

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS,
CLÁUSULAS ABUSIVAS E BOA FÉ

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO: 1. Fontes; 2. A dupla origem da disciplina vigente; 3. A evolução da lei portuguesa; 4. A incidência sobre o conteúdo principal do contrato; 5. Matéria da lei; 6. A sistemática em matéria de cláusulas proibidas; 7. Apreciação individualizadora ou generalizadora?; 8. O “desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé”; 9. A proibição de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé; 10. A confiança; 11. O “tipo de contrato utilizado”; 12. A aplicação a contratos individualizados; 13. O âmbito da lei portuguesa; 14. A desproporção ou desequilíbrio manifestos.

1. Fontes

O tema que nos propomos versar oscila entre várias designações: contrato de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e outras.

São fontes principais em Portugal:

- 1) Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que introduziu a disciplina das cláusulas contratuais gerais e continua a ser o diploma principal em vigor;
- 2) Directriz n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores;
- 3) Dec.-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, que transpôs aquela directriz, alterando e republicando o texto do Dec.-Lei n.º 446/85;

- 4) Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, que completa a transposição da directriz, nomeadamente pela extensão do Dec.-Lei n.º 446/85 “às cláusulas inscritas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (art. 1/2 novo).

2. A dupla origem da disciplina vigente

O instituto tem já um passado significativo atrás de si.

Insere-se na reacção contra os excessos da autonomia privada, que fora elevada a princípio quase sem restrições no início do século XIX.

A formação da sociedade de massas tornou evidente que a liberdade contratual, em grande número de casos, se limitava afinal à liberdade formal de celebrar ou não o contrato: porque uma parte mais não podia fazer do que aceitar tal qual um clausulado que lhe era apresentado *ne varietur* ou renunciar a obter o bem ou serviço que a outra parte lhe poderia proporcionar. Na maior parte dos casos, a essa liberdade jurídica de celebração não correspondia sequer uma *liberdade económica* de celebração do contrato, pois estavam em causa bens ou serviços de que se não poderia prescindir.

É porém possível determinar duas linhas, que acabam por convergir na lei portuguesa, no desenvolvimento do tema:

A — Cláusulas contratuais gerais

Nesta orientação, o acento recai na circunstância de se tratar de cláusulas predispostas unilateralmente, para a adesão de destinatários indeterminados. Falaremos então de *predisponente* e *adrente*.

As cláusulas têm necessariamente um carácter geral. O seu domínio por excelência são os contratos de massa.

Falou-se primeiro em *contrato de adesão* para exprimir este fenómeno. A terminologia era expressiva, mas poderia ser melhorada. A referência a um contrato de adesão dava a ideia de que se

estaria perante um novo tipo contratual, ao lado de outros. Por outro lado, não é necessário que o contrato esteja predisposto por uma das partes na sua totalidade: basta que uma cláusula de um contrato surja como inalterável para que a problemática própria deste modo de contratar se configure.

O Código Civil italiano de 1942 deu o passo em frente, ao regular pioneiramente as *condizioni generali di contratto*. Pelo mesmo caminho, mas de modo mais aperfeiçoado, seguiu a lei alemã (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*, ou *AGB Gesetz*).

O tema foi então apresentado na sua generalidade, pois é efectivamente todo o estatuto destas cláusulas, abusivas ou não, que está em debate. Mas há a deficiência de se usar o termo ambíguo *condição*, que tem já outra utilização principal no Direito.

A lei portuguesa utiliza a expressão *cláusulas contratuais gerais*. Mantém a generalidade do tema e evita a ambiguidade acima assinalada. Talvez se pudesse melhorar ainda e falar em *cláusulas negociais gerais*, para abranger também cláusulas que fossem predispostas à celebração de negócios jurídicos unilaterais. Bem pode acontecer efectivamente que, com referência a um acto unilateral, sejam estabelecidas cláusulas a que os interessados se têm de limitar a aderir ⁽¹⁾.

De todo o modo, temos sempre cláusulas que são predispostas por uma das partes, a quem chamámos o *predisponente*, como elementos inalteráveis de contratos que venha a celebrar, de modo que a destinatários indeterminados ⁽²⁾, a quem chamámos os *aderentes*, não resta mais que a alternativa de as acatar tal qual ou renunciar a contratar.

⁽¹⁾ Ver a posição de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Almedina, 1999, n.º 133 IV. Em sentido contrário veja-se todavia o Ac. Rel. Lx. de 20.IV.99, *Colect. de Jurispr.*, XXIV, tomo 2, 110 e segs..

⁽²⁾ Mário Júlio de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, 1999, 3.1., entende porém que o art. 1/1 abrange já os casos em que há um número de contraentes circunscrito através de uma pré-selecção.

B — *Cláusulas abusivas*

Na outra linha estão em causa as cláusulas chamadas abusivas ou *vessatorie* ⁽³⁾.

Esta linha deriva do direito do consumidor. A atenção desloca-se para o conteúdo dos contratos, prescindindo da generalidade das cláusulas. Pergunta-se se são abusivas as cláusulas impostas ao consumidor pelo operador profissional, presumidamente mais forte.

