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente que subscreva ou aceite propostas que contenham cláusulas não negociadas individualmente”.

Consequentemente, *tudo dependerá da interpretação do art. 809.º do Código Civil:*

- Se se entender que esse preceito proíbe *todas* as cláusulas de exoneração ou limitação da responsabilidade civil contratual¹⁴, a cláusula geral de exclusão ou limitação em caso de culpa leve será nula, *ex vi* do art. 809.º do Código Civil, expressamente ressalvado pelo art. 37º porque mais favorável ao aderente;
- Se se aceitar a *interpretação restritiva* do art. 809º do Código Civil, segundo a qual a proibição das cláusulas de irresponsabilidade não abrange a falta de cumprimento nem a mora devidas a culpa leve¹⁵, a isenção de responsabilidade por culpa leve em cláusula não negociada individualmente será válida.

Há muito tomamos posição na controvérsia, nos termos seguintes:

“Doravante, o debate não pode deixar de ter em conta o novo elemento trazido pelas soluções consagradas no Decreto-Lei n.º 446/85: *a proibição de cláusulas de exclusão ou limitação por incumprimento (lato sensu) apenas*

13 No mesmo sentido, o carácter mínimo da Directiva 93/13/CEE, cujo art.8.º reza assim: “Os Estados-membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor”.

14 Neste sentido, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II vol, 4.ª ed, 1997, anotação ao art. 809.º; ANTUNES VARELA, Anotação ao acórdão do STJ de 7 de Novembro de 1985, in “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, ano 124, p. 63 e 86 e segs.; PESSOA JORGE, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, in “BMJ”, n.º 281, p. 5 e segs.; ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, 1985, p. 615 e segs.

15 ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, p. 159 e segs.; Idem, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990, p. 235 e segs.

em caso de dolo ou culpa grave (als. c) e d) do art. 18.º) – fora os casos excepcionais em que, vistas as circunstâncias concretas, por aplicação do princípio geral da boa fé, nos termos dos arts. 16.º e 17.º (hoje arts. 15.º e 16.º) do mesmo Decreto-Lei, a cláusula de exoneração de responsabilidade por culpa leve possa ser proibida – é aplicável, por maioria de razão, nos contratos negociados”¹⁶.

O argumento a fortiori reside nisto: se na contratação por adesão, em que a liberdade de contratar consiste em “pegar ou largar” e o conteúdo negocial é proposto e imposto unilateralmente, a lei para prevenir abusos mediante a utilização de cláusulas gerais apenas proíbe as que excluam ou limitem a responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave, por maioria de razão se deve ter essa regra como a mais adequada nos contratos individualmente negociados por contraentes supostamente livres e iguais.

Destarte, as c) e d) do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 446/85 não podem deixar de lançar luz sobre a interpretação do art. 809.º do Código Civil, integrando-se nele, sob pena de termos uma incoerência grave dentro do sistema jurídico português.

IV – Na sequência do art. 3.º, n.º 3, da Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais, o *Decreto-Lei n.º 32/2003*, de 17 de Fevereiro, que a transpõe para o direito interno, *considera nulas as cláusulas contratuais que, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas, excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade pela mora* (art. 5.º, n.º 1, al. b)).

E se revestirem a natureza de cláusulas gerais, poderão as mesmas ser objecto de acção inibitória prevista no Decreto-Lei n.º 446/85 (art. 5.º, n.º 5), mesmo no caso em que o devedor predisponente seja o Estado e ao qual não se aplicaria o regime das cláusulas contratuais gerais por força das als. a) e c) do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

V – Por fim, *não devem confundir-se cláusulas limitativas de responsabilidade com cláusulas delimitativas de risco segurado.*

Nos contratos de seguro, *as cláusulas que definem ou delimitam o risco coberto referem-se ao objecto do contrato, individualizando a prestação devida pela seguradora.*

16 JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, p. 208, nota 3; já antes, no nosso *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, p.262: “Esta solução dispensar-nos-ia de aplicar à cláusula penal de montante exíguo o regime das cláusulas limitativas de responsabilidade — válidas apenas no caso de culpa leve e não já nos de dolo ou culpa grave...”.

Delimitação do risco assumido pela seguradora que frequentemente vem feita de *modo positivo*, indicando os eventos cuja ocorrência desencadeia a prestação devida pela seguradora, e de *modo negativo*, especificando as circunstâncias excludentes do risco segurado. Ora uma coisa é a prestação a que a seguradora se obriga perante o segurado – assunção de certo e determinado risco, verificado o sinistro convencionado e tido em conta no cálculo do prêmio a pagar pelo tomador do seguro –, outra coisa, bem diferente, é a responsabilidade pelo incumprimento das obrigações contratuais, a traduzir-se no dever de indemnizar o dano causado à contraparte.

Por conseguinte, mesmo que (impropriamente) chamada cláusula de responsabilidade, esta *será cláusula delimitativa do risco* se o seu escopo precípua for o de circunscrever o risco objecto da cobertura do seguro, definindo a extensão da prestação *in obligatione* – se não há obrigação, não pode haver responsabilidade por incumprimento de obrigação... inexistente. E só deverá qualificar-se como cláusula de responsabilidade aquela que limite (ou exclua) as consequências do dolo ou culpa no incumprimento das obrigações devidas *ex contractu*¹⁷.

Na certeza de que *as condições especiais ou particulares das apólices dos contratos de seguro não podem modificar a natureza dos riscos cobertos nos termos das condições gerais e ou especiais a que se aplicam*, tendo em conta o tipo de contrato celebrado segundo a classificação de riscos por ramos de seguros e operações legalmente estabelecida (art.45º do Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de Abril).

Explicando mais e melhor: as cláusulas delimitativas do risco segurado não podem, sob pena de nulidade, comprimir ou restringir tão excessivamente os deveres essenciais da seguradora, decorrentes da natureza do seguro em vista (arts. 123.º e 124.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril), que a realização do fim contratual visado seja posta em causa ou que o contrato fique sem objecto... identificado nas típicas prestações recíprocas das partes, bilhete de identidade do seguro (de roubo, de vida, etc) querido e supostamente ou razoavelmente esperado pelo tomador do *tipo* de contrato utilizado (arts. 15.º e 16.º, al. b)).

6.2.2. Outras cláusulas

I – Seguem-se outras cláusulas absolutamente proibidas, com o legislador a não tolerar a derrogação do direito comum pelo proponente em detrimento

17 Cfr. DEL CONTE, *Forza e debolezza delle clausole delimitative del rischio*, in “Diritto e pratica nell’assicurazione”, 1980, I, p. 210; ANTINOZZI, *Clausola limitatrice della responsabilità e del rischio assicurato*, in “Diritto e pratica nell’assicurazione”, 1976, II, p. 199; acórdão do STJ de 14/4/2000, in CJ(STJ) 2000, t. I, p. 153; acórdão do STJ de 6/5/1998, in CJ (STJ) 1998, t. II, p. 78.

do aderente. Trata-se, no fundo, de proibições absolutas, *precisas e seguras*, para cortar cerce o abuso de quem predispõe e impõe unilateralmente conhecidas (na *praxis* contratual) cláusulas injustas para o aderente, porque se afastam injustificadamente da lei e sem sentido de equilíbrio dos interesses das partes em benefício excessivo e desrazoável do utilizador.

II – Assim, *independentemente de a relação jurídica ser entre profissionais ou de profissionais com consumidores, são nulas por força da lei (art. 12.º), sem possibilidade de valoração judicial, as cláusulas que:*

- Confirmam ao predisponente a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato (art. 18.º, al. e); al. m) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE), valendo, por conseguinte, os arts. 236.º e segs. do Código Civil, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º);
- Excluem a excepção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento (art. 18.º, al. f); al. o) do n.º 1 da Directiva 93/13/CEE), mantendo-se, pois, os arts. 428.º e segs., no primeiro caso, e os arts. 793.º, 801.º, 802.º e 432.º e segs., no segundo, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º);
- Excluem ou limitem o direito de retenção (art. 18.º, al. g), mantendo-se, portanto, os arts. 754.º e segs. do Código Civil, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º)¹⁸;
- Excluem a faculdade de compensação, quando admitida na lei (art. 18.º, al. h); al. b) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE), valendo, por isso, os arts. 847.º e segs. do Código Civil, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º);
- Limitem, a qualquer título, a faculdade de consignação em depósito, nos casos e condições legalmente previstos (art. 18.º, al. i)), mantendo-se, por conseguinte, os arts. 841.º e segs. do Código Civil, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º);
- Estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa apenas da vontade de quem as disponha (art. 18.º, al. j)), o que corresponde a um valor fundamental do direito, a liberdade das pessoas;
- Consagrem, a favor do predisponente, a possibilidade de cessão da posição contratual, da transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial (art. 18.º, al. l); al. p) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE), mantendo-

18 Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/01/2010 (processo nº3062/05. OTMSNT.LI.S1): considera nula, por excluir um eventual direito de retenção, a cláusula que autoriza o locador a retirar a viatura ao locatário sempre que a sua restituição se não efective voluntariamente (...).

se, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º), os regimes dos arts. 424.º e segs., 595.º e segs. do Código Civil, em ordem a evitar uma possível diminuição da garantia patrimonial para o aderente¹⁹.

III – São ainda absolutamente nulas, por força da lei, mas apenas nas relações com consumidores finais, por um lado, as cláusulas previstas nas als. a) a d) do art. 21.º, em ordem a proteger a confiança do aderente na entrega do bem pretendido, e, por outro lado, as cláusulas previstas nas als. e) a h) do mesmo art. 21.º, com vista a evitar a derrogação do regime comum em prejuízo do consumidor, suposta parte débil carecida de protecção adequada perante o profissional.

Nas primeiras, salienta-se a al. d): proibição absoluta de cláusulas que excluam os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas, de modo a salvaguardar ao consumidor os direitos primários à reparação ou substituição da coisa e à redução do preço ou resolução do contrato – direitos estes irrenunciáveis *ex ante* já por força do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 1999/44/CEE²⁰.

No segundo grupo, pela sua frequência prática, põe-se em relevo a proibição absoluta de cláusulas que:

- *Alterem as regras respeitantes à distribuição do risco* (al. f)), chamada a intervir na utilização fraudulenta de cartões de pagamento extraviados ou furtados²¹, a fim de manter as regras de direito comum, nomeadamente os arts. 796.º e 1044.º do Código Civil, se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º); deve ter-se presente, todavia, que no *leasing* o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário se não houver estipulação em contrário (art. 15.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho), que assim se afasta do regime do art. 1044.º do Código Civil;

19 O acórdão do STJ de 6/5/93 (BMJ n.º427, p. 509) declarou a nulidade da cláusula segundo a qual o fornecimento de gás poderia ser feito directamente pela empresa fornecedora ou por pessoa ou entidade a designar por esta, com o fundamento de permitir a cessão da posição contratual ou de subcontratação proibida em absoluto pela al. l) do art. 18.º.

20 Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, 4ª ed., Coimbra, 2010; *Idem*, *Compra e venda de coisas defeituosas*, 5ª ed., Coimbra, 2008, especial Parte II (Lei n.º24/96 de Defesa do Consumidor e Directiva 1999/44/CE).

21 Cfr., por exemplo, o acórdão do STJ de 16/3/2004 (CJ/STJ, 2004, t. I, p. 129 e 130). O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/1/2010 (processo n.º 3062/05.OTMSNT.L1.S1) considera nula, por violação do art. 21º, al.f), a cláusula segundo a qual “em ALD o locatário é, em qualquer caso, sempre responsável por qualquer prejuízo que o veículo sofra e/ou seja responsável (...) mesmo que havido como de força maior”.

- *Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos* (al. g); al. q) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE), também muito convocada pela jurisprudência²², valendo, por conseguinte, as regras gerais (arts. 341.º e segs. do Código Civil), se for esse o caso (arts. 13.º e 14.º);
- *Excluem ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei* (al. h); al) q) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE).