Fala em cláusulas abusivas por exemplo o Código de Protecção e Defesa do Consumidor brasileiro, nos arts. 51.º e seguintes.

E foi este o caminho seguido pela Directriz n.º 93/13/CEE, pois o seu objectivo é a protecção do consumidor.

No art. 1/1, fixa como seu objecto as cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores.

E no art. 3/1 delimita de dois modos principais a cláusula abusiva:

- não ter sido objecto de negociação individual
- dar origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor.

Portanto, segundo esta linha, apenas o consumidor é protegido; e ainda o critério determinante da delimitação passa a recair na ausência de negociação individual. O contrato de adesão é invocado apenas para ilustrar uma modalidade dessa ausência de negociação.

3. A evolução da lei portuguesa

Perante esta dualidade, como se coloca a lei portuguesa?

O Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (anterior portanto à directriz), introduziu a matéria logo pelo prisma das cláusulas

⁽³⁾ Note-se que a lei portuguesa fala também em cláusulas abusivas: veja-se o art. 29/1. Mas são sempre cláusulas gerais que se referem: o artigo citado é aliás expresso nesse sentido.

gerais. Na sua formulação actual ⁽⁴⁾, o art. 1/1 indica como objecto “as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes e destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar...”.

A directriz enveredou, porém, por caminho diferente. Pretendeu regular as cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores (art. 1/1). No art. 3/1 dispõe que uma cláusula 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.

Fala-se de cláusula que não tenha sido objecto de negociação individual, mas não em cláusula dirigida a sujeitos indeterminados. Com isto passou a haver uma discrepância com a lei portuguesa, que regulava apenas às cláusulas gerais.

O Dec.-Lei n.º 220/95 procedeu à transposição da directriz sobre cláusulas abusivas. Porém, ignorou as cláusulas abusivas insertas em negócios individualizados. Continuou a regular somente as cláusulas gerais. Houve uma deficiência de transposição, como aliás foi observado por vários estudiosos ⁽⁵⁾.

Esta deficiência levou a nova intervenção legislativa, complementar da transposição, como dissemos. Mas o Dec.-Lei n.º 249/99 limita-se a intercalar no art. 1.º do Dec.-Lei n.º 446/85 um novo n.º 2, que determina a aplicação do diploma igualmente “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

Quer dizer: o diploma que regulava as cláusulas contratuais gerais é declarado em bloco aplicável às cláusulas que não foram objecto de negociação individual, mesmo que em contratos individualizados.

⁽⁴⁾ Fruto do Dec.-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e alterado já pelo Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, como dissemos de início.

⁽⁵⁾ Cfr. J. J. Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, Almedina, 1999, 622-623, por exemplo. Em sentido contrário, Mário Júlio de Almeida Costa defendeu que o n.º 3 do art. 1.º (antigo n.º 2) tornava possível a extensão do diploma a cláusulas que haviam sido preparadas para contratos individualizados: *Síntese* cit., 3.1.. Não parece ser assim, porque aquele n.º 2, incluído num artigo epígrafado “Cláusulas contratuais gerais” e destinando-se a esclarecer a falta de prévia negociação individual referida no n.º 1, que define cláusula contratual geral, só às cláusulas gerais se pode entender dirigido.

Dá-se deste modo satisfação ao comando da directriz? Parece que sim. As cláusulas abusivas ficam também sujeitas ao controlo pelo conteúdo, determinado nos arts. 15.º e seguintes do diploma. Abrangem-se seguramente as relações com o consumidor, uma vez que há um regime específico para as relações com o consumidor final (1).

O que acontece é que a lei portuguesa ultrapassa a directriz, pois regula todos os contratos individualizados, e não apenas contratos individualizados com consumidores. Mas ir além da directriz não é violá-la. O legislador português é livre de determinar o âmbito de aplicação do regime.

Todavia, esta alquimia de transformar um regime de cláusulas contratuais *gerais* num regime de todas as cláusulas cujo conteúdo tenha sido previamente elaborado, sem que o destinatário o tivesse podido influenciar, não deixa de acarretar importantes consequências. É o que vamos verificar, através da análise de vários aspectos da situação resultante.

4. A incidência sobre o conteúdo principal do contrato

Essa discrepância manifesta-se na própria disciplina estabelecida.

Assim, o art. 4/2 da directriz exclui que a avaliação do carácter abusivo da cláusula recaia sobre:

- a definição do objecto principal
- a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro.

Quer dizer: a disciplina da directriz não incide sobre o conteúdo principal do contrato.

Não assim na lei portuguesa. Não há nenhuma exclusão semelhante. Cláusulas relativas a objecto e preço são atingidas pela valoração do conteúdo, como quaisquer outras.

(1) A situação análoga se chegara na Alemanha, com o § 24a da AGBG: cfr. Helmut Köhler, *BGB — Allgemeiner Teil*, 24.ª ed., C.H. Beck, 1998, § 23.9 a 13.

Porquê esta disparidade? Porque a directriz abrange os contratos individuais. Tem de pressupor então que houve acordo individualizado sobre estes elementos. Pelo contrário, a lei portuguesa, como só contempla as cláusulas gerais, abrange qualquer clausulado predisposto apresentado a sujeitos indeterminados, não tendo motivo para excluir os próprios elementos típicos do contrato em causa.