6.3. As “listas cinzentas” de cláusulas relativamente proibidas, com possibilidade de valoração judicial

I – As duas “listas cinzentas” de cláusulas relativamente proibidas estão catalogadas nos arts. 19.º e 21.º: *as primeiras, as do art. 19.º, de aplicação geral, já que destinadas a tutelar qualquer pessoa* (profissional ou consumi-

22 Ac. do STJ de 16/3/2004 (CJ/STJ, 2004, I, p. 128) julga nula, por violação da al. g) do art. 18.º, a cláusula segundo a qual, nas operações de depósito nas caixas automáticas do Banco, em caso de divergência entre o montante indicado pelo titular e o apurado pelo banco prevalece este último, bem como julgou nula uma outra segundo a qual, em caso de diferendo entre as partes, o ónus da prova cabia ao titular do cartão; também o acórdão do STJ de 3/12/98 (CJ/STJ, 1998, t. III, p. 140, julgou: nula, por violação da al. g) do art. 21.º, a cláusula segundo qual, no depósito de valores em máquina da rede Multibanco, em caso de divergência entre os valores encontrados e declarados prevaleciam aqueles; nula a cláusula que presumia a recepção das suas comunicações aos clientes, por assim alterar as regras da prova e violar a mesma al. g) do art. 21.º; nula outra cláusula que, em caso de retenção do cartão por um terminal, presumia a culpa do seu titular e assim alterava o ónus da prova com violação da al. g) do art. 21.º.

O acórdão do STJ de 20/6/95 (CJ/Ac. STJ, 1995, t. II, p. 136) julgou nula, por força da al. g) do art. 21.º, a cláusula de um cartão multibanco segundo a qual o registo informático das operações realizadas constitui prova bastante das ordens de transferência dadas e dos levantamentos efectuados através do cartão.

Veja-se também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009 (processo nº 29368/03. STJLSB.S1): “Com a cláusula em que o cliente se reconhece devedor ao Banco dos valores registados electronicamente está o banco a criar, nas transacções efectuadas em ambiente aberto, uma presunção de dívida relativamente aos valores registados electronicamente.

De acordo com esta presunção imposta ao titular do cartão, decorre que, mesmo no caso da dívida real ser inferior à constante dos registos electrónicos, se não conseguir fazer essa prova se tem como assente que deve as quantias assinaladas electronicamente. Ao estabelecer-se uma presunção de dívida do titular do cartão nos termos apontados e ao conceder-se um valor absoluto ao registo electrónico, está-se a alterar os critérios de repartição do ónus da prova e a subtrair ao juiz a livre apreciação de um documento particular, o que a torna absolutamente proibida”.

Já o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/3/2010 (processo nº 29371/03.STJLSB.S1) considera válida, por não violar o art. 21.º, al. g), a cláusula seguinte: “(...) em caso de roubo ou perda, o titular do cartão ficará isento de quaisquer responsabilidades relacionadas com a utilização do cartão, salvo quando se demonstre que agiu de má fé ou negligência grave, pressupondo-se existir a referida negligência caso tal utilização tenha sido feita com recurso ao PIN do cartão”.

dor) que conclua um contrato regulado por condições gerais unilateralmente predispostas e impostas pela contraparte; *as segundas, as do art. 21.º, de aplicação restrita, porque destinadas a proteger apenas o aderente-consumidor, pessoa física que contrata fora do âmbito da sua actividade profissional, para fins pessoais, familiares ou domésticos.*

Através destas “listas cinzentas” procura o legislador concretizar ou positivar ainda a boa fé como critério geral de controlo do conteúdo das cláusulas válida e eficazmente aceites e incluídas nos contratos celebrados por adesão, em ordem a proibir aquelas que “no quadro negocial padronizado” (proémio dos arts. 19.º e 21.º) resultem injustas e abusivas por originarem um injustificado desequilíbrio significativo (arts. 9.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 24/96; art. 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CE) a cargo do aderente típico, quando comparado com a équa composição de interesses inerente às normas jurídicas derogadas ou integradas.

II – Diferentemente das “listas negras”, directa e automaticamente nulas *ope legis*, as “listas cinzentas” são cláusulas apenas *relativamente* proibidas, consoante o “quadro negocial padronizado”. Logo, estas são *cláusulas proibidas com possibilidade de valoração judicial (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit — §308 do BGB), decorrente da indispensável apreciação-concretização dos conceitos indeterminados utilizados pelo legislador (arts. 19.º e 22.º): “prazos excessivos”, “cláusulas penais desproporcionadas”, “pré-aviso razoável”, “prazos manifestamente curtos”, “injustificadamente”, “razão atendível”, “graves inconvenientes”, etc., etc.*

Por conseguinte, as cláusulas relativamente proibidas catalogadas nos artigos em apreço não são nulas sem mais, de plano: passam pelo crivo do julgador, a quem o legislador confia como sua *longa manus* a valoração das mesmas a partir dos conceitos indeterminados que lhe adianta como bússola ou critério de orientação na floresta contratual. Floresta contratual que a lei refere como “*o quadro negocial padronizado*”, em conformidade com a natureza estandardizada da contratação de massas racionalmente pensada pelo predisponente de cláusulas por si redigidas e impostas aos *clientes-aderentes típicos que tem no horizonte para os seus produtos e serviços.*

É esse cliente-padrão ou cliente-tipo de uma contratação “benettonizada”, praticada por um Banco, uma Seguradora ou outra entidade – e não o cliente concreto de cada contrato concluído pela técnica de adesão às cláusulas não negociadas individualmente – que a lei impõe ao tribunal como paradigma da valoração objectiva e abstracta das cláusulas em apreço, a fim de apurar se as inseridas nas condições gerais predispostas pelo utilizador se reconduzem a qualquer das previstas nas “listas cinzentas”, porque e na medida em que determinem “desvantagem irrazoável” ou “significativo desequilíbrio” entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do conteúdo típico e uniformizado

do contrato padronizado, em detrimento dos clientes normais – os clientes-aderentes em geral do *tipo* de contrato ou “contrato-quadro” em causa (“quadro negocial padronizado”) e não o cliente-aderente de um contrato singular na sua fisionomia concreta e individualizada.

Assim, *porque o “cinzento” resulta da mistura de branco e preto, o julgador concluirá pela validade (“fumo branco”) de cláusulas que sejam mais brancas do que pretas e pela nulidade (“fumo negro”) daquelas que sejam mais pretas do que brancas*: aquelas traduzir-se-ão numa razoável e equilibrada ponderação de interesses; estas determinarão uma “desvantagem irrazoável” ou “significativo desequilíbrio” para o aderente normal e aderente-tipo da contratação padronizada em causa.

Naturalmente, se, na ponderação objectiva e abstracta dos interesses típicos da potencial clientela da contratação estandardizada, o juiz dá como verificado e preenchido o conceito indeterminado da previsão legal, confirmando esta espécie de “valor indiciário” ou “valor presuntivo” do carácter abusivo das cláusulas integrantes das listas cinzentas – repare-se na redacção dos proémios dos arts.19.º e 21.º (*são proibidas ...*) e nas suas epígrafes (“*cláusulas relativamente proibidas*”)–, o mesmo juiz deverá declarar a nulidade da cláusula ou cláusulas em questão.

6.3.1. A cláusula penal e outras cláusulas exemplificadas

I – A título de exemplo, *integram a “lista cinzenta” do art. 19.º, de aplicação geral, também nas relações com os consumidores finais ex vi do art. 20.º, as cláusulas que:*

- “a) Estabeleçam, a favor do predisponente, *prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas*”, tendo por termo de comparação os arts. 228.º e 230.º do Código Civil;
- “b) Estabeleçam, a favor do predisponente, *prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas*”, por forma a evitar longos atrasos daquele no cumprimento das suas obrigações sem incorrer em *mora debendi* e suportar as suas consequências (art.804.º e segs. do Código Civil), pondo injustificadamente em causa o equilíbrio contratual – nas transacções comerciais, *também são nulas as cláusulas contratuais gerais que, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas, estabeleçam prazos excessivos para o pagamento pelo Estado-predisponente (art. 5.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro), em derrogação das als. a) e c) do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85;*
- “c) Consagrem *cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*”: ao considerar proibida (e nula) a cláusula que imponha ao aderente-inadimplente

das suas obrigações uma indemnização de montante *desproporcionalmente elevado* (cfr. al. e) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE), a lei dos contratos de adesão afasta-se do regime comum, o qual só permite a redução equitativa da cláusula penal *manifestamente* excessiva (art. 812.º do Código Civil) – logo, se são nulas (e não meramente redutíveis) as cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir, por *maioria de razão devem considerar-se sempre nulas as cláusulas penais meramente coercitivas, sem escopo indemnizatório*²³; *naturaliter*, nas primeiras só há nulidade da cláusula penal se forem alegados e provados pelo aderente factos que evidenciem a sua *desproporção* relativamente aos danos²⁴, vale dizer, a sua *excessividade significativa* (ainda que não *manifesta* ou *exorbitante*) relativamente ao

23 Neste sentido, *acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de Fevereiro de 1994, in CJ 1994*, t. I, p. 119: “*Pode dizer-se (...) que se trata de uma cláusula contratual geral, para os fins do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, sendo a sua finalidade meramente coercitiva, o que acarreta a sua nulidade, nos termos dos arts. 12.º e 19.º, al. c) do mesmo diploma legal, uma vez que o direito da autora a ser ressarcida pelos danos derivados do incumprimento do contrato por bandada locatária já se encontra suficientemente acautelado nas restantes cláusulas do contrato*”; *acórdão da Relação de Lisboa, de 19 de Maio de 1992*: não visando a cláusula um encargo indemnizatório, “a sua função é meramente coercitiva e, daí, que se deva considerá-la como ferida de nulidade, nos termos das disposições combinadas dos arts. 12.º e 19.º, al. c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (CJ 1992, p. 180); *acórdão da Relação de Lisboa, de 15 de Janeiro de 1999*: “(...) elegendo a lei como critério para a determinação do montante da pena a sua desproporção em face dos danos a ressarcir o que tem como subjacente a noção de que se pretende medir pelo valor do dano o montante da pena, *então perante isto e tendo em conta as demais premissas postas, teremos de concluir que a cláusula em apreço tem aqui uma função coercitiva e não indemnizatória, que é, obviamente, a pensada na al. c) do art. 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, sendo, portanto, proibida, de acordo com as disposições combinadas do artigo enfocado e do preceituado no art. 25.º do mesmo diploma*” (Colectânea de Jurisprudência 1999, I, p. 104).

Amplius, para a nulidade da cláusula penal meramente coercitiva, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 4.ª ed., Coimbra, 2002, p. 259, nota 471; Idem, Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 47 (1987); em sentido diferente, admitindo a validade da cláusula penal meramente compulsória, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Cláusula penal e indemnização, Coimbra, 1990, p. 474 e segs., 604 e segs.

24 Cfr. *acórdão do STJ de 27/04/95, in “CJ 1995”, t. II, p. 120. O acórdão do STJ de 11/10/05 (processo n.º 04B1685) considerou nula, por consubstanciar uma cláusula penal desproporcionada na aceção da alínea c) do artigo 19.º do citado diploma, a cláusula contratual geral incluída nas mesmas apólices do seguinte teor: “quando a redução ou resolução se operar por iniciativa do tomador do seguro, a seguradora poderá reter, para fazer face aos custos fixos, 50% do prémio correspondente ao tempo não decorrido, excepto se a resolução derivar da não aceitação das condições exigidas pela seguradora, face ao agravamento do risco, caso em que o tomador de seguro será reembolsado da totalidade do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.*

Com efeito, a retenção de 50% do prémio apresenta-se na situação hipotizada manifestamente excessiva para fazer face a custos fixos da apólice, quando estes representam segundo a experiência comum uma pequena percentagem do prémio total, cuja parte mais substancial se destina à cobertura do risco de sinistro”.

No mesmo sentido, *acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/1/2010 (processo nº 3062/05. OTMSNT.LI.S1)*: “nula, por violação do art. 19º, al. c), a cláusula de indemnização do locador (em ALD) (...) nunca inferior a 50% do total do valor dos alugueres...”.