A não correspondência à directriz levou à recentíssima alteração da lei portuguesa, por força do Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

Foi assim acolhida, nesta medida, a orientação da directriz.

Mas cria-se a situação de desconforto, resultante da aposição de um remendo em sistema distinto.

A lei portuguesa manteve no restante a sua índole geral, adequada apenas às cláusulas gerais, pois em vista destas foi elaborada.

E assim, continua a aplicar-se às próprias prestações principais, mesmo quando estejam em causa contratos individualizados. A previsão precedente não foi alterada.

Haverá aqui uma violação da directriz?

Também não cremos que o haja.

O objectivo da directriz é proteger o consumidor. Se a lei portuguesa vai além do que é determinado e estende à protecção a casos de desproporção no conteúdo principal do contrato, reforça a protecção do consumidor, em casos em que não era obrigada a fazê-lo. Aliás, o art. 8.º da directriz prevê que os Estados-membros adoptem disposições mais rigorosas que as da directriz, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor.

Para além disso, porém, podemos estudar o regime das cláusulas contratuais gerais como sendo também, ao menos tendencialmente, o regime das cláusulas abusivas.

Por isso, as cláusulas *gerais* continuarão a ser o objecto exclusivo do nosso estudo.

5. Matéria da lei

A lei portuguesa aborda na parte fundamental quatro grandes sectores:

- a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares

- a interpretação e integração das cláusulas
- as cláusulas proibidas
- as disposições processuais.

No que respeita à inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, regula-se a aceitação, a comunicação, o dever de informação, as cláusulas prevalentes e as cláusulas excluídas dos contratos singulares. A este último propósito regula-se a subsistência dos contratos singulares, em caso de exclusão de cláusulas gerais.

Passa-se à interpretação e integração das cláusulas. Apela-se para os princípios gerais, “mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam” (art. 10.º). Na dúvida, a cláusula ambígua é interpretada no sentido mais favorável ao aderente (art. 11.º).

Justamente neste domínio surge a segunda alteração importante trazida pelo Dec.-Lei n.º 249/99.

Acrescenta-se ao art. 11.º um n.º 3, segundo o qual a interpretação mais favorável não se aplica no âmbito das acções inibitórias. Também aqui se visa completar a transposição da directriz (6).

A acção inibitória é prevista no art. 25.º. Permite-se que cláusulas contratuais gerais (c.c.g.), predispostas para utilização futura, sejam proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares.

Determina-se pois que, quando se aprecia em abstracto a tolerabilidade da c.c.g., esta seja interpretada no seu sentido objectivo, e não do modo mais favorável ao consumidor (7). Doutra maneira,

(6) A terceira e última regra resultante da transposição respeita ao art. 23.º passa a determinar-se que as normas da secção sobre as relações com os consumidores finais se aplicam sempre que o contrato apresente conexão estreita com o território português; se a apresentar com outro Estado comunitário, aplicam-se disposições correspondentes desse país, na medida em que este determine a sua aplicação.

(7) Mas não nos parece que se deva dizer que deve ser interpretada do modo mais desfavorável ao consumidor, como diz Almeno de Sá, na *Adenda a Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, 1999, n.º 3. Deve ser interpretada na sua objectividade abstracta, sem agravamentos nem abrandamentos, que só poderiam ser resultantes de determinação legal.

a c.c.g. ambígua escaparia frequentemente à censura, porque entendida do modo mais favorável; e com isto persistiria com a sua ambiguidade, e portanto com a sua potencialidade de trazer prejuízos ao consumidor.

Segue-se na lei a disciplina das cláusulas proibidas, que nos irá ocupar particularmente.

Há ainda disposições processuais. Na sequência prevê-se, em disposições finais, o serviço de registo das cláusulas gerais cujo uso ou recomendação tenham sido proibidos por decisão judicial (art. 35.º).

6. A sistemática em matéria de cláusulas proibidas

A lei portuguesa não se limita a indicar um critério geral, destinado à determinação das cláusulas contratuais gerais proibidas. Especifica depois cláusulas proibidas em dois tipos de relações:

- entre empresários ou entidades equiparadas
- com os consumidores finais.

Mas estabelece ainda subdivisões. Cada uma destas subcategorias é por sua vez dividida em:

- cláusulas absolutamente proibidas
- cláusulas relativamente proibidas.

Absolutamente proibidas são aquelas cláusulas que são proibidas em qualquer caso, no tipo de relação a que se aplicam: ora entre empresários, ora com os consumidores finais.

Relativamente proibidas são as cláusulas que só são proibidas “consoante o quadro negocial padronizado”.

Já sabemos o que entender por esta expressão: tem de se configurar uma situação particularmente qualificada para que aquelas cláusulas sejam proibidas.

Analisando as várias cláusulas relativamente proibidas previstas, concluímos que para a lei é sempre essencial haver algo que funciona como uma causa de agravamento da situação considerada; ou por outro ponto de vista, como a ausência de uma causa de justificação.

Assim, proíbem-se prazos *excessivos*, cláusulas penais *desproporcionadas*, poderes unilaterais de modificar *sem compensação correspondente*, limites opostos *sem justificação* à faculdade de interpelar... (art. 19.º).

Mas é já absolutamente proibido estabelecer obrigações perpétuas, ou cujo prazo de vigência dependa apenas da vontade de quem as predisponha (art. 18.º j).

Ainda surgem outros elementos de complicação. Nas relações com os consumidores finais aplicam-se, não só as proibições antecedentes, como as regras específicas da secção respectiva (art. 20.º).

Mais ainda: resulta do preceito que este se aplica a todas as relações não abrangidas pelo art. 17.º.

A ser assim, **o regime das relações com os consumidores finais é afinal o regime comum**. Aplica-se por exemplo às relações entre simples particulares, que não se reconduzem a qualquer das outras.

Dito por outras palavras, a lei portuguesa contém um regime geral e um regime especial, em matéria de cláusulas contratuais gerais.

O regime geral é aquele que vem epigrafado como o das relações com os consumidores finais. É composto:

- pelas regras específicas dessa secção
- pelas regras contidas na secção sobre as relações entre empresários ou entidades equiparadas
- pela proibição do art. 15.º, de cláusulas que contrariem o princípio da boa fé, pois esta funciona independentemente de previsão concretizadora.

O regime especial é o relativo às relações entre empresários ou entidades equiparadas. Embora esse regime seja apresentado como exemplificativo, vê-se, pelo confronto, que é obtido por mera amputação de algumas das regras constantes do regime geral.

A posição da lei portuguesa foi assim, seguramente, a de entender que os empresários, nas relações entre si, necessitam de um grau de protecção inferior ao que necessitam as pessoas que não têm aquela qualificação profissional.

7. **Apreciação individualizadora ou generalizadora?**

Em todo este domínio há porém uma opção fundamental, que ocorre previamente fazer.

A disciplina que se estabelece é a disciplina abstracta da cláusula contratual geral, ou a disciplina concreta, que lhe cabe no contrato singular em que tenha sido inserida?

A alternativa poderá não ser importante no que respeita à inserção das cláusulas em contratos singulares; mas é-o em matéria de interpretação e, seguramente, na valoração da invalidade das cláusulas proibidas.

A este propósito, há disposições legais que poderão parecer contraditórias.

O art. 10.º, como dissemos, remete para as regras gerais de interpretação e integração de negócios jurídicos, mas acrescenta: “dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluem”. Parece assim que a cláusula geral deve afinal ser apreciada na singularidade de cada contrato em que vier historicamente a integrar-se.

O art. 16.º, que procura concretizar o critério da boa fé, manda aplicar os princípios fundamentais do direito, “relevantes em face da situação considerada”. E prossegue numa enumeração que pareceria apontar para um carácter singular da apreciação.

Mas os arts. 19.º e 22.º, que enumeram cláusulas relativamente proibidas, fazem-no “consoante o quadro negocial padronizado”. Querirão dizer que se considera para o efeito da proibição, não o que resulta de um contrato singular, mas a cláusula considerada abstractamente, atendendo ao tipo de contrato.

Na realidade, só um entendimento generalizador das cláusulas é compatível com a disciplina das cláusulas contratuais gerais proibidas.

Basta pensar que a lei cria um registo das cláusulas contratuais gerais declaradas proibidas em juízo. Não faria sentido que se desse publicidade a cláusulas que só tivessem sido proibidas atendendo às circunstâncias do caso concreto; que elas fossem proibidas num caso e noutro não. Se se pretende dar aplicabilidade geral a uma proibição, isso implica que se atenda à cláusula geral em abstracto, ou tomada em si ou como elemento dum tipo contratual,

mas nunca a uma cláusula que só tenha sido proibida em atenção ao circunstancialismo do caso concreto.

Como proceder então, em face das previsões anteriormente assinaladas?

Quando a lei manda, para a determinação das cláusulas proibidas, ponderar “os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada” (art. 16.º), há que entender que a “situação considerada” é a situação abstracta, incluindo a situação típica, mas não a situação singular. Perguntar-se-á nomeadamente se certa cláusula é válida nos quadros do contrato de seguro, mas não se é válida perante um concreto contrato de seguro. Só assim pode funcionar a *ratio* da disciplina das cláusulas contratuais gerais.

Isto não significa que uma cláusula não possa ser inválida em face do circunstancialismo de um contrato determinado, e não perante outro. Mas se assim for, é-o em consequência de regimes comuns, e não da disciplina das cláusulas contratuais gerais.

Diferente é a situação relativa à interpretação das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos singulares.

O art. 10.º, mandando proceder à interpretação das cláusulas contratuais gerais “dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluem”, determina inegavelmente uma interpretação em que se atenda ao sentido que a cláusula toma, no contexto em que é aplicada.

Mas sendo assim, o preceito não é errado: é simplesmente sectorial.

Há que prever duas posições muito diferentes, quando se procede à interpretação de uma cláusula geral:

- a posição individualizadora, em que se atende ao sentido que a cláusula toma naquela circunstância concreta;
- a posição generalizadora, em que se procede à apreciação da cláusula em si.