- dano real, não podendo, pois, considerar-se proibida toda e qualquer cláusula penal (só porque de valor) superior ao dano, ainda que ligeiramente, em nome da dupla função que a caracteriza – a função coercitiva e a função indemnizatória;
- “d) Imponham *ficções* de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes”: a mostrar como só a *concludência* de determinados comportamentos, factos ou actos, pode prescindir das normais declarações de vontade;
- “e) Façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, injustificadamente, do não recurso a terceiros”: pense-se na garantia e serviços de assistência pós-venda, com o fornecedor dos bens a impor as revisões e reparações aos seus representantes ou agentes autorizados como condição ou pressuposto da mesma, a evidenciar o apuramento da existência de razões técnicas ou de outra natureza justificativas da proibição das operações de manutenção ou reparação por terceiros;
- “f) Coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de *denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente*, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis”: poder pôr termo unilateralmente e sem razão justificada (denúncia) a contrato duradouro de prazo indeterminado significará as mais das vezes prejuízo significativo para a outra parte que realizou gastos e investimentos não raramente vultosos na expectativa de ter tempo para os amortizar e rendibilizar – daí a necessidade de compensação adequada, sob pena de nulidade da cláusula de denúncia sem pré-aviso ou com pré-aviso insuficiente;
- “g) *Estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes*, sem que os interesses da outra o justifiquem”: *trata-se de doutrina semelhante ao direito comum dos pactos de jurisdição* (arts. 99.º e 100.º do Código de Processo Civil), *aplicável à justiça arbitral*, em que a eleição do foro só é válida quando se verificarem cumulativamente certos requisitos, designadamente a de “ser justificada por um interesse sério de ambas as partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra” (art. 99.º, n.º3, al. c), do Código de Processo Civil), com a sua infracção a determinar a incompetência relativa do tribunal (art. 108.º do Código de Processo Civil)²⁵;

25 Cfr. acórdão do STJ, de 16 de Março de 2004 (“CJ/STJ de 2004, t. I, p. 127 e segs.), que julgou nula, por violação do disposto na al. g) do art. 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, a seguinte cláusula geral contida num cartão de pagamento: “para dirimir qualquer litígio emergente da relação entre o banco e os clientes, fica estipulado o foro da comarca de Lisboa ou Porto, à

- “h) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas”: em regra, os contratos só podem modificar-se por mútuo consentimento dos contraentes (art. 406.º, n.º1, do Código Civil); em nome da justiça comutativa ou equivalência das prestações, as cláusulas gerais que prevejam modificações unilaterais das prestações sem compensação das correspondentes alterações de valor devem ser declaradas nulas;
- “i) Limitem, sem justificação, a faculdade de interpelar”: necessária para a constituição em mora *ex persona* (art. 805.º, n.º1, do Código Civil), a intimação do devedor ao cumprimento só por razões justificadas pode ser limitada, sob pena de se traduzir em exclusão ou limitação de responsabilidade contratual.

II – *Nas relações com os consumidores finais, a mais das cláusulas relativamente proibidas acabadas de analisar (art.19.º), são ainda aplicáveis as proibições constantes da lista cinzenta do art. 22.º, quanto a cláusulas gerais que:*

- “a) Prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia”, com alargamento para além da duração normal do contrato;
- “b) Permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificado, fundado na lei ou em convenção”, com encurtamento injustificado da duração natural do contrato para a realização do seu fim²⁶¹²⁴; na mesma linha, é abusiva a cláusula que tem como objectivo ou efeito “autorizar o profissional a pôr

escolha do A., com renúncia expressa a qualquer outro”; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Justiça de 20/1/2010 (Processo nº3062/05.OTMSNT.L1.S1): “nula, por violar o art.19º, al. g), a cláusula segundo a qual nos litígios emergentes do contrato serão dirimidos no Tribunal da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a qualquer outro”

26 O acórdão do STJ de 13/01/2004 (Processo n.º 04B196) considera nulas, por violação do art. 22.º, n.º 1, al. b), as cláusulas insertas em contrato de seguro que permitam à seguradora a resolução *ad nutum* do contrato; também o acórdão do STJ de 11/10/05 (processo n.º 04B1685) considera nula, por violação do art. 22.º, n.º 1, al. b), uma cláusula da apólice de seguro que permite ao predisponente resolver o contrato mediante aviso registado com antecedência mínima de 30 dias, na medida em que a resolução podia ocorrer independentemente de qualquer violação do contrato pelo segurado; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/10 (processo nº133/2002.L1.S1): “nula a cláusula inserida em apólice de seguro que prevê a resolução do contrato, a todo o tempo, independentemente da invocação de qualquer violação contratual ou motivo justificativo em concreto — resolução sem motivo justificado”.

O acórdão do STJ de 3/12/98 (CJ/STJ, 1998, t. III, p. 140) declarou nula (por violação da al. b) do n.º 1 do art. 22.º e da al. c) do art. 18.º) a cláusula que possibilitava ao Banco, a seu critério e sem necessidade de justificação ou pré-aviso, retirar o cartão de crédito aos clientes e sem qualquer indemnização (no mesmo sentido, cfr. ac. do STJ de 16/03/2000); o mesmo acórdão de 3/12/98 já declarou válido o cancelamento do cartão em caso de abusiva, indevida ou irregular utilização do mesmo.

- termo a um contrato de duração indeterminado sem pré-aviso razoável, excepto por motivo grave” (al. g) do n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE;
- “c) Atribuem a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado”: “autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo” (al. j) do/ n.º 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE) é violar a regra da alteração do contrato apenas por mútuo consentimento (art. 406.º do Código Civil), salvo se se tratar de contrato de duração indeterminada, desde que se preveja o dever de informar o consumidor com pré-aviso razoável e este tenha a faculdade de resolver o contrato (art. 22.º, n.º2, al. b); al. b), 2.ª parte, do n.º 2 do Anexo à Directiva 93/13/CEE);
- “d) Estipulem a fixação do preço dos bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às negociações”, leia-se, à data da celebração do contrato, nos termos da al. l) do n.º1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE: pense-se na compra e venda de um automóvel e na fixação do preço na data da entrega;
- “e) Permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o art. 437.º do Código Civil”: a mais da aplicação do regime da alteração das circunstâncias (art. 437.º do Código Civil), os aumentos de preços de prestações sucessivas em prazos manifestamente curtos ou os aumentos exagerados de preços são proibidos²⁷;
- “f) Impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem”, em estreita ligação com o disposto na alínea anterior;
- “g) Afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para o exercício de direitos emergentes dos vícios da prestação”: o afastamento injustificado das regras do cumprimento defeituoso e dos prazos para o exercício dos direitos à reparação ou substituição da coisa, à redução do preço ou à resolução do contrato é proibido (cfr. o sobredito acerca da al. d) do art. 21.º);
- “h) Imponham a renovação automática de contratos através do silêncio da contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de von-

²⁷ O acórdão do STJ de 6/5/93, *in* BMJ n.º 427 (1993), p. 509, julgou nula, por violação da al. e) do art. 22.º, a cláusula do contrato que permitia à empresa fornecedora de gás alterar os preços de aluguer do contador em qualquer momento.