Assim, quando uma associação de consumidores pede a declaração de nulidade de uma cláusula geral dum contrato, só pode fazê-lo com base num entendimento generalizador dessa cláusula.

Daqui resulta que a regra do art. 10.º se limita a regular as relações entre predisponente e aderente. É uma cláusula indispensável, pois estabelece o regime de contratos que contenham cláusulas contratuais gerais.

Porém, quando se discute o conteúdo das cláusulas contratuais gerais em si, é a interpretação generalizadora, e só essa, que poderá estar em causa.

8. O “desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé”

Tem sido frequente o recurso à cláusula geral da boa fé neste domínio.

Ela surge na própria directriz, no art. 3/1, ao definir a cláusula abusiva. Fala-se, como dissemos, num desequilíbrio significativo, “a despeito da exigência de boa fé”.

Parece-nos criticável o recurso a cláusulas de tão grande generalidade, que são ainda por cima diversamente entendidas nos vários países da União ⁽⁸⁾.

Diríamos até que a remissão para a boa fé é um recurso retórico, que nada adianta àquele dispositivo. O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva.

Quando muito, a referência terá a função de esclarecer que a cláusula só é abusiva quando for injustificada. Mas sendo assim, mais valia ter dito que se proscovia aquele desequilíbrio quando fosse injustificado, directamente, em vez de recorrer a um circunlóquio que nada explica.

Mas o nosso objectivo é a análise da boa fé no sistema da lei portuguesa. A esta nos vamos pois restringir.

Comecemos pelos arts. 9/2 e 14/2. Estes dão soluções algo diferenciadas, não obstante terem um pressuposto idêntico.

⁽⁸⁾ Neste sentido Menezes Cordeiro, não obstante ser um extremado propugnador desta cláusula: *Tratado cit.*, n.º 131 V.

O art. 9.º regula a subsistência dos contratos singulares quando houver cláusulas gerais que tiverem sido excluídas desses contratos. O princípio é o da manutenção do contrato, na parte restante; mas o contrato será nulo quando ocorra “um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé”.

O art. 14.º regula a subsistência dos contratos quando cláusulas contratuais gerais neles incluídas sejam nulas. Dá-se então ao aderente a faculdade de optar pela subsistência do contrato; mas se isso conduzir a um “desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé”, remete-se para o regime geral da redução dos negócios jurídicos.

Deste regime só nos interessa agora a referência a um “desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé”, que resultaria da não inclusão de cláusulas gerais, ou da nulidade de cláusulas gerais que haviam sido incluídas no contrato.

Não estão agora em causa as cláusulas contratuais gerais, em si; está em causa o contrato na sua globalidade, tal como resultou da não inclusão ou supressão das cláusulas contratuais gerais.

Que sentido tem então dizer-se que esse desequilíbrio de prestações deve ser gravemente atentatório da boa fé?

Não se procede à fixação de comportamentos, que é o domínio privilegiado da boa fé.

Nem ocorre nenhuma espécie de abuso, que consistiria em exigir o cumprimento do contrato naquelas condições. Não se valora uma actuação do sujeito, mas directamente o próprio conteúdo do contrato.

É porque nesse conteúdo se cria um grande desequilíbrio entre as prestações que se estabelecem as consequências referidas quanto à subsistência do contrato.

Sendo assim, a referência à boa fé é de todo deslocada. É o conteúdo em si que se julga, à luz da desproporção criada. Poderá dizer-se que o desequilíbrio deverá ser *grave*, ou *manifesto*, ou *injustificado*, ou o mais que se entenda. Mas a apreciação é sempre uma apreciação puramente objectiva.

A substituição da referência a uma valoração objectiva por uma cláusula geral vastíssima, de conteúdo indefinido, não só não esclarece nada como distorce a perspectiva do tema.

Mas não é este o nosso objectivo. O que nos ocupa é sobretudo a relevância da boa fé para a própria demarcação das c.c.g. proibidas. A esse ponto passamos imediatamente.

9. A proibição de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé

O art. 15.º do Dec.-Lei n.º 446/85 contém o princípio geral sobre as cláusulas contratuais gerais proibidas: “São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé”.

Como dissemos, este princípio é completado por uma concretização do que seria a contrariedade à boa fé (art. 16.º) e por um longo enunciado de cláusulas gerais, absoluta ou relativamente proibidas.

O que significa a boa fé, que assim se coloca no centro da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais?

Distingue-se a boa fé objectiva e a subjectiva. A boa fé subjectiva representaria de qualquer modo um estado de espírito: seja de dimensão psicológica, na boa fé psicológica, seja de dimensão valorativa, na boa fé ética, em que se pergunta se o agente conhecia ou deveria conhecer.

A valoração das cláusulas contratuais gerais nada tem que ver com uma boa fé subjectiva. Concorde-se por isso que só pode estar em causa uma boa fé objectiva ⁽⁹⁾.

A boa fé objectiva é uma boa fé normativa. Traduz-se em normas de conduta, quer permitindo formulá-las para além de previsões legais ou cláusulas contratuais, quer condenando tipos de exercício, como os comportamentos contraditórios, que violem uma noção objectiva de boa fé.

Mas não é nada disto que surge na apreciação da validade das cláusulas contratuais gerais, atendendo ao seu conteúdo.

Não se criam regras de conduta, antes se valoram, para as condenar, regras formuladas por uma parte.

⁽⁹⁾ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado cit.*, n.º 137 V.

Não se julga o exercício de um direito, condenando-o por abusivo. Não está aqui em causa o exercício do direito pelo predisponente, exigindo a prestação do aderente, porque o problema é anterior a esse: está em causa a própria validade da cláusula em si, independentemente de qualquer exercício por parte do predisponente.

Por que se recorreu então à cláusula geral da boa fé, que parece tão afastada desta problemática?

Por razões que só se compreendem à luz da ordem jurídica alemã, de onde esta consideração do tema é derivada.

Aí, doutrina e jurisprudência procuraram, antes de haver qualquer previsão legal da matéria das cláusulas contratuais gerais, um princípio no qual fosse possível amparar o controlo destas cláusulas. Tendo oscilado entre a boa fé e os bons costumes, acabaram por se fixar na cláusula geral da boa fé.

Com isto alteraram o sentido normal da boa fé, empurrando-a para uma função de controlo objectivo do conteúdo de certas cláusulas que não estava no âmbito normal do princípio. Mas as razões pragmáticas e a escassez de alternativas levaram a esta opção.

Consequentemente, quando a lei alemã (*AGB Gesetz*) surgiu, havia um largo trabalho doutrinário, assente na boa fé, que ficou legalmente consolidado. Por isso, o princípio geral elegido para reger a proibição de cláusulas gerais, atendendo ao conteúdo destas, foi o princípio da boa fé.

Nessa linha se inspirou o legislador português, tomando como critério básico da proibição a contrariedade à boa fé.

Simplesmente, não havia em Portugal razões históricas que justificassem um posicionamento neste sentido.

E olhando a cláusula por si, há que reconhecer que ela não explica nada. Antes passa ao lado da questão a resolver.

O que estava em causa era determinar quando é que uma cláusula geral não pode ser admitida, por implicar um desequilíbrio intolerável, em detrimento do destinatário. É uma questão puramente objectiva, em que se pondera o conteúdo das prestações.

O recurso à boa fé não adianta. Nada esclarece sobre a desproporção, ou o grau de desproporção, que deve existir para que a situação se torne juridicamente intolerável. E esse é que é o problema verdadeiro.

Não custa acreditar que tenha sido ainda por influência da orientação alemã que a previsão da boa fé foi introduzida na diretiva sobre cláusulas abusivas.

No art. 3/1 desta fala-se em, a despeito da exigência de boa fé, se originar um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor...

O problema é substancialmente o mesmo. Mas aqui juntam-se desequilíbrio significativo e desrespeito da exigência da boa fé.

A referência à boa fé é porém meramente retórica. Não tem função nenhuma. O que interessa é saber quando um desequilíbrio se pode dizer significativo de maneira a considerar a cláusula abusiva.

Diríamos assim que, em qualquer caso, o recurso à boa fé dá apenas a aparência dum critério. É uma etiqueta em branco.

10. A confiança

O art. 16.º da lei portuguesa pretende concretizar o critério geral da boa fé.

Começa pela observação geral de que, na aplicação da norma do artigo anterior, se devem ponderar os valores fundamentais do direito. Afirmção que, de tão óbvia e genérica, não traz por si nenhuma concretização ⁽¹⁰⁾.

Mas acrescenta depois dois vectores que teriam incidência especial.

O primeiro seria o da confiança. Diz-se que se deve ponderar “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”.

Começemos pelo próprio critério nuclear — a confiança ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Acrescenta-se que são os valores “relevantes em face da situação considerada”. Este aposto, igualmente óbvio, deve como dissemos ser entendido em abstracto, pois é prioritariamente a disciplina abstracta das c.c.g. que está a ser estabelecida por lei.

⁽¹¹⁾ Para Menezes Cordeiro, ob. cit., 379, o aderente entrega-se nas mãos do pre-disponente.

O critério da confiança é também de grande vacuidade. Só tem sentido como critério subjectivo. Mas não goza de valia generalizada na ordem jurídica portuguesa.

De qualquer modo, esta relação não caracteriza nenhuma confiança relevante.

Pode o destinatário não depositar a menor confiança no pre-disponente e todavia celebrar o contrato, por não ter na prática outro remédio. Isso é de todo irrelevante para a apreciação da cláusula.

Mais uma vez, acena-se para o que só poderia ser uma posição subjectiva, quando está afinal em causa um julgamento objectivo dos termos predispostos.

As especificações que subsequentemente se fazem, para dar os fundamentos da confiança, não são também de nenhuma valia.

a) O sentido global das c.c.g. em causa

É claro que todos os enunciados jurídicos se têm de apreciar à luz do seu sentido global.

b) O processo de formação do contrato singular celebrado

Aqui trata-se de um equívoco. Os aspectos individuais da relação são relevantes no momento da aplicação correcta da cláusula, mas não para efeito da apreciação abstracta desta.

c) O teor do contrato singular

Vale o que dissemos para a especificação anterior.

d) Quaisquer outros elementos atendíveis

Não adianta nada.