tade contrária a essa renovação se encontre excessivamente distante do termo do contrato”: aos olhos da lei, *só já mais perto do termo final do contrato é que o consumidor toma consciência plena da vantagem ou inconveniente de renovar o contrato;*

- “i) Confirmam a uma das partes o direito de pôr termo a um contrato de duração indeterminada, sem pré-aviso razoável, excepto nos casos em que estejam presentes razões sérias capazes de justificar semelhante atitude”, em consonância com a regra geral da proibição de denúncia *ad nutum* sem pré-aviso adequado (cfr. al. b) do n.º 1 do art. em análise);
- “j) Impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros”, em sintonia com o sobredito na análise do art. 19.º, al. e);
- “l) Imponham antecipações de cumprimento exageradas”: o exagero da antecipação do cumprimento, tendo por referência a regra da simultaneidade da prestação e da contraprestação, cai na alçada da proibição em apreço;
- “m) Estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar”: a *sobregarantia* (sobrecobertura das garantias especiais das obrigações) *vai contra a regra geral da proporcionalidade, adequação e necessidade da mesma, aflorada em artigos vários do Código Civil* – por exemplo, art. 625.º, n.º 2”: “a garantia limita-se aos bens suficientes para assegurar o direito do credor”; art. 631.º, n.º 2, arts. 697.º e 720.º – e do Código de Processo Civil (v.g. arts. 861.º–A, n.º 3, e 981.º);
- “n) Fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes”, em violação do princípio da boa fé na execução dos contratos (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil);
- “o) Exijam, para a prática de actos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais”, em violação dos ditames da boa fé na execução do contrato (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil).

Perpassa nas cláusulas relativamente proibidas o propósito de assegurar que o consumidor possa efectivamente receber o bem ou serviço contratado, não tendo que cingir-se à indemnização, em aplicação do princípio geral e natural do cumprimento.

6.3.2. Cláusulas financeiras

Especificamente para o sector financeiro, não são proibidas (pela al. c) do n.º 1 do art. 22.º) as cláusulas que concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer

outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento nessa alteração (n.º 2, al. a), do art. 22.º), assim se transpondo para o direito interno a 1.ª parte da al. b) do n.º 2 do anexo à Directiva 93/13/CEE.

Do mesmo modo, *as sobrevistas proibições constantes das alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 22.º também não se aplicam, quer às transacções de valores mobiliários e produtos ou serviços cujo preço dependa da flutuação de taxas formadas no mercado financeiro (art. 22.º, n.º 3, al. a)), quer aos contratos de compra e venda de divisas, de cheques de viagem ou de valores postais internacionais expressos em divisas (art. 22.º, n.º 3, al. b)), em transposição da al. c) do n.º 2 do Anexo à Directiva 93/13/CEE.*

Ainda o disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 22.º não prejudica as cláusulas de indexação de preços, desde que as mesmas sejam compatíveis com o tipo contratual em que se inserem e o mecanismo ou processo de variação do preço nelas esteja explicitamente descrito (art. 22.º, n.º 4), em transposição da al. d) do n.º 2 do Anexo à Directiva 93/13/CEE.

Compreende-se a validade das assinaladas cláusulas bancárias e financeiras, com *aplicação recíproca às duas partes da actualização de preços para mais ou para menos, porque preços não controláveis pela instituição financeira, a qual não pode assim proceder a elevações despropositadas, injustificadas e a seu livre arbítrio ou prepotência.*

7. Redução do contrato parcialmente nulo

De acordo com o art. 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE, *“Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.*

Trata-se de um apelo claro à *redução* do negócio jurídico, em concretização do princípio *utile per inutile non vitiatur*: podendo subsistir sem as cláusulas abusivas, em termos de razoável e justa equivalência prestacional, o contrato deve continuar.

Resultado que a lei portuguesa procura alcançar, reconhecendo *ao aderente a opção entre a manutenção do contrato, devidamente integrada a lacuna aberta pela nulidade da cláusula abusiva (art. 13.º), e o regime geral da redução do negócio jurídico previsto no art. 292.º do Código Civil (art. 14.º).*

Deste modo, o aderente pode evitar a prova de que o predisponente não teria firmado o contrato sem as cláusulas abusivas, ilidindo a presunção de redução consagrada no art. 292.º do Código Civil.

Sublinhe-se: a opção do aderente é entre a subsistência do contrato integrado nos termos do art. 239.º do Código Civil e o regime geral da redução do negócio jurídico previsto no art. 292.º do Código Civil; o aderente não tem, pois, a liberdade de escolha entre a manutenção ou a não manutenção do contrato: “se a faculdade prevista no número anterior não for exercida (...) vigora o regime da redução dos negócios jurídicos” (art. 14.º).

Por fim, como a opção pela subsistência do contrato implica a integração da lacuna pela norma supletiva aplicável e, se necessário, de acordo com a vontade hipotética ou conjectural das partes ou de acordo com os ditames da boa fé quando outra seja a solução por eles imposta (art. 13.º, n.º 2; art. 239.º do Código Civil), *dificilmente se concebe que o exercício dessa faculdade conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé (supra, n.º 50.5).*

Como poderá a manutenção do contrato traduzir-se num grave prejuízo para o predisponente, se em última análise e sempre que necessário a sua integração é feita de acordo com a boa fé, derogando a solução decorrente da norma supletiva ou da vontade conjectural das partes, justamente em nome da justiça comutativa actual, vale dizer, em nome do equilíbrio de prestações e da não frustração do fim contratual?

8. Acção inibitória

As nulidades das cláusulas abusivas são invocáveis nos termos gerais (art. 24.º), ou seja, nos termos dos arts. 285.º e segs. do Código Civil. Como tal, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do Código Civil). Termos em que, muito naturalmente, *o aderente de um contrato concreto por si concluído pode invocar a nulidade de cláusulas que repute abusivas tanto por via de acção como por via de excepção.*

A mais do natural controlo repressivo e porque vale mais prevenir do que remediar, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos arts. 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares (art. 25.º). Assim, a legislação nacional corresponde à Directiva 93/13/CEE: “os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios

adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional (art. 7.º, n.º 1).