O elemento auxiliar da confiança releva-se assim de nenhum valor. É um cego a guiar outro cego.

11. O “tipo de contrato utilizado”

O outro elemento de concretização consta do art. 16.º b).

Consistiria no objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua concretização à luz do tipo de contrato utilizado.

Mas esse objectivo, uma vez que está em causa o julgamento da cláusula contratual geral em si, só pode ser um objectivo abstracto, e não o intento das partes em cada contrato singular. Há uma aparência de individualidade, mas o elemento só pode ser entendido como generalizador. Por isso, o decisivo é a referência ao *tipo* de contrato utilizado, porque é à luz deste que se mede o objectivo das partes.

Mas sendo assim, aquela previsão nada esclarece na concretização do critério fundamental da boa fé.

Tudo no direito tem de ser apreciado à luz da figura jurídica a que se recorre e da sua função típica. É olhando à finalidade que se valoram as cláusulas contratuais, porque toda a interpretação é finalista.

Assim, a al. *b*) não traz nenhuma achega ao entendimento do que se pretende com a referência à boa fé.

Mas permite-nos verificar algo mais.

A doutrina germânica pretende concretizar o critério vago da boa fé recorrendo à confiança e à materialidade da situação jurídica⁽¹²⁾, como dois vectores explicativos desta.

A lei portuguesa segue essa via, mas limita-se ao enunciado de critérios gerais. Não concretiza nada quanto à caracterização do desequilíbrio que leva a que a cláusula contratual geral seja proibida.

De facto, o que se torna necessário é esclarecer quando um desequilíbrio ou desproporção de posições é tal que se torna intolerável para a ordem jurídica.

Os pretensos critérios auxiliares nada respondem ou explicam.

12. A aplicação a contratos individualizados

Que sentido tem a aplicação deste regime a contratos individualizados, por força do actual art. 1/2?

(12) No seu sentido útil, diz justamente que se tem de atender ao conteúdo da situação, no seu significado intrínseco. Mas então, seria o conteúdo objectivo que se revelaria decisivo, e não a boa fé.

A lei estabeleceu o regime das cláusulas contratuais *gerais*. Estendeu-o, sem nenhuma adaptação, a cláusulas elaboradas previamente *ne varietur*, constantes de contratos individualizados.

A maior parte das regras em vigor referem-se às cláusulas contratuais *gerais*. São simplesmente inaplicáveis a cláusulas constantes de contratos individualizados. Assim, estas cláusulas não podem ser objecto de acção inibitória, não podem consequentemente ser levadas a registo, e assim por diante.

Mas isto não quer dizer que a extensão a contratos individualizados seja impraticável.

Há que distinguir o regime estabelecido para a apreciação das c.c.g. em abstracto, e a aplicação a situações concretas.

O regime abstracto das c.c.g., que representa o aspecto mais característico do instituto, é por natureza inaplicável.

Mas tudo o que respeita à disciplina concreta de contratos que integrem c.c.g. pode ser estendido a estas cláusulas predeterminadas constantes de contratos individualizados.

Concretizando:

A integração das c.c.g. em contratos singulares não tem paralelo directo. Só por analogia mais longínqua haverá que verificar se o conteúdo predeterminado para o contrato individualizado se integra realmente no conteúdo deste.

Já as regras sobre a interpretação são aplicáveis, nomeadamente no que respeita ao princípio de que a interpretação se faz contra o estipulante.

Particularmente, são aplicáveis as regras relativas às cláusulas proibidas. Embora elaboradas para cláusulas gerais, são *mutatis mutandis* aplicáveis a cláusulas constantes de contratos individualizados que apresentam conteúdo análogo. Porque, do mesmo modo, a desproporção ou desequilíbrio nas posições das partes leva à intolerabilidade das cláusulas.

Surgirão seguramente novos problemas. Assim, nestes casos será mais difícil determinar se um conteúdo predeterminado o foi em termos de o destinatário não poder influenciar o seu conteúdo. O facto de se tratar de cláusula individualizada dificulta esta análise. Aplicar-se-á a regra do actual art. 1/3: o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo. Mas

a aplicação não é tão imediata como nos casos em que se predisuseram c.c.g.: adivinham-se problemas particularmente graves nesta determinação.

13. O âmbito da lei portuguesa

A questão maior, porém, consiste em determinar se a lei portuguesa estendeu o regime das c.c.g. a *todos* os contratos individualizados, em que haja um conteúdo predisposto que o destinatário não pode determinar, ou apenas aos contratos entre profissionais e consumidores.

A favor do primeiro entendimento fala o próprio texto. Refere-se pura e simplesmente o *destinatário*: não se fala na relação entre profissional e consumidor. Ora, a distinção não pode ser considerada desconhecida do legislador, seja quem for a pessoa física que estiver na origem do texto.