É o conhecido *controlo preventivo e abstracto*, entre nós realizado através da chamada *acção inibitória*, complemento indispensável da prevenção legislativa sempre que a proibição legal de cláusula abusiva não é respeitada na *praxis* dos negócios pelos profissionais do mesmo sector económico ou respectivas associações que *utilizem* ou *recomendem* a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas semelhantes (art. 7.º, n.º 3, da Directiva 93/13/CEE).

8.1. Legitimidade processual

Quando contrárias à boa fé (art. 15.º), às listas negras ou às listas cinzentas, as cláusulas contratuais gerais podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares (art. 25.º).

Segundo o art. 26.º, a acção destinada a obter a condenação na abstenção do *uso* ou da *recomendação* de cláusulas proibidas – *acção normal de condenação numa obrigação de non facere*, com vista à obtenção de sentença que *iniba* o *uso* pelo predisponente ou a *recomendação* (pela Associação Portuguesa de Bancos, pela Associação Portuguesa de Seguradores, etc., etc.) da utilização dessas cláusulas²⁸ só pode ser intentada por *associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas*, e *Ministério Público*, officiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou a solicitação de qualquer interessado.

Mas a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), reconhece legitimidade ainda ao *Instituto do Consumidor*, quando estejam em causa *interesses individuais homogêneos ou interesses colectivos e difusos* (art. 13.º, al. c), e art. 21.º, n.º 1, al. c)) – *interesses superindividuais, de uma pluralidade de sujeitos não identificados ou dificilmente identificáveis* que sendo de “todos” não são de ninguém, dada a inércia de cada um em concreto –, e aos *consumidores directamente lesados* (art. 13.º, al. a)).

Deste modo, um consumidor vítima de cláusula geral proibida, inserida em contrato singular de que é parte, pode pedir na mesma acção, além da nulidade

28 A recondução da acção inibitória a uma normal acção de condenação no cumprimento de obrigações de *non facere* ou de *facere* infungível de carácter continuado ou periódico, em ordem a evitar a consumação ou a repetição no futuro da sua violação, assenta na rejeição da tese da correspondência ou correlação necessária entre sentença de condenação e execução forçada e no recurso à técnica coercitiva para garantir a actuação específica da condenação no cumprimento das obrigações de prestação de facto infungível (cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, n.º 63, p. 235 e segs, e n.º 96, p. 371 e segs., respectivamente).

da cláusula inserida no seu contrato singular e da indemnização que lhe possa ser devida, a condenação da empresa (e até de entidades que predisponham e utilizem ou recomendem a mesma cláusula contratual geral ou cláusula substancialmente idêntica – art. 27.º do Decreto-Lei n.º 446/85) na cessação *in futurum* da prática ilícita e violadora dos direitos dos potenciais aderentes, retirando, por exemplo, dos formulários a cláusula ou as cláusulas gerais proibidas. *Legitimidade singular ad causam* que, de resto, se apresenta *consentânea com a natureza da inibitória como uma acção normal de condenação em obrigação de non facere, acção geral de cessação de ilícito continuado ou susceptível de repetição, independentemente de culpa do seu autor (in casu, o predisponente ou respectiva associação) ou de dano decorrente do comportamento ilícito*²⁹, aqui o ilícito de predispor e utilizar ou recomendar as mesmas cláusulas ou cláusulas substancialmente idênticas na contratação padronizada ou normalizada. E assim o *contraente directamente lesado*, por cláusula abusiva inserida no seu contrato, a mais da pretensão individual deduz uma pretensão colectiva ou difusa no interesse da generalidade das possíveis contrapartes na contratação por adesão a essas ou semelhantes cláusulas abusivas, as quais continuarão a ser predispostas e impostas a todos *in futurum* se a sua inibição não for decretada.

Na defesa do interesse da colectividade ou generalidade dos possíveis aderentes, tal como em toda a legitimidade colectiva (cfr. art. 7.º, n.º 2, da Directiva 93/13/CEE), actua-se, pois, um *direito alheio*, pertencente, em conjunto, aos aderentes susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é requerida (art. 26.º, n.º 2), a mostrar tratar-se de um *caso de substituição processual: os legitimados ad causam* têm um interesse legítimo na defesa dos potenciais aderentes e *actuam no processo em nome próprio* – logo, não se trata de representação – *mas por conta de outrem, fazendo valer um direito alheio e não um direito próprio*. E assim a *acção inibitória pode ser posta não só a posteriori*, quando as cláusulas abusivas estão já inseridas em contratos singulares, *mas também a priori*, quando a utilização de cláusulas proibidas é ainda só recomendada por profissionais ou respectivas associações.

Diga-se ainda que a acção inibitória segue a forma de *processo sumário*, tem o valor da alçada da Relação mais um euro (art. 29.º), por forma a admitir recurso do acórdão para o Supremo Tribunal de Justiça (art. 678.º do Código de Processo Civil), sendo competente o tribunal da comarca onde se localiza o centro da actividade principal do demandado (art. 28.º), ou de um ou alguns dos demandados em coligação passiva (art. 27.º, n.º 2).

29 Sobre a prescindibilidade de culpa e de dano na acção de cumprimento, de que a *tutela inibitória* é instrumento com um *âmbito de aplicação geral e não só nos casos típicos previstos na lei*, e sua diferenciação do ressarcimento do dano em forma específica, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n.os 33 e 34, respectivamente.

8.2. Conteúdo e eficácia da sentença inibitória

Se a acção inibitória procede, o conteúdo da sentença apresenta-se claro:

A decisão que proíba as cláusulas contratuais gerais deve especificar o âmbito da proibição, designadamente pela referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (art. 30.º, n.º 1).

Com a consequência de *as cláusulas proibidas* por decisão transitada em julgado – sentença não susceptível de recurso ordinário (art. 677.º do Código de Processo Civil) –, *ou outras cláusulas que se lhes equiparem na substância, não poderem ser incluídas em contratos que o demandado* (banco, seguradora, etc.) *venha a celebrar nem continuarem a ser recomendadas* (art. 32.º, n.º 1).

I – Nesta parte da *legitimidade passiva*, o legislador manteve-se na regra da *eficácia relativa do caso julgado* (arts. 671.º, n.º1, 498.º, n.º 2, do Código de Processo Civil), a produzir efeitos apenas perante o demandado na acção inibitória: daí a importância da coligação prevista no art. 27.º, n.º 2, nos termos do qual a acção pode ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas, ainda que a coligação importe ofensa à regra da competência do tribunal estatuída no art. 28.º.

Outros predisponentes de cláusulas iguais ou semelhantes, não demandados na acção colectiva inibitória, são terceiros perante os quais o caso julgado não produz efeitos, pelo respeito devido ao princípio do contraditório: “*res inter alios judicata aliis neque prodesse neque nocere potest*”.

II – Já pelo lado da *legitimidade activa*, *qualquer aderente*, contraparte do demandado na acção inibitória em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas por sentença passada em julgado, *poderá invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.*

Aproxima-se de uma eficácia ultra partes da autoridade do caso julgado, porque e na medida em que se verifica o fenómeno da substituição processual: as entidades com legitimidade activa na acção colectiva actuaram em nome próprio, mas litigaram sobre direito alheio, o direito dos aderentes susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição foi requerida (art. 26.º, n.º 2), com a sentença a produzir efeitos mesmo em relação aos substituídos.

Ou seja: *os aderentes de contratos em que se incluam cláusulas objecto de ordem inibitória*, com desrespeito da sentença pelo predisponente demandado

na acção preventiva de natureza colectiva, *podem* nas sucessivas acções individuais *invocar a seu favor o caso julgado mediante pedido da declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.*

Já o caso julgado absolutório não precluírá a propositura de *acção individual* de declaração de nulidade de cláusulas iguais ou análogas reputadas abusiva por um aderente: *o caso julgado da acção inibitória favorece mas não prejudica aquele que seja (ou venha a ser) parte do demandado em contratos onde se incluam as cláusulas gerais apreciadas ou outras cláusulas análogas.*

III – Entendimento diverso nos parece justificar-se na *acção colectiva.*

Proposta acção inibitória por uma associação de defesa dos consumidores, pelo Ministério Público ou pelo Instituto do Consumidor, não podem as demais entidades com legitimidade activa intentar as suas acções, independentemente da procedência ou improcedência daquela: *a acção preventiva é una,* com a eficácia do julgado a estender-se a todos os colegitimados *ad causam* para a apreciação do mesmo pedido e da mesma *causa pretendi*, não se nos afigurando razoável sujeitar o predisponente à pluralidade de sucessivos processos de apreciação abstracta das mesmas cláusulas ou cláusulas análogas.

O que equivale a considerar o Ministério Público, o Instituto do Consumidor, uma associação de defesa do consumidor ou uma associação profissional como a mesma parte activa sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica e, portanto, a haver identidade de sujeito, para o efeito de repetição da causa e da excepção do caso julgado (art. 498.º do Código de Processo Civil).

8.3. Sentença de condenação sob sanção pecuniária compulsória. Revogação do art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85 pelo art. 10.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96

I – Acção de condenação no cumprimento da obrigação de não utilização ou não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas, a sentença pronunciada na acção inibitória pode ser seguida de sanção pecuniária compulsória, visto tratar-se de obrigação de facto infungível (art. 829.º – A do Código Civil).

Só que não se apresenta(va) harmonioso com a natureza coercitiva da medida – por definição um *meio indirecto de constrangimento decretado pelo juiz, a pedido do credor, para que o devedor cumpra a obrigação e respeite a injunção judicial* – o disposto no art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85, ao exprimir a ideia de que só depois da violação daquela obrigação negativa ocorrida pós-trânsito em julgado da sentença inibitória é que a sanção pecuniária compulsória pode(ia) ser pedida e decretada. A ser assim, a impropriamente

chamada “sanção pecuniária compulsória” prevista no art. 33.º não passa(ria) de uma verdadeira *multa*, *sanção pecuniária repressiva* que tem por fim, marcadamente e *principaliter*, reprimir o comportamento ilícito tido no passado – se bem que, indirectamente, como toda a ameaça de sanção, tenda também a prevenir a renovação ou prática de outros (ilícitos) no futuro.

II – Mas porque se trata de *arma preventiva e intimidante*, pronunciada para o futuro, por forma a levar o devedor a cumprir a obrigação e a respeitar a injunção judicial, a sanção pecuniária compulsória deve poder ser aplicada pelo tribunal logo na própria sentença que iniba o uso ou a recomendação de certa cláusula geral proibida por lei, nos termos gerais previstos no art. 829.º-A do Código Civil.

Este entendimento, que sempre defendemos³⁰, deve hoje ter-se por absolutamente líquido e incontrovertível, em face do n.º 2 do art. 10.º da Lei n.º 24/96, que reza como segue:

“A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”.

O texto transcrito foi aprovado pela Assembleia da República, em substituição de um outro constante da Proposta de Lei apresentada pelo Governo, que remetia para o art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85. Do mesmo passo, o n.º 4 do art. 11.º da Lei n.º 24/96 manda aplicar, quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, o disposto nos artigos 31.º e 32.º do Decreto-Lei n.º 446/85, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto – não manda aplicar o disposto no art. 33.º, como constava da Proposta de Lei do Governo.

Consequentemente, e em conclusão: *o art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85 deve ter-se por revogado pelos arts. 10.º, n.º 2, e 11.º, n.º 4, da Lei n.º 24/96 – a lei posterior derroga a lei anterior.*

III – Naturalmente, *a acção inibitória pode ser antecedida de procedimento cautelar não especificado de proibição provisória* da inclusão em contratos singulares de cláusulas gerais contrárias à boa fé, às listas negras e às listas cinzentas (art. 31.º do Decreto-Lei n.º 446/85), a que podemos chamar *procedimento cautelar inibitório* do uso de cláusulas abusivas.

Refira-se, também, o Decreto-Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 98/27/CE, do Parlamento Euro-

30 Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Protecção do consumidor*, in “Direito das Empresas – INA – Instituto Nacional da Administração (Coordenação de Diogo Leite de Campos)”, 1990, p. 113 a 152, especial. p. 148 e 149.

peu e do Conselho, de 19 de Maio, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, leia-se, práticas ilícitas contrárias aos direitos dos consumidores.

Por último, saliente-se, para efeitos de registo (arts. 34.º e 35.º), *o dever de comunicação*, ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça (Portaria n.º 1093/95, de 6 de Setembro), *das decisões judiciais transitadas em julgado que, por aplicação do regime do Decreto-Lei n.º 446/85, tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais numa acção inibitória de carácter preventivo (art. 25.º) ou tenham declarado a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares (arts. 24.º e 32.º, n.º 2).*