A favor do segundo entendimento fala o propósito expresso no preâmbulo do decreto-lei de transposição da directriz. O preâmbulo referir-se-ia sempre, e exclusivamente, ao consumidor ⁽¹³⁾. Este elemento, de valia interpretativa especial ⁽¹⁴⁾, permitiria uma interpretação restritiva, donde resultaria ser aquele preceito ainda configurável como regra de protecção do consumidor, apenas.

Porém, a este entendimento há que objectar que o próprio preâmbulo, não obstante refira a directriz, não se restringe ao consumidor. Diz-se que a protecção conferida aos consumidores abrange, quer os contratos que incorporam cláusulas contratuais gerais, quer os contratos dirigidos *a pessoa* ou consumidor determinado...

Quer dizer, contrapõe-se a pessoa ao consumidor. Do que resulta, qualquer que seja o mérito da contraposição, que o próprio Preâmbulo exprime um entendimento diferente do da directriz (ou

⁽¹³⁾ Cfr. Almeno de Sá, *Adenda* cit., n.º 2.

⁽¹⁴⁾ Cfr. o nosso *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., Almedina, 2000, n.º 232 II.

um entendimento diferente da directriz). Deixa, em qualquer caso, de ser elemento relevante para a interpretação restritiva do art. 1/2.

Resultaria assim da actual formulação da lei uma protecção, fundada na desproporção do conteúdo, que ultrapassa os próprios contratos individualizados celebrados com consumidores. Abrangerá todos os contratos individualizados, desde que haja um conteúdo pré-elaborado que o destinatário não tenha podido influenciar ⁽¹⁵⁾.

Parece que é assim, embora esta conclusão implique uma reponderação de termos que poderá ser profunda.

Representa uma viragem de grande amplitude na ordem jurídica portuguesa. O princípio da relevância da lesão, como condicionante da justiça e portanto da vinculatividade dos contratos, volta a caracterizar a ordem jurídica portuguesa. Ainda não com carácter universal: não permitiria controlar todas as relações. Mas já se estenderia a todas aquelas em que uma parte ficasse sujeita a aderir a uma predeterminação da outra, sem possibilidade de influenciar o resultado. Portanto, passaria a ocupar na nossa ordem jurídica um lugar que já não seria marginal.

Este resultado, quanto a nós, é muito positivo. Mas há que ser prudente na sua proclamação. Ele acarreta a necessidade de novos equilíbrios e conseqüências que devem ser primeiro meditadas. Seria necessário então definir, com toda a precisão possível, em que consiste aquela situação de impossibilidade de influenciar o conteúdo previamente elaborado. Para evitar que, sem bases seguras, se acabe por cair em arbitrariedade na solução dos casos. Uma vez que se tornará muito difícil provar no caso concreto que uma cláusula de um contrato resultou de negociação prévia e satisfazer o ónus da prova constante do art. 1/3. Esse ónus recai sobre quem pretende prevalecer-se da cláusula.

Mas também não é uma objecção insuperável. A mesma dificuldade existirá sempre nos contratos celebrados com consumidores a que aquela regra sobre ónus da prova indiscutivelmente se

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, M. J. Almeida Costa, *Síntese* cit., 3.1., nt. 14: nada impede que o legislador português estenda a protecção, com vistas mais largas, aos contratos celebrados entre empresários ou entidades equiparadas.

aplica. A extensão a outros destinatários apenas amplia o âmbito de aplicação.

14. A desproporção ou desequilíbrio manifestos

Em qualquer caso, é necessário ter bem presente que a invalidade do contrato, atendendo ao conteúdo, só poderia funcionar em casos em que a desproporção seja *manifesta*. É a fórmula do art. 334.º C.C., a propósito do abuso do direito, que não poderia deixar de se aplicar também aqui. A directriz fala no art. 3/1 em desequilíbrio *significativo* em detrimento do consumidor. E o próprio Dec.-Lei n.º 446/85 refere nos arts. 9/2 e 14.º um desequilíbrio nas prestações *gravemente* atentatório da boa fé. A mesma exigência de uma gravidade particular na desproporção — de uma lesão enorme — não pode deixar de ser feita aqui.

Com efeito, a valoração da desproporção ou desequilíbrio é uma vitória da justiça. A observância estrita da consensualidade, do *pacta sunt servanda*, é um preito prestado à segurança.

O avanço no caminho da justiça não se pode fazer de maneira que crie perturbações graves na vida social. Não se pode imaginar que cada contrato esteja sujeito a revisão judicial, para apreciar a sua subsistência à luz da justiça. A perturbação e instabilidade social assim causadas aniquilariam as vantagens que da prossecução da justiça se pretendessem retirar.

Por isso, será já um grande avanço, e é todo aquele que se pode ambicionar, o que amplie o círculo da relevância jurídica das situações clamorosamente contrárias à justiça. É nesses casos que o Direito perde a função de servir a Justiça. São essas as situações cuja vinculatividade não pode ser tolerada.

Haverá sempre, claro, que traçar uma difícil fronteira entre o que é e não é manifesto. É o que resulta necessariamente da aplicação de uma cláusula geral. Mas com isso temos convivido no domínio paralelo do abuso do direito, e em outras situações. E daí não tem advindo perturbação social sensível.